



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 / 1 9 9 3

La Laguna, a 8 de junio de 1993.

Dictamen requerido por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, a petición del Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, sobre *Resolución del contrato de obras para la construcción del Auditorio-Palacio de Congresos en la Puntilla, del Barrio de la Isleta (EXP. 14/1993 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

Se interesa el parecer preceptivo de este Consejo en relación con la adecuación a las previsiones legales que resultan de aplicación -básicamente la Ley y Reglamento de Contratos del Estado, así como el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril- de la Propuesta de Resolución mediante la cual el Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria pretende resolver contractualmente el contrato indicado en el encabezado del presente Dictamen; solicitud que la indicada corporación local interesa mediatamente la Presidencia del Gobierno de Canarias, de conformidad con lo que dispone el art. 12 de la Ley 4/84, constitutiva de este Consejo.

II

De conformidad con lo dispuesto en el art. 114.3 del indicado Texto Refundido (TR), se debe requerir preceptivamente el parecer de este Organismo cuando una entidad local pretenda la resolución de un contrato cuyo precio exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal sobre contratación administrativa fijada por el art. 18 de la Ley de Contratos del Estado (LCE) -100.000.000 de pesetas-,

* **PONENTE:** Sr. Alcaide Alonso.

eventualidad en la que el expresado precepto requiere el Dictamen del Órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, trámite al que responde el presente Dictamen. Asimismo, la regulación indicada dispone que en los supuestos de resolución contractual los acuerdos que en su caso se adopten, que serán inmediatamente ejecutivos, deberán contar el previo informe de la Secretaría y de la Intervención corporativas, además de ser adoptados por el órgano que resulte competente de conformidad con la legislación que resulta de aplicación.

Por lo que atañe a este último extremo, consta en el expediente Acuerdo plenario, adoptado el 27 de noviembre de 1992, -que constituye propiamente la Propuesta de Resolución objeto de Dictamen de este Organismo, y que será analizada en Fundamentos siguientes-, pues es el Pleno corporativo el órgano competente para resolver, por serlo para contratar (art. 114.1 TR), siendo así que conforme al art. 22.1.c), TR1993, es competencia plenaria, además de las que le corresponde por el art. 22 de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, "la contratación de obras, servicios y suministros cuya duración exceda de un año o exija créditos superiores a los consignados en el Presupuesto anual", circunstancias que resultan acreditadas debidamente en el expediente, siendo así que el importe total del Proyecto referenciado, contabilizando tanto la ejecución por contrata como los honorarios facultativos, ascendía a 875.491.511'76 pesetas, presupuesto que se cubría con cargo a las anualidades de 1986/87/88/89, según resulta del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del expresado contrato.

Resultan, asimismo, acreditados en el expediente la emisión de pertinentes informes de la Secretaría e Intervención corporativas de 29 de marzo y 15 de abril de 1993 respectivamente, significándose que en relación con el último y respecto del el gasto que se deduce de la Propuesta de Resolución que se ha formulado (42.851.202 pesetas), se informa la necesidad, para hacer frente a la indicada cuantía, incoar con carácter previo un expediente de modificación de crédito o, en caso de no poder prosperar el mismo, la obligación de consignar tal importe en el Presupuesto del próximo ejercicio. Por lo que atañe al informe de la Secretaría corporativa, suscrito por el Vicesecretario de la misma, el mismo resulta no exactamente coincidente con el contenido de la Propuesta de Resolución formulada, en los términos que se analizarán en el Fundamento IV.

III

Resueltas como han quedado expresadas las cuestiones de índole formal o procedimental en los términos vistos en el anterior Fundamento, procede seguidamente a analizar el grado de corrección técnico-jurídica de la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente de referencia, que reviste forma de Acuerdo plenario. En efecto, en la sesión celebrada el 27 de noviembre de 1992, se acordó por unanimidad "1.- Que por el servicio municipal correspondiente se formule (...) la resolución del contrato con C.M., S.A., relativo a las obras de construcción del Auditorio de La Puntilla. 2.- En cuanto a la indemnización de 42.851.202 pesetas, se creyó consecuente esperar al momento de la nueva adjudicación y caso de no producirse la licitación o no resultara adjudicataria C.M., S.A., proceder a satisfacer la cantidad solicitada".

