



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 / 2 0 0 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 28 de enero del 2004.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Infraestructuras, Transporte y Vivienda en relación con la *resolución del contrato de obras suscrito por la Consejería de Infraestructuras, Transporte y Vivienda y la empresa "T.F., S.L." para la construcción de 15 V.P.O. de promoción pública en Tinisagua, término municipal de Breña Alta (EXP. 244/2003 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Infraestructuras, Transporte y Vivienda, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de obras de construcción de 15 viviendas de protección oficial de promoción pública en Tinisagua, término municipal de Breña Alta, contrato que fue adjudicado por Orden Departamental de 28 de noviembre de 2002 a la empresa T.F., S.L., la cual se ha opuesto a la resolución contractual exponiendo sus razones en el preceptivo trámite de audiencia.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se deriva de los arts. 12.3 y 11.1.D).c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 59.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y con el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

II

1. El contrato cuya resolución se pretende fue adjudicado por Orden de 28 de noviembre de 2002 a la empresa T.F., S.L. por un importe de 1.347.216'24 euros, suscribiéndose el correspondiente contrato el 13 de diciembre siguiente, estableciendo como plazo de ejecución de las obras 20 meses.

El día 13 de enero de 2003 se firma el acta de comprobación del replanteo y la autorización de inicio de las obras sin que el contratista alegara objeción alguna. En consecuencia, las obras se iniciaron al día siguiente, por lo que el plazo de terminación quedó fijado el 14 de septiembre de 2004.

El 14 de febrero, el contratista presenta escrito en el que informa que se ha producido una demora en el inicio de las obras motivada por la presencia en el terreno de postes de teléfono, lo que ha obligado a esperar a su retirada por parte de Telefónica y además porque no existía un vertedero disponible en la fecha indicada. Una vez encontrado éste, ha resultado imposible depositar los escombros debido a las inclemencias del tiempo.

En el primer informe técnico mensual emitido por la Dirección Facultativa de la obra de 21 de febrero de 2003 se hace constar que el anterior día 17 se giró visita de inspección, comprobándose que las obras ejecutadas corresponden con las unidades de obra del capítulo movimiento de tierras (desmonte), actividad que se adapta a lo estipulado en el proyecto. No obstante, se indica que no se ha facilitado el Plan de Obra, por lo que no puede valorarse el ritmo de los trabajos, que la obra no se encuentra completamente vallada -lo que no se adapta al proyecto aprobado-, que se está actuando sin adoptar las medidas de seguridad y salud y que no se ha facilitado el Libro de Órdenes.

La empresa contratista mediante escrito de 27 de febrero de 2003 solicita, con fundamento en la cláusula 25.4 PCAP, certificación de acopio de materiales, sobre el que se solicitó informe a la dirección facultativa, sin que conste en el expediente ninguna actuación expresa en relación con el mismo, si bien en los informes técnicos posteriores de la dirección facultativa se indica que en la obra existe acopio de

aceros, aunque para poder certificar los mismos se ha solicitado a la contrata certificados de homologación y albarán, que no se presentaron.

La Dirección Facultativa en informe de 21 de marzo de 2003, hace constar que las obras ejecutadas corresponden con las unidades de obra del capítulo de movimientos de tierra, se continúa con las obras de desmonte, construcción parcial del vallado de cerramiento, construcción de casetas provisionales de obra, colocación de cartel de obra y apilamiento de aceros en obra.

Añade que aún no se ha facilitado el Plan de Obra y que se sigue incumpliendo la exigencia prevista en el proyecto de vallar la obra en su totalidad y tampoco las casetas de obra se adecuan a las dimensiones y forma de las establecidas en el proyecto. Se ha comprobado que después de la jornada de trabajo se está dejando el vallado completamente abierto desde el lado norte, dando lugar a la posibilidad de acceder fácilmente por terceros a la zona de obras. El mismo vallado por el lado sur, se encuentra adosado al muro de piedra del parque infantil existente en la zona, desde donde es fácil acceder a la obra a través de dicho muro de piedra, siendo además un lugar muy frecuentado, por lo que se ha ordenado vallar adecuadamente esta zona, con una altura superior a la existente. Asimismo se indica que las casetas provisionales de obra no se adecuan a las dimensiones y forma establecidas en el proyecto, que no existe plan de seguridad y salud, por lo que se ordena presentarlo lo antes posible para no paralizar los trabajos, ni medidas de protección individual, como son los cascos de seguridad, ordenando, igualmente, adoptar todas las medidas de seguridad definidas en el Estudio de Seguridad y Salud, puesto que ya se está actuando en la obra. No existe botiquín y cartel con los números de teléfonos de urgencia y planos de señalización de los Centros de Seguridad y Salud del Hospital.

