



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 9 7 / 2 0 0 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 2 de junio de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato suscrito con la entidad mercantil C.H., S.A., adjudicataria de la obra de encauzamiento del Barranco El Cercado y de construcción de un puente sobre el Barranco El Cercado. Demora en la ejecución del contrato (EXP. 187/2008 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la Propuesta de Resolución, en forma de Acuerdo plenario, del procedimiento de resolución del contrato administrativo para la ejecución de la obra de encauzamiento del Barranco El Cercado y puente constructivo sobre el Barranco El Cercado, que fue adjudicada a la entidad mercantil C.H., S.A., que se ha opuesto a la resolución contractual.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan 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 Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

* PONENTE: Sr. Suay Rincón.

II

1. ¹

2. El procedimiento ha sido correctamente tramitado, habiéndose otorgado el preceptivo trámite de audiencia al contratista, quien presentó alegaciones en el plazo conferido al efecto e incluso con posterioridad. No consta informe del Servicio Jurídico sobre resolución del contrato al darse la excepcionalidad prevista en el art. 96 de la Ley (resolución por demora en el cumplimiento del contrato imputable al contratista), a tenor de lo establecido en el art. 109.1.c) RGLCAP. Si bien ha de destacarse que precisamente el conflicto entre las partes se genera por entender cada una que no es imputable a ella el retraso en el cumplimiento de los plazos. Por esta razón, la Propuesta de Resolución se eleva a la consideración del Consejo Consultivo de Canarias.

No se ha dado audiencia, tampoco, a los avalistas, pues el art. 109.1.b) lo exige sólo para el caso de que la Administración se incaute de la garantía; mas, en este caso, la Propuesta de Resolución no contiene pronunciamiento sobre ello, aunque éste es exigible. El art. 113, de la TRLCAP, en su apartado 5, establece que, "En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida". En este caso, sin embargo, no existe tal pronunciamiento, que debe realizarse.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, la Administración fundamenta en la Propuesta de Resolución la resolución del contrato en que *"el incumplimiento de los plazos de ejecución de los contratos administrativos constituye una causa general de resolución de los contratos prevista en el art. 111.e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 112.2, segundo párrafo, del citado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el derecho a ejercitar la resolución del contrato es potestativo, en este caso, para la Administración, opción legal que reiteran expresamente los citados arts. 95 y 96, preceptos que contemplan la aplicación de la causa de resolución por incumplimiento de los plazos por parte del contratista.*

A estos efectos, conviene recordar que los contratos administrativos y, muy especialmente, los contratos de obras, como es el presente, tienen el carácter de

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

“negocio fijo”, en el que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación del contratista esté realizada, implica ipso iure, la calificación de incumplimiento a causa de éste (Dictámenes del Consejo de Estado 44.795, de 13 de enero de 1983, y 1191/93, de 25 de noviembre de 1993, entre otros, y Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1981), sin necesidad de interpelación o intimidación previa por parte de la Administración, a menos que el contratista haya solicitado de ésta, dentro del plazo contractual, la correspondiente prórroga, en cuyo caso la Administración habrá de concedérsela si el retraso se ha producido por motivos no imputables al contratista.

La solicitud de prórroga dentro del plazo contractual constituye, de acuerdo con la doctrina reiterada del Consejo de Estado, una exigencia para que la Administración otorgue la prórroga, siempre que el retraso se haya producido por motivos no imputables al contratista. Así lo entendió el Dictamen del Consejo de Estado de 5 de noviembre de 1987, en aplicación de lo dispuesto en el art. 140 del Reglamento General de Contratación del Estado. Y así debe entenderse al amparo del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, cuando su art. 96.2 establece como obligatoria la prórroga siempre que el retraso no sea imputable al contratista, entendiéndose que la regulación del citado art. 140, en ese particular, no se opone a dicha Ley y es, por tanto, exigible que la petición de prórroga se formule antes de que concluya el plazo contractual.

Esta Corporación y R.M.A., en representación de C.H., S.A., formalizan el día uno de septiembre de 2005 el contrato de obras comprendidas en el proyecto de encauzamiento del Barranco del Cercado y puente constructivo sobre el Barranco del Cercado. Dicho contrato contempla en su estipulación tercera que el plazo de ejecución de las obras no será superior a siete meses, a contar desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo que se realice tras la formalización del presente contrato. Es claro que desde esa fecha -12 de diciembre de 2005- hasta la paralización total de las obras- 15 de julio de 2007- la empresa no solicita en ningún momento prórroga del plazo de ejecución de las obras, además se hace constar que en el escrito de alegaciones se contradice puesto que aunque paraliza un tiempo de forma unilateral las obras hasta que es requerida por esta Administración para la continuación de las mismas el día 19 de abril de 2006, hechos que la propia empresa reconoce, solicita la resolución por causa imputable a la Administración por las suspensiones temporales parciales de la obra donde, además

