



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 0 1 / 2 0 0 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 de noviembre del 2003.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Turismo en relación con la *resolución del contrato de asistencia técnica suscrito con L.M.Q. para la dirección facultativa de las obras de "Tratamiento ambiental del barrio de San Francisco Javier", en el término municipal de Arrecife (EXP. 197/2003 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Turismo, es la propuesta de resolución dirigida a desistir unilateralmente del contrato de asistencia técnica suscrito con una arquitecta para la dirección facultativa de las "obras de tratamiento ambiental del Barrio de San Francisco Javier en el término municipal de Arrecife", resolución contractual a la que se ha opuesto la contratista.

2. La legitimación del Excmo. Sr. Consejero para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo, en relación el primero con el art. 59.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio).

3. En la tramitación del procedimiento de resolución se ha dado audiencia al contratista y se ha recabado el informe del Servicio Jurídico (art. 109, de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RCAP, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en relación con los arts. 59.3.a) y 112.1 de la misma, y con el art. 20.11) del

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, RSJ, aprobado por el Decreto 19/1992, de 7 de febrero). No se ha incurrido en defectos formales que impidan un Dictamen de fondo.

II

1. El 10 de diciembre de 2001 la Consejería de Turismo y Transportes de la Unión Temporal de Empresas S.F.J. (formada por las empresas H. y L.) suscribieron un contrato, adjudicado el 19 de noviembre de 2001, para la ejecución de las obras de tratamiento ambiental del Barrio de San Francisco Javier, en el término municipal de Arrecife.

2. El precio del contrato de obras ascendía a un millón quinientos cuarenta y un mil quinientos noventa y seis euros y cinco céntimos (256.500.000 de las antiguas pesetas) y con un plazo de ejecución de siete meses, a partir de la fecha de inicio de las obras.

3. El 27 de diciembre de 2001 se levantó el acta de comprobación del replanteo, con lo que la fecha de finalización de las obras se situó el 28 de julio de 2002.

4. El 28 de diciembre de 2001 el Director General de Ordenación e Infraestructura Turística suscribió con la arquitecta L.M.Q., el contrato para la dirección facultativa de las obras de ejecución de tratamiento ambiental del barrio de San Francisco Javier, contrato que es el que ahora se pretende resolver.

5. El precio del contrato ascendía a diecisiete mil novecientos setenta euros con veintiséis céntimos (2.900.000 pesetas) y su duración se fijaba hasta la finalización de las obras de tratamiento ambiental del barrio de San Francisco Javier. Se trataba por tanto de un contrato de consultoría y asistencia para la dirección, supervisión y control de la ejecución de obras, tipificado en el art. 196.2,b) 3ª LCAP y complementario del contrato de obras suscrito el 10 de diciembre de 2001 entre la Administración y la U.T.E. S.F.J. (arts. 197.2 y 198.2 LCAP).

6. El 26 de julio de 2002 se dictó una Orden Departamental en cuyo cuarto antecedente de hecho se decía que el 23 de julio de 2002 la UTE había presentado un nuevo programa de trabajo solicitando su aprobación y concesión de una prórroga para la finalización del contrato, justificando el retraso en la adaptación del ancho de la calzada, en el ajuste del proyecto a distintas rasantes de construcciones

cercanas, en la dificultad de pavimentación de las aceras por la presencia de postes de madera de tendidos aéreos, en la imposibilidad de ejecutar la glorieta hasta que no se trasladara una estación transformadora.

El antecedente quinto expresaba que el Servicio de Infraestructura, como Oficina de Supervisión de Proyectos, informaba favorablemente la modificación con base en el art. 101.1 LCAP.

La parte dispositiva de esta Orden Departamental autorizaba el reajuste de las anualidades hasta el año 2003 y prorrogaba el contrato de obras hasta el 31 de enero de 2003.