En la actuación de desmonte de los distintos bloques han desmontado a una mayor profundidad en tres de los bloques no coincidiendo con las rasantes de cimentación establecidas en el proyecto y han realizado un relleno incorrecto y no controlado. Se ordena macizar con hormigón ciclópeo desde terreno firme hasta la parte inferior de cada una de las zapatas terraplenando posteriormente la zona donde se apoyarán las vigas riostras de cimentación y solera. Antes de ejecutar la cimentación se realizará el estudio de suelo por laboratorio homologado.

Por último señala que en la visita de obra realizada han podido contactar con un aparejador que no define con exactitud si va a ser la persona designada por la

contrata como encargada de la obra. No obstante, se le pidió que toda la documentación del proyecto estuviera en la oficina de obra con el objeto de poder llevar a cabo un correcto seguimiento e inspección de las mismas. Se continúa sin facilitar el Libro de Órdenes reiterándoles la obligatoriedad de disponer del mismo en la obra, así como del libro de matrícula de personal al objeto de poder controlar la subcontratación.

El día 25 de marzo de 2003 se le notifica a la empresa adjudicataria requerimiento al objeto de que proceda a la corrección de determinadas deficiencias del programa de trabajo presentado el anterior día 19. Tres días después se procede a un nuevo requerimiento al objeto de que aporte, entre otra documentación, el resguardo del abono de las tasas municipales sobre construcción, instalaciones y obras, el Plan de Seguridad y Salud con informe del coordinador de Seguridad y Salud durante la ejecución de la obra y comunicación para la apertura del centro de trabajo a la autoridad laboral, libro de incidencias de seguridad y salud y propuesta del delegado de obra de la empresa constructora. Asimismo, se le solicita proceda a la subsanación de las irregularidades producidas durante la ejecución de las obras, comunicadas por la dirección facultativa en los informes técnicos antes referidos, relativas al vallado de las obras, las casetas provisionales, la adopción de las medidas de protección individual y el botiquín y cartel con los números de teléfono de urgencia y planos de señalización de los Centros de Salud y Hospital.

El 1 de abril de 2003, informa nuevamente la Dirección Facultativa que en visita efectuada a la obra el mismo día se pudo constatar que se continúa con las obras de desmonte y la construcción de las casetas provisionales. No se han cumplido las órdenes dadas a la empresa y que fueron recogidas en el informe anterior, excepto lo relativo a las casetas provisionales en las que se están realizando las actuaciones necesarias para adaptarlas al proyecto. Se ha ordenado nuevamente disponer en la obra del libro de órdenes y el de matrícula de personal para poder controlar la subcontratación.

La Dirección Facultativa presenta nuevo informe el 22 de abril manifestando que la empresa adjudicataria continúa sin presentar el Plan de Seguridad y Salud, aun cuando le ha sido requerido en varias ocasiones, por lo que se le comunica que de no presentar el mismo antes del 23 de abril se procederá a la paralización de los trabajos. Asimismo se indica que se ha contactado con los técnicos municipales, que han informado que la obra ha sido paralizada en reiteradas ocasiones debido al

impago de las tasas municipales de la licencia municipal. El resto del informe reitera lo establecido en los dos últimos informes emitidos por la dirección facultativa, dejando constancia del incumplimiento de las órdenes dadas. En cuanto a la ejecución de las obras, se continúa con la ejecución de las casetas provisionales, por su parte el volumen de movimiento de tierras no ha variado. No se ha designado por la contrata a la persona encargada de la obra.