El expresado Acuerdo plenario no es, sin embargo, expresivo de todas las incidencias habidas en el expediente de referencia, siendo por ello oportuno efectuar una breve sinopsis de las actuaciones a los efectos de ubicar con exactitud la Propuesta de Resolución que se formula entre las disposiciones legales que resultan de aplicación. Inicialmente, el concurso convocado para ejecutar la obra de referencia fue declarado desierto, pues la única oferta presentada, empresa constructora L., S.A., fue desfavorablemente informada por los servicios técnicos del Ayuntamiento. Declarado desierto el primer concurso se solicitó ofertas a distintas empresas, adjudicándose mediante Acuerdo plenario de 23 de diciembre de 1986, a la empresa C.M., S.A., por un importe de 875.000.000 de pesetas, firmándose el correspondiente contrato el 13 de enero de 1987 y suscribiéndose la correspondiente Acta de replanteo el 26 de febrero del mismo año. El 4 de mayo, la empresa adjudicataria pone en conocimiento del Ayuntamiento la imposibilidad de "continuar los trabajos (...) por problemas de concesión en la zona marítimo-terrestre", solicitando la "suspensión temporal total de la obra hasta que se pueda disponer de la totalidad del solar", acordándose en Acuerdo plenario adoptado en sesión celebrada el 29 de octubre de 1988, la suspensión temporal total de las obras de construcción del Auditorio-Palacio de Congresos, con efectos del 4 de mayo de 1987.

En relación con la concesión de dominio público que obstaculizaba la correcta ejecución del contrato, se debe hacer constar que el Ayuntamiento de Las Palmas en

pleno extraordinario celebrado el 1 de marzo de 1985, se ratificó Acuerdo de la comisión municipal permanente de 4 de febrero del mismo año, relativo a solicitar de la Dirección General de Costas y de la Jefatura de Costas la caducidad de las concesiones otorgadas a ciertas empresas sobre bienes de dominio público estatal, y solicitarlas a favor del Ayuntamiento de Las Palmas. Incoado el correspondiente expediente el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo otorgó al titular de la concesión un plazo de 6 meses para presentar la planta de viales y accesos a la costa, así como el Plan de Ordenación aprobado por los Organismos competentes, correspondientes a la autorización otorgada por Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1967, para la construcción de una explanada al norte de La Puntilla, resolución que fue recurrida por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria. Paralelamente, ante la demarcación de costas de Canarias se incoó expediente de solicitud de concesión por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria para ocupar terrenos de dominio público marítimo con destino a la construcción del indicado centro cultural, expediente al que el Ayuntamiento de Las Palmas recordó Acuerdo plenario, el 29 de enero de 1988, de aprobación de la suspensión temporal total de las obras de referencia procediendo la Dirección General de Costas al archivo de las actuaciones, toda vez que el Ayuntamiento solicitó concesión de dominio público no para la construcción de un Auditorio-Palacio de Congresos, sino para otros fines de interés público, para lo que en su caso, debería solicitar nueva concesión de dominio público. Estando así las cosas -es decir, suspensión temporal total de las obras de ejecución, toda vez que en la zona marítimo-terrestre existían con anterioridad concedidos derechos concesionales a favor de terceros- el adjudicatario, mediante escrito de 2 de octubre de 1991 y 11 de septiembre de 1992, interesa la resolución del contrato con las particularidades que seguidamente se exponen, petición que viene motivada por el conocimiento que tuvo el adjudicatario de la aprobación del convenio para la financiación del Auditorio-Palacio de Congresos, que irá ubicado en la zona del Rincón, ascendiendo su importe de ejecución 2.166.000.000 de pesetas. En efecto, el adjudicatario, en el primero de los escritos indicado solicita de la Corporación Local la resolución de mutuo acuerdo sin culpa alguna del contratista, con las siguientes consecuencias alternativas: "a) Sin indemnización alguna en concepto de lucro cesante o beneficio industrial de las obras dejadas de realizar (...) b) para el caso de que no se produjera la licitación, o [la empresa contratista] no resultara adjudicatario, por cualquier motivo, de la obra señalada en la alternativa precedente, una indemnización de 42.851.202 pesetas, por

