



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 7 4 / 2 0 0 2

(Sección 2ª)

La Laguna, a 25 de noviembre de 2002.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *resolución del contrato suscrito con la U.T.E. N.E.C., S.A.-P.P.L., S.A. referente a la ejecución de las obras comprendidas en el Proyecto de "Vía Arterial de Santa Cruz de Tenerife. Proyecto de recuperación y del viario Barranco de Santos, tramo I" (EXP. 115/2002 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Por escrito de 27 de agosto de 2002 el Ilmo. Sr. Alcalde del municipio de Santa Cruz de Tenerife solicita preceptivo Dictamen en relación con el contrato de referencia. Comprobando este Consejo que el expediente que se le remitió con tal solicitud está incompleto, al faltar algunos documentos mencionados en los escritos aportados, y -sobre todo- porque no incluye la propuesta de acuerdo plenario de resolución del contrato, con fecha 7 de octubre 2002 se requirió al Ayuntamiento para que la completara. La documentación aportada por el Ayuntamiento no incluye toda la solicitada, por lo que se reitera requerimiento por este Consejo con fecha 28 de octubre. El 13 de noviembre de 2002 se recibe escrito del Ayuntamiento remitiendo la tan solicitada propuesta de acuerdo, adoptada por el Pleno del mismo el 18 de octubre; así mismo, se comunica que el "borrador de acta de replanteo presentado por la UTE a la Administración municipal antes de suscribirse ésta" no figura en el expediente, razón por la cual no puede remitirse a este Consejo.

La propuesta de Acuerdo que finalmente se recibe en este Consejo manifiesta, sin embargo, una contradicción en sus términos y una inexactitud que debe ser

---

\* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

reparada. La contradicción se genera por la indebida inclusión en la propuesta de Acuerdo de un resultando que da por dictaminada la misma favorablemente; mientras, en el cuerpo del Acuerdo Plenario también se señala lo contrario, pues se refiere al "Dictamen que habrá de emitir el Consejo Consultivo de Canarias" (...) "a cuyos términos queda condicionada" aquélla. Pero esta última expresión resulta, por lo demás, imprecisa, pues el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, preceptivo, constituye un trámite indispensable para la validez de la resolución, pero no condiciona en puridad su contenido, pues -además- no tiene en este caso carácter de vinculante.

2. Se trata de un contrato adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de 1999, de modificación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). De conformidad con la Disposición Transitoria de la primera Ley se ha de aplicar la segunda; en consecuencia, los preceptos de ésta en su tenor original constituyen el parámetro de legalidad y serán los que se citarán.

3. La legitimación para solicitar el Dictamen del Ilmo. Sr. Alcalde resulta del art. 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo. La preceptividad del Dictamen, atendiendo al hecho de la oposición del contratista a su resolución, resulta del art. 97.1 LCAP en relación con el art. 11.1D,c) de la Ley del Consejo Consultivo.

4. Tras la audiencia del contratista se han incorporado al expediente un informe de la Dirección facultativa y un informe jurídico sobre dichas alegaciones. A tal efecto, debe tenerse presente que:

a) El art. 26 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP contempla un informe jurídico y un Dictamen del órgano consultivo después de la audiencia al contratista, lo que permite considerar que los informes o dictámenes emitidos después de ella no causan indefensión. Ésta sólo se produce si el interesado no tiene oportunidad de probar la realidad o inexistencia de los hechos en que se pretende fundar la resolución administrativa. Una vez establecidos esos hechos es necesario su análisis técnico o jurídico para su subsunción en las normas aplicables. Esta operación de subsunción es realizada en primer lugar por el órgano que debe formular la propuesta de resolución.

b) En ningún lugar las leyes imponen que los análisis técnicos o jurídicos necesarios para esa operación de subsunción deban ser realizada personalmente por el titular o los titulares de los órganos que han de formular la propuesta de resolución. Estos titulares pueden servirse de los conocimientos del personal al servicio del órgano para la realización de esos análisis, los cuales los expresarán por medio de informes que el titular del órgano puede asumir como suyos sin que ello cause indefensión al interesado. Es paradigmática al respecto la STS (Sala IIIª) de 27 de febrero de 1991 (Ar. 1396), la cual rechaza la alegación de indefensión del recurrente basada en que, tras sus alegaciones en trámite de audiencia, se había emitido un informe en que se había basado la resolución. En la misma línea las SSTS (Sala IIIª) de 28 de junio de 1996 (Ar. 5338) y de 10 de febrero de 1997 (Ar. 1086) afirman que en vía administrativa sólo existe indefensión si no se tiene oportunidad de alegar sus propios argumentos o de utilizar medios de prueba.

