



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 4 3 / 2 0 0 7

(Sección 1ª)

La Laguna, a 14 de noviembre de 2007.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *resolución del contrato de suministro del software para el Registro General del Cabildo Insular de Tenerife y la prestación del servicio de parametrización, adaptación, instalación, migración de datos y posterior mantenimiento, así como la formación de los usuarios de la aplicación. Incumplimiento de pago y de las obligaciones contractuales esenciales (EXP. 395/2007 CA)\*.*

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

### I

1. Mediante escrito de 5 de octubre de 2007, la Presidencia del Cabildo Insular de Tenerife interesa por el procedimiento ordinario, la emisión de preceptivo Dictamen en relación con una Propuesta de Resolución relativa al procedimiento tramitado para resolver un contrato de suministro de software, destinado al Registro General del Cabildo, junto con la prestación del servicio de parametrización, adaptación, instalación, migración de datos y posterior mantenimiento y formación de los usuarios de la aplicación.

La emisión obligatoria del Dictamen procede en virtud de lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3, y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, 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), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

---

\* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

EL contrato fue adjudicado por Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 19 de noviembre de 2001 a la empresa A.C.S.I., S.A. (el contratista) y formalizado el 21 de diciembre de 2001. La adjudicataria se ha opuesto a la resolución contractual tramitada, exponiendo sus razones en los diversos escritos presentados en trámites de alegaciones y de audiencia.

2. El asunto sometido a la consideración de este Consejo fue en su día objeto de anterior pronunciamiento formal en el Dictamen 231/2005, de 13 de septiembre, en el que el Consejo Consultivo de Canarias entendió que la entonces Propuesta de Resolución formulada no era ajustada a Derecho, procediendo entonces retrotraer las actuaciones a fin de efectuar las que se indicaban en el Dictamen emitido, con ulterior pronunciamiento de fondo sobre la Propuesta que entonces se formule.

Según resulta del citado Dictamen, "la empresa adjudicataria del contrato solicitó, con ocasión del procedimiento declarado caducado, la emisión de un informe pericial sobre el grado de adaptación del producto informático entregado a las exigencias contenidas en el Pliego de Condiciones. Pues bien, la práctica de esta prueba no se ha desarrollado con las debidas garantías para el contratista, vulnerándose los arts. 81 y 85 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), aplicables al caso, con infracción de los principios de igualdad y contradicción, pues no tuvo conocimiento de la selección de peritos realizada por la Administración y sólo conoció la pericia efectuada con ocasión de su comparencia durante el trámite de audiencia".

Asimismo, en el citado Dictamen 231/2005 se señaló que "admitida la prueba pericial propuesta, por demás pertinentemente, se confecciona una lista de peritos por la Universidad de La Laguna a ese fin; pero, al desistir la perito inicialmente designada, no sólo no se continúa con el perito siguiente, sino que no se advierte al interesado del cambio. Y, precisamente, la pericia que finalmente se emite se hace extemporáneamente, un año después de producirse el problema relativo a la ejecución del contrato e interrumpirse la misma por la Administración, y por una empresa que, por su objeto social, puede ser competidora eventual de la contratista". Este cambio "no se justifica por el tiempo transcurrido (ni) el abandono de la lista de peritos proporcionada por la Universidad, como entidad que garantizaba la profesionalidad e independencia de aquéllos, ni se asegura ésta por la razón expresada antes, siendo una exigencia planteada por la interesada y aceptada por el Cabildo".

Igualmente, el Consejo, en dicho Dictamen, consideró que: "Por otro lado, tras efectuarse el antedicho trámite de audiencia se emitieron dos nuevos informes técnicos, que constan en el expediente, desconociéndolos la contrata y, por tanto, siendo susceptibles de generarle indefensión, de nuevo con vulneración de los principios antes indicados y del art. 84 LRJAP-PAC", pues uno de ellos analiza las alegaciones de la contrata y las contesta, aportando argumentos al efecto que no tuvo la contrata ocasión de rebatir y que sirven al instructor para resolver en el sentido ya expuesto, mientras que el otro informe expone argumentos sobre la procedencia de la resolución del contrato", sin que a ello obste el hecho de que el contratista conociera de la intención de resolver el contrato.