todos los conceptos, incluido el lucro cesante (...) con independencia del derecho (...) a percibir el precio de la obra realmente ejecutada y a la devolución de la fianza constituida en garantía de la obra", en prueba de lo cual se alega actuaciones parecidas ante otras Administraciones Públicas a las que les fue ofrecida una colaboración similar "habiendo resultado finalmente adjudicatario de las nuevas obras tras una adecuada valoración de la renuncia, a percibir la indemnización por resolución en el nuevo concurso convocado". La indicada propuesta fue informada por la Asesoría jurídica del Servicio de Urbanismo, en el sentido de que no era "el momento de hacer una valoración de la petición formulada ya que no se han producido todos y cada uno de los presupuestos de hecho que pudieran traer consigo el devengo de aquella suma, consideración que ha de tenerse en cuenta sólo a partir de la adjudicación definitiva" de las obras de ejecución del contrato correspondiente al nuevo edificio del Palacio de Congresos, informado, con fecha 15 de abril de 1992. El adjudicatario, en escrito de 11 de septiembre de 1992, reitera su petición de resolución por mutuo acuerdo al amparo de lo dispuesto en el art. 162 del Reglamento de Contratación y da cuenta a la Corporación Local de que conoce la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de 29 de junio de 1992, de anuncio para la concesión de dominio público para la realización del proyecto de ejecución, conservación y explotación de un aparcamiento subterráneo, local social, local cultural, local comercial y la construcción de una plaza pública en La Puntilla, Playa de las Canteras, en el mismo lugar de ejecución del contrato de obras antes referido, cuya realización en la actualidad se encuentra suspendida, sugiriendo la Corporación Local que con carácter previo a la resolución requerida, "debe procederse a la resolución del precedente contrato de obra que liga a mi representada con ese Ayuntamiento".

Sobre tales antecedentes la Corporación Local de referencia adoptó el Acuerdo plenario ya conocido, que figura transcrito al comienzo de este apartado, indicativo sólo de la situación de resolución en la que se encontraba incurso el contrato y la dilación de la indemnización debida al contratista hasta el momento en que se adjudicara el nuevo contrato de obras para la realización del edificio del Palacio de Congresos.

IV

De conformidad con lo que dispone el art. 157 RCE son causas de resolución del contrato de obras, entre otras, "la suspensión definitiva de las obras, acordada por la Administración, así como la suspensión temporal de las mismas por un plazo superior a un año, también acordada por aquella" (apartado 3), así como "el mutuo acuerdo de la Administración y el contratista" (apartado 7), preceptos que tienen su concreción, al igual que las demás causas previstas en el art. 157 citado, en el propio texto reglamentario, en artículos subsiguientes. Lo relevante, a los efectos que se contrae el presente Dictamen, es que de las actuaciones se desprenden indicios que pudieran ser expresivos de la concurrencia sucesiva de ambas causas de resolución contractual, pues si el contrato se suspendió temporalmente con efectos desde el 4 de mayo de 1987 -con lo que la causa prevista en el apartado 3 del art. 157, de suspensión temporal por un plazo superior a un año, concurría el 5 de mayo de 1988-, es lo cierto que en el escrito presentado por la empresa adjudicataria de fecha 2 de octubre de 1991, se hace referencia -habiendo ya constancia de la situación de suspensión temporal en la que se encontraba el contrato- a la posibilidad de que por la Corporación Local afectada, se proceda a la resolución por mutuo acuerdo, sin culpa, del contratista, del contrato de obras indicado, siendo así que en el mismo escrito se detallan expresa y exactamente los efectos que se derivan de la situación de suspensión temporal durante más de un año del contrato de obras, que no son otros que la resolución del contrato con los efectos previstos en el art. 162 RCE. En relación con lo expresado se ha de significar que el Acuerdo de suspensión temporal total de las obras de referencia se adoptó en Pleno celebrado el 29 de enero de 1988, con efectos de 4 de mayo de 1987, suscribiéndose la correspondiente acta de suspensión temporal total el 13 de febrero de 1988, no cumpliéndose consecuentemente el requisito de suspensión temporal por plazo superior a un año, que exige el art. 157 RCE, razón por la que en informe técnico que consta en el expediente en las págs. 316 y 317, se refiere a la necesidad, previa la indemnización al contratista de la pérdida de beneficio industrial a la que se refiere el primer párrafo del art. 162, RCE, acordar la suspensión definitiva de las obras, uno de cuyos efectos es el expresado del abono del beneficio industrial dejado de percibir, pero sin que en aquella propuesta de Resolución se contenga referencia alguna a la suspensión definitiva de las obras, al efecto de aplicar la regulación que resulta de aplicación. En efecto, no puede olvidarse que cuando en la vida ordinaria de un contrato administrativo concurren diversas causas de resolución contractual, ha de estarse a la