El 2 de junio la Dirección facultativa presenta nuevo informe en el que hace constar que visitada la obra el 26 de mayo se comprueba que las obras ejecutadas se corresponden con las unidades de obra de construcción de casetas provisionales, parte de movimiento de tierras y vallado de parcela. Añade que no ha sido presentado el Plan de Seguridad y Salud con la subsanación de las deficiencias señaladas por el coordinador de seguridad y salud, que han sido comunicadas de forma verbal a la contrata al no existir libro de órdenes, informándole de la importancia de dicha aprobación para proceder a la apertura del centro de trabajo, así como de que de no presentarlo se paralizará la obra. Asimismo señala que ha contactado con los técnicos municipales que informan que la obra ha sido objeto de sucesivos cortes de suministro de agua por impago de las tasas municipales correspondiente a la licencia de obras. No han sido atendidas las órdenes dadas por la dirección facultativa y que han sido recogidas en anteriores informes. Por último comunica que en visita reciente que en la obra se encuentran unos operarios preparando parte de ferralla que, a su juicio, no se corresponde con la de la obra, puesto que hasta la fecha no se han ejecutado los preceptivos ensayos que se establecen en el programa de control de calidad de la obra, en su apartado de control de calidad de acero, por lo que no existe autorización de la dirección facultativa para ejecutar las armaduras de la obra.

Se indica además que hasta la fecha no se ha certificado nada hasta que no se ejecuten correctamente las unidades de obra.

Con base en todas estas incidencias se ordena con fecha 28 de mayo de 2003 por la dirección facultativa la paralización de la obra hasta que se obtenga la apertura del correspondiente centro de trabajo.

2. Con estos antecedentes, el 10 de junio de 2003 se dicta orden departamental por la que se acuerda el inicio de expediente de resolución de mencionado contrato de obras por incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del

contratista, procediéndose a la apertura del preceptivo trámite de audiencia, en cuya cumplimentación el contratista formuló diversas alegaciones, oponiéndose a la resolución y que son contestadas en la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente remitido a este Consejo.

III

1. En relación con la tramitación del procedimiento, ha de destacarse que tras la audiencia del contratista, cuyo escrito de alegaciones tuvo entrada el 24 de julio de 2003, se han incorporado al expediente dos informes de seguimiento de obras de 31 de julio y 7 de octubre de 2003, el informe técnico mensual nº 7, de 8 de agosto de 2003 y finalmente un informe de la Dirección facultativa relativo a las alegaciones presentadas por el contratista en el trámite de audiencia.

En su art. 109, el vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) establece el procedimiento para la resolución de los contratos. Dispone al efecto su apartado primero: "La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del art. 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes: a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio; b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía; c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los arts. 41 y 96 de la Ley; d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista".

Importa destacarlo ya, en la tramitación de los expedientes de resolución por incumplimiento contractual, como es el caso sometido ahora a la consideración de este Consejo Consultivo, la audiencia al contratista ha de producirse al término de la instrucción, y sólo cuando ésta se encuentra completamente ultimada a partir de la base de toda la documentación reunida, en definitiva, a la vista del mismo material sobre el que ha de fundarse la propia propuesta de resolución del procedimiento correspondiente.

Únicamente, de este modo, se asegura al contratista la igualdad de condiciones y sólo así se garantiza sin la menor duda el ejercicio pleno de su derecho de defensa, a cuyo servicio se sitúa justamente el trámite de audiencia como pieza básica y

esencial del "procedimiento administrativo común" (art. 84 LRJAP-PAC, a cuya normativa la Disposición Adicional 7ª TRLCAP se remite subsidiariamente).

Por otro lado, cualquier actuación administrativa posterior al trámite de audiencia, sin ser puesta en conocimiento del contratista, puede comprometer, o al menos poner bajo sospecha, la debida posición de equidistancia que la Administración ha de mantener en el curso del procedimiento entre las posiciones respectivas sostenidas por la dirección facultativa, por una parte, y el contratista, por la otra.

De lo expuesto puede deducirse que, en principio, no cabe cumplimentar trámites posteriores al propio trámite de audiencia, para así completar la instrucción; que el trámite de audiencia es un trámite mixto, esto es, comprende además la vista del expediente, en los términos impuestos por la legislación general sobre procedimiento administrativo común, y en atención precisamente a los valores jurídicos en juego; y que la audiencia al contratista, en los procedimientos para la resolución de los contratos, es la prevista en el art. 109.1.a) RTRLCAP, sin que quepan ulteriormente otras actuaciones a las previstas en el propio art. 109.1 c) y d) RTRLCAP. Si se producen consiguientemente nuevas actuaciones administrativas para completar la instrucción, llegado el caso, entonces procede otorgar una nueva audiencia al contratista para que pueda exponer su parecer sobre las nuevas actuaciones así incorporadas al expediente.