7. El 31 de enero de 2003 se dictó nueva Orden Departamental prorrogando el contrato de obras hasta el 15 de abril de 2003 a solicitud de la contratista que alegaba retraso en la definición de la obra a ejecutar en el parque y visto que por el Servicio de Infraestructura Turística se informaba que concurrían las razones de interés público "al objeto de cumplir los objetivos marcados por la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el presente año 2003".

8. El 16 de abril de 2003 se dictó otra Orden Departamental, cuyo antecedente cuarto expresaba que el 14 de abril la UTE había solicitado nueva prórroga "justificada principalmente en el retraso de la ejecución de la rotonda de entrada al Barrio de San Francisco Javier", y cuya parte dispositiva prorrogaba el contrato de obras hasta el 15 de junio de 2003.

9. El 21 de abril de 2003 el Jefe del Servicio de Infraestructura Turística por medio de un fax convocó a una reunión para el día siguiente a la Dirección facultativa.

10. El 6 de mayo de 2003 la Dirección facultativa inspeccionó las obras y consignó en las hojas 0001091 y siguiente del Libro de Órdenes que la contratista sin su autorización había procedido a la demolición de una parte de la obra ya realizada que se ajustaba al proyecto, a la ejecución de unidades de obras no recogidas en el proyecto y que se cumplían defectuosamente las normas de seguridad y ordenaba a la contratista que procediera inmediatamente a reponer la obra destruida, demoler la ajena al proyecto y cumplir las medidas de seguridad concernientes al personal y a

los viandantes; y además le prohíbe acometer unidades de obras no contempladas en el proyecto.

11. Ese mismo día 6 de mayo de 2003 remite por burofax al Jefe de Servicio de Infraestructura Turística copia de ambas hojas del Libro de Órdenes y un escrito comunicando que la contratista ha realizado cambios sustantivos del proyecto que exigen la previa tramitación del correspondiente modificado.

12. El 7 de mayo de 2003 la Dirección Facultativa inspecciona las obras y consigna en la hoja 0001093 del Libro de Órdenes que sus instrucciones han sido desobedecidas por la contratista que sigue ejecutando unidades de obra no amparadas por el proyecto en un espacio libre por lo que ordena la paralización de las obras en ese espacio. De todo esto informa por fax al Jefe del Servicio de Infraestructura Turística.

13. Ese mismo día 7 de mayo el Jefe del Servicio de Infraestructura Turística envía un fax al gerente de la UTE en que le comunica que ha sido informado por la Dirección Facultativa de la ejecución de obra que no se ajusta al proyecto y le ordena que paralice las obras excluyendo las estrictamente necesarias para garantizar la seguridad de los ciudadanos que transiten por el barrio.

14. El 15 de mayo de 2003 la Dirección facultativa por burofax dirige al Jefe del Servicio de Infraestructura Turística un escrito comunicando, en relación con una reunión mantenida el 12 de mayo de 2003 en Infraestructura Turística, que la única solución posible a la demolición de unidades de obra y la construcción de otras que ocasionaban cambios sustantivos, era regularizar la situación a través de un reformado.

15. El 19 de mayo de 2003 el Jefe del Servicio de Infraestructura Turística convoca a la Dirección Facultativa a una reunión a celebrar el 22 de mayo.

16. El 13 de junio de 2003 el Jefe del Servicio de Infraestructura Turística solicita a la Dirección Facultativa que se pongan en contacto con ese Servicio "al objeto de adoptar las medidas que correspondan a la protección del interés público".

17. El 14 de junio de 2003 un informe suscrito por el Jefe y el arquitecto técnico del Servicio de Infraestructura Turística y dirigido al Director General de Ordenación e Infraestructura Turística expresa que el 75'69% de la obra está ejecutada y bajo el apartado "Incidencias en cuanto a la adecuación de la obra ejecutada al proyecto

aprobado" relata que la Dirección facultativa, el 12 de marzo de 2002, aprobó el cambio del pavimento contemplado en el proyecto sin el amparo de un proyecto modificado, que se ha ejecutado la alteración de la red de abastecimiento sin proyecto modificado, que ha ordenado rehacer unidades de obra de los encuentros de las calles sin proyecto modificado, y que no había adoptado medidas de seguridad específica en el derribo de un muro.