primera en el tiempo, y en caso de ser concurrentes o de muy difícil, o imposible apreciación, su concurrencia en el expediente de que se trate, deberá valorarse el grado de incidencia que una u otra causa tienen en la normal ejecución del contrato. Si por las causas que quedan acreditadas en el expediente, de las que se ha hecho resumen en el Fundamento anterior, si el contratista solicitó la suspensión temporal, así debió haberlo acordado la Corporación Local, de forma que tras el transcurso del año de plazo, procediera a liquidar el contrato en los términos expresados, salvo que por las circunstancias concurrentes en la ejecución de tal contrato, la Administración interesada acordara la suspensión definitiva del mismo, con los mismos efectos; es decir, con el abono al adjudicatario de la obra ejecutada y el 6% del beneficio industrial por la obra dejada de ejecutar. Sin embargo, la Administración afectada sólo acordó lo que se denominó "suspensión temporal total", que no parece coincidente con lo que la Ley denomina "suspensión definitiva". Por ello, en la resolución que en su caso se formule se deberá hacer expresa referencia a la exacta situación del contrato, al que se le podrá aplicar tanto el supuesto de suspensión temporal y transcurso de más de un año desde su declaración, o la suspensión definitiva del mismo. Por lo que a los efectos de esta declaración atañe, se recuerda que en este caso "el contratista tendrá derecho" al valor de las obras efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar, comprendiendo en ambos conceptos tanto las obras accesorias como el 6% del presupuesto de ejecución material con deducción de la baja de licitación, en su caso (art. 162, RCE). Ahora bien, este mismo precepto, dispone que transcurrido un año de la suspensión temporal, acordada por la Administración sin haber ordenado la reanudación de las obras, el contratista tiene la opción entre solicitar la indemnización a que se refiere el art. 168, RCE, o instar la resolución del contrato con los efectos previstos en el primer párrafo de este mismo artículo. En el escrito ya citado de 2 de octubre de 1991, el contratista se refiere a esas dos posibilidades, optando indirectamente por una de ellas -la última- aunque en conexión con el éxito o fracaso de una propuesta que plantea a la Corporación Local, pues solicita de ésta la resolución del contrato "de mutuo acuerdo", sin indemnización en concepto de lucro cesante o beneficio industrial, si resulta adjudicataria de nuevo contrato o, en caso de no serlo, ser indemnizada por la cuantía de la pérdida de aquel beneficio, que asciende a la cantidad de 42.851.202 pesetas.

Conforme a lo expresado el adjudicatario procede a ejercer uno de los derechos, que en garantía suya reconoce la legislación contractual, en caso de transcurrir más de un año desde la fecha de declaración de la suspensión temporal de las obras sin que la Administración hubiera dado orden de resolución de las mismas, alterando por ello, la letra y espíritu de la norma aplicable, que pretende la restitución al contratista del beneficio industrial dejado de percibir sin culpa del mismo, andando la aplicación del precepto a la concurrencia de un hecho futuro e incierto, que no está ni en la norma legal ni es plenamente conforme con los principios de autonomía contractual, conforme al cual cada contrato tiene su vida propia, ni a lo que sería un correcto procedimiento de adjudicación de un nuevo contrato, en el que, en su caso, la Administración interesada debería valorar la oferta efectuada por el adjudicatario de condonarle al Ayuntamiento la indemnización indicada si resultara adjudicataria del nuevo contrato, introduciendo así un elemento perturbador en la economía del nuevo y futuro contrato, que debe permanecer ajeno e independiente a las circunstancias e incidencias que han acontecido en el contrato que ha motivado la presente Resolución que se dictamina. Si la resolución del contrato sea cual fuere la causa de concurrencia motiva su extinción, con los efectos conocidos, ninguno de tales efectos puede prolongarse pro futuro condicionando la vida de otro contrato distinto. Por ello no es correcto que la Propuesta de Resolución que se dictamina posponga al momento en que se adjudique el nuevo contrato la cuestión de la indemnización al adjudicatario del beneficio industrial dejado de percibir, en los términos en que informó la Asesoría jurídica del Servicio de Urbanismo, siendo así que, como informa el Vicesecretario de la Corporación Local, en informe de 29 de marzo de 1993, "aparece clara la obligación de indemnizar al contratista, el cual tiene derecho al valor de las obras realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar".