c) Los informes que el órgano resolutor ha encargado para mejor fundar su propuesta de acuerdo no introducen nuevos hechos o pruebas respecto de los ya puestos de manifiesto al interesado antes del trámite de audiencia; además, tales informes posteriores a la audiencia del interesado son de idénticos informantes, versan sobre los mismos hechos y exponen similares argumentos que los contenidos en los informes que el contratista conoce. La única diferencia entre unos y otros sólo se encuentra en que los posteriores revisten ahora la forma de respuesta a las alegaciones de aquél, a modo de auxilio o apoyo técnico para redactar la propuesta de acuerdo; por ello, y dado que en lo sustancial suponen una reiteración de lo puesto de manifiesto al contratista, su desconocimiento por éste no supone merma alguna del principio de contradicción, ni le generan indefensión.

Ahora bien, por este mismo carácter de meros auxilios técnicos para elaborar la propuesta de acuerdo, ésta no puede limitarse -al argumentar frente a las razones alegadas por el contratista- meramente a citar tales informes, y hacerlos suyos. Por el contrario, debe desarrollar su propia fundamentación jurídica sin tales menciones o remisiones, desarrollando plenamente sus argumentos. No procede, por tanto, referirse -como hace uno de los resultandos de la propuesta de acuerdo- a la circunstancia de que "el Letrado contratado por Ayuntamiento (...) propone la desestimación". Deberá desarrollar el órgano

resolutor su propia argumentación, sin referencia explícita a los informes que le hubieren servido para redactarla.

## II

1. El 14 de noviembre de 2000 se firma el acta de comprobación del replanteo, sin objeción alguna por el contratista. Según afirma el contratista en sus alegaciones, días antes éste había remitido a la Administración "borrador de acta", donde se proponía incluir en ella la existencia de dificultades para la ejecución del contrato conforme al proyecto inicial; el escrito de "borrador" que adjunta a tales alegaciones no tiene registro de entrada en las oficinas municipales, y -como más arriba se indicó- el Ayuntamiento afirma que no figura en el expediente. En todo caso, y por las razones que fuere, el contratista firmó luego el acta sin reparos, lo que debe interpretarse en el sentido de que, aunque conocía de la existencia de dificultades derivadas de la no disponibilidad parcial de suelo y de circunstancias no previstas en el proyecto, no consideró que las mismas impidieran la ejecución del contrato. A partir de ahí el contratista estaba obligado a iniciar las obras, a seguir el ritmo que el plan de obra establecía, y a concluir las en el plazo de 14 meses.

2. La Administración municipal fue consciente de la existencia de dificultades para la ejecución del contrato, derivadas de circunstancias nuevas que hacían imposible desarrollar algunas de sus partes conforme al proyecto inicial. En atención a ello, por Decreto de 15 de enero de 2002 la Alcaldía resolvió un procedimiento de modificación del proyecto de obras del contrato (folio 62).

3. Ante la inactividad del contratista, la Dirección Facultativa, constatando el no comienzo de las obras cuatro meses después de la firma del acta de replanteo, y sin justificación por parte del contratista, ordena a éste el 2 de marzo de 2001 la inmediata ejecución de las obras, salvo aquella parte afectada por la necesaria modificación del proyecto (falso túnel de Duggi). Durante los ocho meses siguientes la respuesta del contratista es el silencio, y la práctica inactividad.

4. La contratista, por medio de escrito de 25 de febrero de 2002, solicita que se redacte un proyecto modificado -el cual reconoce en el mismo escrito que se estaba redactando desde noviembre de 2001- y que mientras tanto se acuerde la suspensión temporal total de las obras (folios 65 al 68).

5. El 27 de febrero de 2002 la contratista le dirige un escrito a la dirección de la obra en el que le comunica que ha procedido a la paralización total de la obra y que por ello procederá al cierre de las instalaciones de Asistencia Técnica existentes en la propia obra (folio 69). Estas instalaciones de Asistencia Técnica formaban parte de la oferta económica de la contratista y consistía en proporcionar en la propia obra una oficina con sus medios personales y materiales para apoyo de la Dirección facultativa por un coste de 37.373.199 millones de pesetas (folio 41). A 28 de febrero de 2002, tras la paralización unilateral por la contratista de las obras el día anterior, sólo había ejecutado obras por importe de 228.057.082 pesetas, lo cual representa un 7,17% del importe del contrato y después de más de quince meses desde el inicio de la ejecución del contrato, cuando, independientemente de las dificultades para la ejecución de determinadas unidades de obra, se podía haber ejecutado obra por importe de más de dos mil ochocientos millones de pesetas, el 91% del precio del contrato.