18. El 16 de junio de 2003 la Dirección Facultativa envía por fax un escrito al Jefe del Servicio de Infraestructura Turística en contestación al que éste les dirigió el 13 de junio en que, refiriendo anteriores escritos y reuniones, reiteran que la contratista no ha cumplido con las medidas que le habían impartido en orden a la reanudación de las obras, que había vencido el plazo de la tercera prórroga, que para garantizar la seguridad de vecinos y niños hay que vallar urgentemente la obra y que quedan a la espera de las medidas que adopte la Administración para que la obra vuelva a su marco de legalidad. El contenido de este fax se incorporó acompañado de fotografías de la situación de la obra a un escrito que se presentó el siguiente día 17 en la Consejería de Turismo y Transporte.

19. El 19 de junio de 2003 el Director General de Ordenación e Infraestructura Turística dictó la Resolución nº 334 cuyo antecedente de hecho tercero afirma que la finalización de la obra "se ha demorado en exceso en atención a las vicisitudes surgidas en el transcurso de la obra y los distintos problemas de entendimiento existentes entre la dirección facultativa y la empresa adjudicataria de las mismas", lo cual ha sido la causa de que la Administración haya concedido tres prórrogas a la UTE y que ésta haya solicitado el 13 de junio de 2003 una cuarta prórroga por cinco meses más. En el antecedente de hecho quinto se dice: "Que por el Servicio de Infraestructura Turística de este Centro Directivo se emite informe del que se desprende la conveniencia, en aras de la protección del interés público general de desistir unilateralmente de la contratación de la dirección facultativa encomendada a L.M.Q., máxime si se tiene en cuenta los problemas surgidos con la empresa adjudicataria de la obra y el agravio económico provocado en el gasto público por el considerable retraso de la obra". La parte dispositiva de esta resolución inicia el procedimiento para la resolución del contrato de consultoría y asistencia técnica y la apertura del trámite de audiencia.

20. El 20 de junio de 2003 la Dirección Facultativa remite por fax un escrito al Jefe del Servicio de Infraestructura Turística que comienza así: "con relación a la conversación mantenida con fecha de 16 de junio de 2003, y oída su propuesta de renuncia voluntaria, hemos de comunicarle que, al haber cumplido fielmente con las obligaciones que corresponde a la Dirección de las Obras, no existe causa ni motivo para poner fin de manera unilateral al contrato que nos une con la Administración" y reitera la necesidad de que se garantice la seguridad de la obra y de que se adecue a la legalidad.

21. El 24 de junio de 2003 se notificó la Resolución nº 334 de 19 de junio a la Dirección Facultativa.

22. Después de haber solicitado que se le entregara copia del informe del Jefe de Servicio que se cita en la Resolución nº 334 al efecto de realizar las alegaciones en trámite de audiencia y tras recibir dicha copia, la Dirección Facultativa presentó el 11 de julio de 2003 un escrito de cincuenta y cuatro folios acompañado de las fotocopias de los dos libros de Órdenes y de los faxes y escritos intercambiados entre la Dirección Facultativa la contratista y la Administración. Este escrito de alegaciones en trámite de audiencia se puede resumir de la siguiente manera:

La actuación de la contratista ha sido la causante del retraso en la finalización de las obras porque las inició tarde, ha destinado poco personal a las obras, el ritmo de trabajo era lento, en ocasiones las paralizaba, con frecuencia ejecutaba defectuosamente unidades de obra que había que corregir, incumplía las instrucciones de la Dirección Facultativa consignadas en el Libro de Órdenes, proponía certificaciones de obra que no recogían la realidad de la obra ejecutada lo que imponía la necesidad de su corrección con el consecuente retraso en su expedición. Estas afirmaciones se hallan respaldadas por el Libro de órdenes donde figuran reiteradas instrucciones para que se destine más personal a las obras, se acelere el ritmo de los trabajos para ajustarlos al Plan de Obras, se corrijan unidades de obra mal ejecutadas y se advierte repetidamente de que se incumplen las instrucciones de la Dirección Facultativa y no se cumple con la normativa de seguridad. La interesada también alega que de esta situación mantuvo constantemente informada a la Administración, afirmación que respalda con los escritos y fotocopias del Libro de Órdenes enviados al Servicio de Infraestructura Turística informándole de que no había personal en la obra, o de que era poco, de que el ritmo de los trabajos era lento y no se ajustaba al Plan de Obra por lo que no

finalizarían en plazo, que la contratista no cumplía con las instrucciones para adecuar las obras al proyecto y para corregir las obras mal ejecutadas, etc.

Respecto al informe del Jefe del Servicio de Infraestructura Turística que cita (pero no recoge) la Resolución de inicio del procedimiento, se alega que el pavimento que sustituyó al contemplado en el proyecto tiene las mismas características técnicas que exigía éste y que esa sustitución no supuso cambio alguno en el presupuesto de la obra por lo que no requería la redacción de un modificado del proyecto (hojas 0001082 y 0001083 del Libro de Órdenes). Que ante el deficiente estado de la red de abastecimiento la Dirección Facultativa propuso que se aprovechara la realización de las obras para su corrección, pero que la Administración decidió que sólo se ejecutaran los tramos comprendidos en el ámbito del Proyecto (hoja 0001037 del Libro de Órdenes). Que se ordenó corregir los trazados de las esquinas y por tanto rehacer las correspondientes unidades de obra porque estaban mal ejecutadas (hojas 0001043 a 0001050 del primer Libro de Órdenes y 0001076, 0001077, 0001079 a 0001081 del segundo Libro de Órdenes) y que todo ello se comunicó a la Administración por medio de los informes de 14 y 16 de octubre de 2002 (cuya copia con su constancia de remisión por fax se adjunta). Que respecto a la no adopción de medidas de seguridad en el derribo de un muro el 13 de febrero de 2003, se remite al Libro de Órdenes, hoja 0001086 que recoge la inspección de la obra por la Dirección Facultativa ese mismo día 13 de febrero de 2003 y donde se ordena que se cumplan estrictamente las medidas de seguridad. Remite también a varias otras hojas del Libro de Órdenes donde la Dirección Facultativa hace constar insistentemente el incumplimiento de la normativa de seguridad y ordena su estricto e inmediato cumplimiento.

La interesada también alega que ha actuado con rigor profesional, defendiendo el interés general, el cumplimiento del proyecto, las garantías de la obra bien realizada y el correcto control económico de la inversión pública; mientras que la contratista ha incumplido abiertamente sus obligaciones contractuales, ha ejecutado con negligencia e impericia las unidades del proyecto, ha variado unilateralmente el documento técnico, y ha incumplido la normativa de seguridad; y sin embargo es su contrato de asistencia técnica el que se pretende resolver. Termina reivindicando su buen nombre profesional y alegando que el desistimiento "esconde un acto de arbitrariedad y en defensa de una constructora cuyo empecinamiento es difícil de

aceptar y de entender, además de sembrar una previsible duda y sospecha de, cuando menos, desviación de poder”.

23. El 16 de julio de 2003 la letrada habilitada del Servicio Jurídico emite informe sobre la propuesta de resolución en el que se señala que debe motivarse la decisión de resolver el contrato, que es preceptivo el Dictamen del Consejo Consultivo dada la oposición de la arquitecta a la resolución contractual, que se ha de decidir sobre las irregularidades que denuncia en sus alegaciones y que en la resolución se han de indicar los recursos que procedan contra ella.