Esta opinión técnica, sin embargo, no se trasluce en la Propuesta de Resolución que se dictamina que, como se ha expresado, intenta prolongar la vida del contrato que se pretende resolver más allá de las previsiones legales de aplicación. Resuelto el contrato por concurrencia de la circunstancia prevista en el último párrafo del art. 162 RCE, y ejercida por el adjudicatario la opción que allí se permite, se debe concluir con los efectos que para tal eventualidad dispone la Ley, sin que puedan ser enervados por razones o intereses, incluso de carácter público, conectados con un hecho futuro e incierto.

En conexión con lo expresado, es improcedente atender a la petición del adjudicatario de resolver el contrato por mutuo acuerdo, causa para cuya concurrencia se requiere que no exista culpa imputable al contratista en la resolución contractual que se pretende, así como que existan razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, sin que en cualquier caso, con el mutuo acuerdo se encubran intenciones solapadas. La improcedencia de esta causa, que exige concretar situaciones objetivas que, siendo de mutuo interés para ambas partes, concluyan en la conveniencia de resolver el contrato, se constata en el hecho en que la causa hipotética reconducible a ese mutuo acuerdo no es inducida con carácter genérico y abstracto del expediente sino que obra expresamente en las actuaciones y cuenta con expreso reconocimiento legal y no es otra que la prevista en el art. 157.3 y 162 RCE, preceptos relativos a la suspensión temporal y/o definitiva del contrato de obras en vigor. No se puede, pues, convertir una resolución contractual por concurrencia de una causa de suspensión del contrato -que opera con o sin el acuerdo de la Administración- en una causa de resolución de mutuo acuerdo, sin contar con lo ya indicado de que con el mutuo acuerdo no se pueden encubrir intenciones solapadas, solapamiento que parece existir en el presente caso, en el que se anuda el abono de la indemnización citada al hecho futuro e incierto de una nueva adjudicación del contrato.

No se nos escapa, finalmente, que la propuesta formulada por el adjudicatario contiene ciertos elementos transaccionales que aunque no lo homologan a lo que técnicamente es una transacción extrajudicial, si reúne alguno de los requisitos sustanciales del mismo, pues conforme al art. 1809 del Código Civil, mediante la transacción las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado. Ciertamente, en el presente caso no existe causa procesal abierta -aunque de las actuaciones se desprende la incoación por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria de las diligencias previas 105, 107/87, en relación con las que el Ayuntamiento de Las Palmas remitió al Juzgado de referencia fotocopia compulsada y memoria del expediente de las obras de "construcción de un Auditorio"-; quedando claro que el adjudicatario cede en algo -condonar al Ayuntamiento la indemnización que le correspondía en concepto de beneficio industrial-, que es precisamente la

ventaja que obtiene la Corporación Local, pero no queda claro a cargo de que cede; o mejor dicho, cede si resulta adjudicataria del nuevo contrato de obras del Auditorio-Palacio de Congresos, y esto es precisamente lo cuestionable, por ser contrario a los principios que rigen la buena administración de los negocios públicos.

C O N C L U S I O N E S

1. El contrato de obras de construcción del Auditorio-Palacio de Congresos, se hallaba incurso en el supuesto previsto en el art. 162, último párrafo, del Reglamento de Contratos del Estado, habiendo instado la empresa adjudicataria la resolución del contrato con los efectos previstos en el art. 162, primer párrafo. Consecuentemente con ello, procede la resolución del contrato y debe indemnizarse al contratista por el valor de la obra efectivamente ejecutada y el beneficio industrial de las dejadas de realizar.

2. No resulta procedente incorporar la expresada causa de resolución contractual como contenido de una causa distinta de resolución, como es el mutuo acuerdo, el cual propende la extensión de los efectos del contrato más allá de su vida natural, no siendo correcto condicionar el abono de la indemnización debida al contratista a la circunstancia de que éste resulte adjudicatario en el nuevo contrato de ejecución de obras que se incoe.