6. Al día siguiente, la Dirección Facultativa por medio de escrito advierte al contratista que la paralización de la obra constituye un incumplimiento contractual que es causa de resolución y de indemnización de daños y perjuicios y que es su obligación garantizar la seguridad y vallado de la obra. El 5 de marzo siguiente la UTE responde al anterior escrito exponiendo las razones que a su parecer justifican la suspensión temporal total, indicando que "no habiéndose formalizado el proyecto modificado", hay una virtual suspensión del contrato, por lo que las partes no pueden proseguir la ejecución.

7. El 23 de abril de 2002 la dirección facultativa comunica al Ayuntamiento que desde finales de febrero la obra está completamente abandonada.

8. El 7 de mayo a instancia del Ayuntamiento se levanta acta notarial de presencia por la que se constata la ausencia total de actividad en la obra.

9. El veintidós de mayo, con asistencia de la contratista, se levanta por el Ayuntamiento acta de comprobación de la paralización de las obras y del estado de ejecución hasta esta fecha la cual es firmada sin reserva y como prueba de conformidad por la representación de la contratista.

10. Del expediente resulta claramente que la contratista solicitó la suspensión parcial de la obra el 25 de febrero de 2002 y que, sin esperar a que la Administración

resolviera, paralizó unilateral y totalmente la obra el 26 de febrero de 2002, abandonándola además al menos desde esa fecha.

### III

1. La indisponibilidad parcial temporal de los terrenos, y otros impedimentos sobrevenidos, no imposibilitaban iniciar y continuar aquellas otras obras no afectadas; pero el contratista optó por la paralización total de las obras, decidida unilateralmente.

2. El contratista sólo puede suspender unilateralmente el cumplimiento del contrato en el supuesto y con los requisitos del art. 100.5 LCAP: que se haya demorado más de cuatro meses el pago de las certificaciones de obra y que haya comunicado con un mes de antelación este propósito a la Administración; salvo este supuesto, la suspensión de la obra únicamente puede ser acordada por la Administración según el art. 103 y 150,b) y c) LCAP. Además, no puede abandonar la obra por decisión unilateral, resultando responsable de los daños que para la misma y a terceros pudieran derivarse de tal abandono; el contratista incumplió con ello los deberes de custodia y vigilancia de la obra.

3. El objeto del contrato de obras es precisamente la construcción de una obra en plazo. La prestación esencial del contratista es ésta. Si éste cesa unilateralmente en su prestación ello constituye el incumplimiento de la obligación contractual más esencial de este tipo de contratos. El transcurso del plazo final pactado sin haber concluido las obras supone el incumplimiento del contrato. El simple vencimiento del plazo sin que la prestación del contratista esté realizada implica *ipso iure*, ante la ausencia de causa justificadora, la calificación de incumplimiento culpable, sin necesidad de interpelación. Además, el abandono de la obra hace presumir razonablemente la imposibilidad de cumplimiento del contrato, incluso aunque se hubiere prorrogado el plazo de ejecución por haber mediado suspensión temporal parcial (art. 96 LCAP).

4. En consecuencia, la Administración está facultada para resolver el contrato, incautarse la garantía y exigirle los daños y perjuicios causados en lo que excedan del importe de la garantía incautada (arts. 96, 112,e) y 114.4 LCAP). Por ello, conforme al art. 112,g) LCAP procede acordar la resolución del contrato con los efectos previstos en el art. 114.4 LCAP. Por imperativo de los arts. 20,c) y 21 LCAP en relación con los arts. 12.2 y 13 RDP el acto que disponga la resolución contractual

debe acordar también la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar, procedimiento cuya resolución corresponderá a la propia Administración contratante y que deberá ser comunicado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

## C O N C L U S I Ó N

Es conforme a Derecho la propuesta de acuerdo de resolución del contrato; pero en su fundamentación deberá manifestarse exclusivamente la argumentación propia del órgano resolutor, no pudiendo ésta limitarse a una mera remisión a los informes que sirvieron para redactarla.