De igual forma, el repetido Dictamen estima que en su "escrito de alegaciones la contrata solicita que, mediante certificaciones, se aporte el testimonio de diversos técnicos del propio Cabildo que, justamente, intervinieron en la operación de adaptación del programa informático a recibir"; sin embargo, no se aportan esos testimonios al procedimiento incoado.

Por último, este Consejo entendió que la Propuesta de Resolución no se formuló "de modo ajustado a lo dispuesto en el art. 89 LRJAP-PAC, debiendo hacerlo como Proyecto de Resolución que es, no contestando, siendo ello obligado por mandato legal expreso y exigible para defensa del interesado, las alegaciones de la contratista", a lo que dedica un "Resultando escaso, en el que no se contesta a ninguno de sus argumentos y objeciones".

En consecuencia, el Dictamen 231/2005 concluía diciendo que "en primer lugar y en fase probatoria, ha de reiterarse la emisión de informe pericial de acuerdo con la lista de peritos para ello proporcionada por la Universidad de La Laguna y, asimismo, deducir los testimonios requeridos de los técnicos actuantes del Cabildo en las operaciones relativas a la ejecución del contrato, incorporándolos al expediente".

Posteriormente, se ha de proceder a realizar "nuevo trámite de vista y audiencia a la interesada a los efectos legales fijados, incluyendo la referencia tanto de la pericia y testimonios antes indicados que se hubieren producido, como a los informes técnicos emitidos por los Servicios del Cabildo tras efectuarse la anterior audiencia".

Finalmente, "se formulará la pertinente Propuesta de Resolución, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 89 LRJAP-PAC y a la luz de lo actuado, incluyendo desde luego la respuesta a todas las cuestiones y objeciones planteadas por la contrata,

anteriormente o con motivo de la ulterior tramitación a efectuar ahora, debiendo ser remitida a este Organismo para ser dictaminada”.

Una vez que han sido realizados los trámites indicados por este Consejo, el Cabildo de Tenerife remite nueva solicitud de Dictamen, sobre la resolución del indicado contrato, por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales.

## II

### 1 a 4.<sup>1</sup>

5. Con estos antecedentes y teniendo en cuenta los informes técnicos emitidos, el 5 de mayo de 2003 se acuerda por la Comisión de Gobierno iniciar el procedimiento de resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

Realizada la notificación del anterior acuerdo, el contratista formula recurso de reposición, el 1 de julio de 2003, contra la apertura del procedimiento resolutorio, instando la recepción de la aplicación y, en caso negativo, que se designe un perito independiente para que evalúe la aplicación, así como la suspensión del acto impugnado.

Mediante escrito de 29 de julio de 2003, emitido en trámite de audiencia, el contratista reitera idénticos pronunciamientos a los expresados en el recurso de reposición citado.

Este procedimiento de resolución del contrato, de conformidad con el art. 44.2 LRJAP-PAC, se declaró caducado mediante Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 24 de enero de 2005, ordenándose el archivo de las actuaciones, pero con conservación de los actos de trámite consistentes en los informes técnicos y jurídicos evacuados y emitidos en el procedimiento a instancia de la Administración contratante.

El 7 de marzo de 2005, se acordó de nuevo la iniciación del procedimiento de resolución contractual.

6. Con fecha 8 de junio de 2005, en trámite de audiencia, la empresa contratista cuestiona la imparcialidad del peritaje que obra en las actuaciones, hecho por la empresa A. (que no consta en el expediente remitido) por coincidencia de intereses, sin que se expresen las razones por las que finalmente no se eligió a un perito de la Universidad de La Laguna, como se había propuesto.

---

<sup>1</sup> Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

Al respecto, el contratista señala que la indicada pericia califica el “grado de cumplimiento de las funcionalidades de la aplicación” en un 7; la “eficiencia” se califica con un 5; la “facilidad de uso” y la “capacidad del programa para ser modificado”, en un 4.5; sugiere que el Cabildo se ha equivocado al “pedir un presupuesto de contratación de software estándar cuando realmente requería una implantación a medida”; los continuos cambios propuestos por el Cabildo constituyen “indicios de partida que podrían hacer prever que la aplicación sería difícil de implantar, e incluso de mantener, o ello se realizaría a un alto coste”; que el Cabildo desde la primera reunión comenzara a pedir modificaciones tiene dos significados: “o el proceso a desarrollar no estaba lo suficientemente claro y definido o no se conocían en profundidad las ventajas, especificaciones y funcionalidades de la aplicación”, a lo que debe unirse el hecho de que en la Administración contratante las “responsabilidades no estén definidas”, lo que “ha podido acarrear una mala gestión del proyecto por parte del Cabildo”. En suma, según el contratista, no hay pericia independiente, y la que hay es favorable a la contrata.