Sin perjuicio de que, en la opinión de este Consejo Consultivo, el modo de actuar señalado sea el que la Administración deba proseguir con carácter general, porque es en suma el más estricto y escrupuloso, y soslaya de entrada cualquier controversia jurídica, atendiendo a las características propias del supuesto concreto sometido a nuestra consideración, y una vez examinada la totalidad del expediente que por lo demás ha sido cumplimentado con corrección, cabe apreciar que en el presente caso no han padecido los derechos del contratista desde una perspectiva sustantiva ni por ende se ha producido la indefensión indeseada por nuestro ordenamiento jurídico, que es, ante todo, un concepto material, como así está reconocido de modo generalizado.

Por lo que respecta a los informes técnicos indicados, los mismos no contienen más que reiteraciones de lo ya señalado en informes anteriores a la apertura del

trámite de audiencia, conocidos por tanto por la empresa adjudicataria de las obras, que ha podido presentar las alegaciones que ha estimado oportunas.

Por lo que respecta al informe que ha elaborado la Dirección Facultativa, como se razonó en nuestro pasado Dictamen 174/2002 a propósito de un supuesto similar, se trata de un informe que el órgano resolutor ha encargado para mejor fundar su propuesta de acuerdo, que tampoco introduce nuevos hechos o pruebas respecto de los ya puestos de manifiesto al interesado antes del trámite de audiencia: este informe posterior a la audiencia del interesado procede además de idénticos informantes, versa sobre los mismos hechos y exponen similares argumentos que los contenidos en los informes que el contratista conoce, incluyendo reproducciones literales de los mismos. La única diferencia entre unos y otros es meramente formal y se encuentra sólo en que este informe posterior reviste ahora la forma de respuesta a las alegaciones de aquél, a modo de auxilio o apoyo técnico para redactar la propuesta de resolución; 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.

Así las cosas, es plenamente aplicable al caso sometido a nuestra consideración la consolidada jurisprudencia establecida al respecto. Es paradigmática 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".

2. El art. 111.g) TRLCAP establece como causa de resolución de los contratos el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales. A estos efectos, en el expediente puede constatarse que la empresa adjudicataria de las obras no ha cumplido diversas obligaciones impuestas por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la presente contratación:

- La cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) impone al contratista la obligación de presentar en plazo no superior a 30 días desde la formalización del contrato un programa de trabajo relativo a los extremos indicados en el art. 144 RGLCAP.

La Dirección facultativa reiteradamente en sus informes indica que este Plan no ha sido presentado. Sobre este extremo cabe señalar que tuvo entrada en la Consejería competente el 19 de marzo de 2003, apreciándose por la Administración determinadas deficiencias, lo que motivó la presentación de un plan corregido, en relación con el que nuevamente se le requirió para su subsanación, lo que no fue cumplimentado.

- La cláusula 23 PCAP impone al contratista la ejecución de las obras con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el mismo y en el proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere el director facultativo.

En el expediente ha quedado acreditado que las obras realizadas hasta el momento de la paralización (vallado, ejecución de las casetas provisionales y actuación de desmonte) no se han ejecutado conforme a lo estipulado en el proyecto, omitiendo el cumplimiento de las reiteradas órdenes que para su subsanación fueron impartidas por la dirección facultativa, lo que motivó que hasta el momento de inicio del procedimiento de resolución contractual, no se emitiera ninguna certificación, lo que supone un 0'00 % del presupuesto adjudicado.

- De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 23.4 PCAP, el contratista debe cumplir bajo su exclusiva responsabilidad las disposiciones vigentes en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Estas normas, como se señala la Propuesta de Resolución, son las contenidas en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, en cuya virtud es obligación del contratista la elaboración de un Plan de Seguridad y Salud en el trabajo. Este plan fue reiteradamente requerido por la Dirección Facultativa de la obra hasta que finalmente, como hace constar su informe de 21 de mayo de 2003, tras indicar que no se había presentado para su oportuna aprobación con las subsanaciones requeridas por el coordinador de seguridad y salud, informando al contratista de su importancia a los efectos de proceder a la apertura del centro de trabajo, ordenó la paralización de la obra.

A este respecto, el Plan no fue presentado por el contratista, como él mismo indica en su escrito de alegaciones, hasta el 24 de abril de 2003, tres meses después de iniciadas las obras. Este plan tuvo que ser subsanado debido a la apreciación de determinadas deficiencias por el coordinador de seguridad y

salud, que fueron presentadas el 19 de junio, procediéndose al día siguiente a su aprobación por la Dirección General de Vivienda.