24. El siete de octubre se remitió al Consejo Consultivo la solicitud de Dictamen junto con el expediente.

III

1. Como establece el art. 103.1 de la Constitución y reitera el art. 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, LPAC, la actuación de la Administración está dirigida exclusivamente a la consecución de los intereses públicos. La actividad contractual de la Administración, en consecuencia, también está teleológicamente determinada por la realización de los intereses públicos. La contratación administrativa se dirige siempre a satisfacer un interés público concreto que constituye la causa de cada particular contrato administrativo y, como tal, elemento esencial de éste. Por esta razón el art. 13 LCAP exige que se justifique la necesidad, para los fines del servicio público correspondiente, de la celebración del contrato.

Esta vinculación de los contratos administrativos a la consecución de fines públicos explica las prerrogativas de que el art. 59.1 LCAP atribuye a la Administración, entre ellas la de resolver unilateralmente el contrato.

Al respecto, el art. 214 LCAP establece en su apartado b) que será causa de resolución de los contratos de consultoría y asistencia técnica el desistimiento de la Administración. Como una variedad de estos contratos el art. 196.2,b) 3ª LCAP contempla el contrato de consultoría y asistencia para la dirección, supervisión y control de la ejecución de obras, tipo en el que se subsume el contrato que se pretende aquí resolver y al que, en consecuencia, le resulta aplicable el art. 214:b) LCAP. Esto no es de extrañar: si la celebración de un contrato administrativo se

justifica por su necesidad para alcanzar el interés público, posteriores e insoslayables exigencias públicas pueden imponer el desistimiento del contrato.

Pero esta potestad de la Administración de desligarse unilateralmente de sus contratos, en cuanto es una excepción a las reglas generales de la inmutabilidad de los contratos y de que su cumplimiento no puede quedar al arbitrio de una de las partes (arts. 1.091 y 1.356 del Código Civil), no tiene un carácter omnímodo que la apodere para resolverlos en cualquier supuesto y sin necesidad de otra justificación que no sea su propia voluntad sino que debe justificar que existe un concreto interés público que impone el desistimiento del contrato. En efecto, si debe justificarse la necesidad de la celebración del contrato para los fines del servicio público (art. 13 LCAP), para resolverlo debe justificarse igualmente que ha desaparecido esa necesidad, o bien que ha surgido una situación nueva que compromete el interés público.

Por otro lado, si la Administración para lo menos, modificar el contrato, necesita fundamentar en razones de interés público el ejercicio del *ius variandi* (art. 59.1 LCAP), doblemente imperiosa se presenta esa exigencia de fundamentación cuando se trata de lo más, desligarse unilateralmente del contrato.

Admitir lo contrario supone afirmar que la Administración, para contratar, debe justificar el fin público al que sirve el contrato, pero en cambio no necesita servir a ningún fin público cuando decide desistir de él, lo cual contradice la interdicción constitucional de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), la exigencia de que toda su actuación persiga un fin público (art. 103.1 de la Constitución, art. 3.1 LPAC) y respete los principios de buena fe y confianza legítima (art. 3.1 LPAC).

Además, en cuanto la potestad del art. 214:b) LCAP es de carácter discrecional, el acto que se dicte en su ejercicio debe estar motivado fáctica y jurídicamente por imperativo del art. 54.1,f) LPAC. En otras palabras, debe expresar con precisión los hechos y las razones de derecho que justifican esa decisión discrecional de desistir unilateralmente del contrato.

Aunque el desistimiento unilateral del contrato puede considerarse con carácter general un supuesto de clara discrecionalidad, discrecionalidad no es arbitrariedad; y la línea divisoria que separa ambas nociones está justamente en la necesidad de ofrecer una motivación adecuada y suficiente, exigencia que se refuerza en este caso

a la vista de los datos obrantes en el expediente y de acuerdo con las propias observaciones reflejadas en el mismo.

Nada de lo expuesto es baladí: si un órgano administrativo, a pesar de ser ilustrado por informes jurídicos, sin razones de hecho ni motivos de interés público, resuelve arbitrariamente un contrato podría traspasar el límite representado por el art. 404 del Código Penal.