7. La Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento resolutorio incoado propone la resolución del contrato en cuestión con fundamento en el art. 111.e) y g) TRLCAP, considerando que se incurre por la contrata en las causas de resolución allí previstas; es decir, que se incumple tanto con los hitos parciales del plazo de ejecución, tras la última prórroga acordada al respecto, y, por ende, con el plazo final determinado para dicha ejecución, como con la entrega del producto informático convenido, pues no se ajusta al mismo el suministrado por los errores y carencias detectadas en él, haciendo inviable su aplicación y explotación por el Cabildo.

### III

Emitido el Dictamen del Consejo 231/2005, de 13 de septiembre, se acordó por la Corporación Insular la retroacción de actuaciones, obrando en el expediente la realización de las siguientes para dar cumplimiento a lo señalado por este Consejo Consultivo:

1 a 13.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

## IV

1. La resolución instada se fundamenta tanto en el incumplimiento de los hitos parciales, y con ello el plazo total, como en la incorrecta ejecución del objeto del contrato, en lo que constituye la obligación contractual esencial: La entrega de un software adaptado para el Registro General del Cabildo de Tenerife.

No obra en el expediente remitido la pericia emitida en su día por la empresa A., aunque constan referencias, incluso literales, a la misma. Al respecto, el contratista formuló alegaciones en escrito de 8 de junio de 2005. Según este escrito, dicha pericia es favorable a entender que la aplicación era operativa, por lo que el contrato estaba cumplido. La Propuesta de Resolución resta eficacia a esta pericia, como se verá posteriormente.

Tras la primera intervención de este Consejo, constan en el expediente las actuaciones solicitadas por el mismo, como la nueva pericia externa e informes técnicos emitidos por personal del Cabildo Insular, con argumentos utilizados en la Propuesta de Resolución para fundamentar la resolución contractual.

2. El procedimiento resolutorio lleva largo tiempo en tramitación, siendo de 24 de abril de 2003 la fecha del primer informe que entendía que el contrato estaba en causa objetiva de resolución, incoándose el mismo el 5 de mayo de 2003 y habiendo pasado más de 4 años desde esta fecha.

Ha existido, por tanto, una paralización que no ha sido debidamente justificada, pues ése fue el estado del procedimiento desde el 29 de julio de 2003, fecha del escrito del contratista en trámite de audiencia, hasta el 8 de junio de 2005, en el que presenta escrito cuestionando los términos de la pericia emitida por la empresa A., aunque también señala que es favorable a sus intereses.

3. Los informes administrativos emitidos por el personal de la especialidad, del Cabildo de Tenerife, de forma unánime y justificada en relación con el Pliego de Condiciones Técnicas propugnan la resolución del contrato. De aquí se concluye para la Administración Insular, resumidamente, que la aplicación desarrollada contenía "errores"; era "inaceptable e incompleta"; los errores detectados hacían "imposible la explotación"; el aplicativo presentaba "carencias"; no se aportaban soluciones a los problemas surgidos; no garantizaba "[su (...)] viabilidad" y, en fin, no se entregaron finalizados íntegramente los módulos contratados y en la parte entregada existían "graves deficiencias".

4. Sin embargo, para el contratista, de la primera de las pericias externas realizadas, que no obra, como se ha dicho, en el expediente remitido, se desprende que la aplicación cuenta con una nota aceptable.

Pero al margen de ello, la queja más importante que formula la contrata es que el Cabildo contrató un "software estándar" para ser adaptado cuando lo que se necesitaba realmente era una "implantación a medida". Por ello, los continuos cambios sólo podían obedecer a que o "el proceso a desarrollar no estaba lo suficientemente claro", o "no se conocían en profundidad las (...) funcionalidades de la aplicación", que se había elegido.

En este sentido, la empresa adjudicataria viene a considerar que los términos de la ejecución del contrato, por parte del Cabildo, no se han atendido a su verdadero objeto. Dicha empresa estima que, como se desprende de las actuaciones, fueron constantes los cambios en la aplicación contratada, de modo que más que la adaptación de un software existente, que fue lo que se contrató, se acabó rediseñando uno nuevo, proceso en el que se han generado todos los problemas, que han derivado a la postre en la propuesta de resolución del contrato.