Tampoco el contratista ha cumplido con las medidas de protección individual para las obras. La Dirección Facultativa en sus diversos informes hace constar la inexistencia en la obra de estas medidas (cascos de seguridad, botiquín y cartel con los números de teléfono de urgencias y planos de señalización de los Centros de Salud y Hospital), sin que las alegaciones efectuadas en el trámite de audiencia, basadas en la presentación de facturas de adquisición de carteles de obra y de prohibido el paso, puedan rebatirlo, como fundadamente se ha apreciado en la Propuesta de Resolución.

- Se ha acreditado igualmente que en la obra no ha estado a disposición de la Dirección Facultativa el Libro de Órdenes (cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de obras del Estado), como igualmente de forma reiterada consta en los informes por ésta emitidos y no desvirtuados tampoco por las alegaciones efectuadas por la empresa adjudicataria.

Es evidente a la vista de lo expuesto que en el curso de la ejecución del contrato se han registrado no ya uno sino numerosos incumplimientos de diverso tipo, de algunos de los cuales pueden incluso seguir consecuencias sumamente perjudiciales, por comprometer los valores esenciales de las personas como los que podrían resultar por desatender las obligaciones impuestas en materia de seguridad.

Ahora bien, una vez expuesto esto, a los limitados efectos que aquí interesan que no son otros que determinar la efectiva concurrencia de la causa de resolución concretamente invocada, y tipificada en el art. 111.g) TRLCAP, se hace preciso advertir que no basta la concurrencia de un mero incumplimiento contractual (incluso, de varios, si es el caso), sino que es preciso determinar si dicho incumplimiento se produce respecto de una obligación contractual esencial, como sí dispone efectivamente el precepto legal antes señalado.

En punto a apreciar el carácter esencial de las obligaciones contractuales contraídas, ha de tenerse presente que, en el ámbito de la contratación administrativa, por el inequívoco interés público concurrente y asociado al objeto mismo de los contratos, interesa especialmente llevar la ejecución a su término, o, si se prefiere, a su buen fin.

Así las cosas, las obligaciones contractuales esenciales son las derechamente vinculadas al fin de los contratos, de manera que los incumplimientos determinantes de la resolución contractual son en consecuencia los que de alguna manera perturban, comprometen, ponen en riesgo o malogran la realización de dicho fin, o al menos, pueda suponerse que ello sucede.

En el supuesto sometido a nuestra consideración, atendiendo a la conducta desplegada por el contratista, no puede advertirse en verdad una actitud rebelde o directamente encaminada a frustrar la realización del contrato. Siendo palmarios los incumplimientos contractuales ya constatados, no lo es menos que el contratista acredita su esfuerzo por superar, al menos, algunas de las dificultades surgidas con ocasión de la ejecución del contrato, procediendo a atender los requerimientos efectuados por la Administración, aunque ello sea de modo tardío o incompleto, en algunas ocasiones. Una voluntad obstativa y torticera, verdaderamente rebelde, no puede apreciarse, así las cosas.

Esto sentado, no son óbice las consideraciones precedentes para apreciar que se ha producido una evidente quiebra del principio de colaboración mutua y de confianza, que ha de presidir las buenas relaciones entre la Administración y el contratista, en el supuesto sometido aquí a nuestra consideración. Y siendo ello así, no parece posible restablecer la necesaria lealtad que impone el vínculo contractual; por lo que, de considerarse oportuno, es perfectamente viable proceder a la resolución de dicho vínculo, si bien en tal hipótesis al amparo de causas distintas de las invocadas en este caso, a cuyo efecto por lo demás puede darse por fijada la posición del contratista a la vista de las alegaciones por él formuladas en el trámite de audiencia.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada no es conforme a Derecho porque, según lo expuesto en los Fundamentos que anteceden, no concurre la causa de resolución del contrato allí recogida, pues, aun produciéndose incumplimientos por el contratista de obligaciones fijadas en el contrato, las mismas no son calificables de esenciales desde una perspectiva estrictamente contractual, sin perjuicio de las consecuencias que dichos incumplimientos pudieran tener en otro ámbito administrativo y de la posibilidad de la Administración de resolver el contrato, dada su problemática ejecución, por otra causa legalmente prevista.