2. La propuesta de resolución contiene tres antecedentes de hecho: En el primero refiere la celebración del contrato que se pretende resolver; en el segundo que el 27 de diciembre se suscribió el acta de replanteo y que a partir de esa fecha se inició el plazo de siete meses para su finalización; y en el tercero y último que ese plazo "se ha visto demorado en exceso en atención a las vicisitudes surgidas en el transcurso de la obra y los distintos problemas de entendimiento existentes entre la dirección facultativa y la empresa adjudicataria" y a continuación relaciona las Órdenes Departamentales que han concedido prórrogas a la empresa constructora y menciona que el 13 de junio de 2003 ésta ha solicitado una cuarta prórroga de cinco meses.

La única fundamentación fáctica que se aduce para resolver el contrato es la del antecedente tercero, el cual no se corresponde con la realidad, porque las prórrogas concedidas a solicitud de la empresa por las Órdenes Departamentales, actos administrativos firmes revestidos de la presunción de legalidad y, por ende, de la veracidad de los hechos en atención a los cuales se dictaron, en ningún momento mencionan entre las circunstancias por mor de las cuales se conceden las prórrogas problemas de entendimiento entre la Dirección facultativa y la constructora, sino otras diferentes.

El hecho de que los días 6 y 7 de mayo de 2003 la constructora haya demolido unidades de obra ejecutadas conforme al proyecto y haya construido otras no amparadas en ese documento técnico, lo cual motivó que por la Administración se ordenara la paralización de las obras (véase apartado 13 del Fundamento II de este Dictamen), constituye una infracción por la empresa constructora de las obligaciones que le impone el art. 143.1 LCAP, en absoluto una falta de entendimiento entre la Dirección facultativa y la constructora que lleva a imputar la responsabilidad del retraso de las obras a la primera y, por ende, justifique que se resuelva el contrato de asistencia técnica que le liga con la Administración.

Se constata una carencia absoluta de hechos que determinen el ejercicio de la potestad de la Administración para desistir unilateralmente del contrato de consultoría y asistencia técnica.

3. Las consideraciones jurídicas en que se fundamenta la propuesta de resolución son tres: En la primera se menciona la competencia del órgano para dictarla; en la segunda se cita el art. 214:b) LCAP; en la tercera el art. 109 RCAP que regula el presente procedimiento.

Es patente que ni la fundamentación fáctica ni esta escueta fundamentación jurídica, ni la suma de ambas proporcionan un juicio sobre el concreto interés público que se persigue con el desistimiento del contrato. Ya se ha señalado que toda potestad administrativa se confiere por la Ley en atención a una finalidad pública, y que el ejercicio de una potestad discrecional debe expresar el concreto fin público que persigue.

Si ese fin no está presente, la Administración no puede desistir unilateralmente del contrato.

4. El art. 89.1 LPAC exige que la resolución que ponga fin al procedimiento decida todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo.

Las alegaciones en trámite de audiencia de la arquitecta con apoyo documental en las hojas del Libro de Órdenes, firmadas sin reparos por el representante de la constructora, y en informes remitidos a la Administración, insisten en que han sido los numerosos incumplimientos contractuales de la constructora los causantes del retraso de las obras, que la Administración ha sido condescendiente con ellos y que es la conducta de rigor profesional de la facultativa frente a aquellos incumplimientos la que determina la decisión administrativa de desistir unilateralmente del contrato de asistencia técnica.

Sobre todas esas alegaciones debe pronunciarse obligadamente la resolución, en virtud del citado art. 89.1 LPAC, máxime cuando está en cuestión alejar de la resolución que finalmente se dicte el reproche de desviación de poder u otros eventuales reproches más graves.

CONCLUSIÓN

La propuesta de resolución no es conforme a Derecho, por falta de fundamentación en el ejercicio de la prerrogativa de resolución unilateral del contrato.