Con ello, el contratista trata de matizar las afirmaciones hechas constar en los informes emitidos, según los cuales la aplicación no cumplía "en su totalidad" el pliego de condiciones; que el contratista no se adaptaba a los "requerimientos y necesidades del Cabildo"; que fue incapaz de "desarrollar lo contractualmente pactado"; o que la aplicación era "totalmente inviable".

5. Las causas que aduce la Administración Insular se consideran suficientes para sustentar la resolución, con los efectos que, asimismo, se hacen constar en el Resuelvo de la Propuesta.

Es cierto, como dice el Cabildo, que si el contratista tenía dificultades en la adaptación de la aplicación, lo debió decir en el momento en que tales dificultades surgieron, lo que no se hizo, habiéndose asumido por la empresa adjudicataria, con la firma del contrato, las adaptaciones a realizar.

Por otra parte, es de tener en cuenta que en el primer informe externo, en el que se apoya el contratista, citado por el Gerente del Instituto de Informática, se señala que la contrata no ha dedicado el personal y los esfuerzos que el proyecto requería, lo cual ha podido incidir muy negativamente en el resultado final y que a pesar de que el Cabildo ha podido no actuar correctamente en cuanto a la gestión

del desarrollo del proyecto, las especificaciones y funcionalidades del contrato eran claras, y la empresa adjudicataria no ha sido capaz de cumplir correctamente y con las garantías necesarias de seguridad y fiabilidad dichas especificaciones y funcionalidades, concluyendo en que los errores detectados en la aplicación hacen absolutamente inviable su implantación y explotación por parte del Cabildo.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corporación Insular, a la hora de interpretar y ejecutar la resolución contractual, debe tener en cuenta que fue la propia Administración la que definió el objeto del contrato como el establecimiento de un "software ya desarrollado", así como la dificultad de la prestación del servicio contratado y las dudas que pueden surgir en catalogar su desarrollo, con posibles problemas para discernir, por un lado, cuándo una orden o instrucción del órgano de contratación deja de ser *adaptación del programa estándar adquirido* y se convierte en un *desarrollo a medida que modifica el programa adquirido*, y, por otro lado, si el *programa estándar elegido puede soportar las adaptaciones ordenadas por la Administración*, o por el contrario con el software adquirido no siempre se podía proceder a la adaptación.

A la vista de los arts. 95.3 (Demora en la ejecución); 98 (Principio de Riesgo y Ventura); 110 (Cumplimiento de los contratos y recepción); 111 (Causas de Resolución), apartados g) y e); 112.1 (Aplicación de las causas de Resolución); 113 (Efectos de la Resolución) apartados 4 y 5; 211 (Ejecución y responsabilidad del contratista en los contratos de servicios); 213 (Cumplimiento de los contratos de servicios), apartados 1 y 4; y 215 (Efectos de la resolución de los contratos de servicios) del Texto Refundido; así como los arts. 94 (Dirección e inspección de la ejecución de los contratos); 95 (Facultades del órgano de contratación en la ejecución del contrato); 109 (Procedimiento para la Resolución de los contratos); y 113 (Determinación de daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista) de su Reglamento (R.D. 1098/2001, 12 de octubre), la Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho.

Ahora bien, se estima que en la resolución contractual deben considerarse las mencionadas circunstancias en la valoración de los trabajos realizados y en la determinación de la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento contractual, con incidencia en la incautación de la fianza. Al respecto, pues, como se expuso anteriormente, se debe tener presente que la Administración determinó el software a adaptar, la aplicación HiperReg, existente y de distribución gratuita para la Administración, de modo que lo contratado por el Cabildo fue la adaptación de esa

aplicación a sus necesidades. En este sentido ha de examinarse la posibilidad de que, en ciertas partes, lo previsto realizar fuera un desarrollo más que una adaptación.

En suma, debe adoptarse una resolución contractual no sólo legal, sino también equitativa, que valore las circunstancias anteriormente expuestas, que concurren en el presente supuesto.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, si bien en las valoraciones y consecuencias económicas de la resolución contractual deberá tenerse en cuenta lo expuesto en el Fundamento IV.5.