de ser aceptadas y firmadas por la contrata, se podían seguir ejecutando unidades de obras. Por último hacer mención a que es la contrata quien solicita la resolución del contrato y no esta Administración, quien intenta llegar a un mutuo acuerdo entre las partes para poder proceder a la ejecución total de las obras, puesto que el objeto del contrato es la realización de las obras necesarias de encauzamiento del Barranco del Cercado del Barrio de San Andrés y consistente en reparar y restituir la capacidad de drenaje del mismo, así como las necesarias para la ejecución de un puente sobre el Barranco del Cercado, obras vitales para la ciudad y que debían ser ejecutadas antes de la época de máximas lluvias en la que nos encontramos actualmente”.

2. Ciertamente, en el supuesto que nos ocupa no ha podido llevarse a sus términos la ejecución del contrato conforme a lo estipulado en el mismo, como aduce la Propuesta de Resolución, si bien no menos cierto es que el contratista, reiteradamente a lo largo de dicha ejecución, y aportando al efecto el adecuado soporte documental, lo ha venido justificando en la indisponibilidad de los terrenos sobre los que ejecutar las obras objeto del contrato, lo que es imputable a la Administración.

Ya pudo constatarlo con ocasión del acta de comprobación de replanteo, cuya realización, de entrada, rebasó ampliamente el plazo legalmente establecido (art. 142 TRLCAP) a partir de la formalización del contrato. No se formularon expresas reservas a la sazón, es verdad, pero sí se aportó un completo informe sobre las afecciones de la obra y los obstáculos fácticos existentes que impedían llevarla a efecto, fundamentalmente, la existencia de un campo de fútbol ubicado en el barranco y unas casetas de pescadores en la boca del mismo.

“Por parte del Director de las Obras se informa al contratista de que los terrenos afectos a la obra son de propiedad municipal o se encuentran en disponibilidad para la misma”, sin embargo. Lo que determinó el inicio de las obras. Pero en la mano de la Administración, no del contratista, quedaba en último término la adopción de las medidas requeridas para evitar que la ocupación de la superficie afectada por la obra se prolongara e impidiera la ejecución del contrato.

Por esta razón -que después vino a permanecer estable a lo largo del tiempo, porque si el primero de los obstáculos indicados (campo de fútbol) vino a despejarse no poco tiempo después, no sucedió lo mismo con el segundo (casetas de pescadores)- se solicitó en diversas ocasiones, y así se concedió en las correspondientes actas, la suspensión de las obras.

Ciertamente, las suspensiones acordadas inicialmente tuvieron sólo carácter parcial. Pero no menos cierto es que afectaban a la parte sustancial de la obra. En las partes de la misma que no revestían dicho carácter, el contratista, ciertamente, no atendió con prontitud en alguna ocasión concreta los requerimientos cursados por la Administración al respecto (así, entre otros, la presentación de un programa de trabajo que difícilmente podía resultar operativo, por otra parte, sin conocer el momento en que podían ocuparse los terrenos). Pero, finalmente, consta dicha ejecución que, en cualquier caso, resultó mínima a la postre (en el primer período, poco más del 2%; y al final, cuando se entra en la resolución del contrato alcanza un porcentaje aproximado del 20%), como no podía ser de otro modo.

El contratista, en efecto, se cuida de precisar en todo momento que la ejecución de la obra no formaba parte del camino crítico de la totalidad de la obra (salvo en lo que concierne a la ejecución de un desvío provisional), ni suponía por tanto un avance real y global respecto del plazo de la obra, que sencillamente no podía cumplimentar por la falta de disponibilidad de los terrenos o, en su caso, por la falta de la adopción de medidas suficientemente eficaces para poner fin a dicha situación.

Esto último es por lo tanto lo que, sustancialmente, impidió la ejecución del contrato. La concurrencia de dicha circunstancia es incluso admitida por la Administración, que, precisamente, por dicha razón decretó por dos veces la suspensión -ciertamente, parcial, pero en lo atinente a su parte nuclear- del contrato. No sólo esto, sino que además, en un acto propio definitivo y suficientemente concluyente por sí solo, admitió el 27 de abril de 2007 la pertinencia de atender una primera reclamación de indemnización.

Y si la primera de las circunstancias que impedía la ejecución del contrato pudo efectivamente removerse al final, no así la segunda. Hasta tal punto de que, finalmente, la Administración misma, admitiendo una vez más esta circunstancia (imposibilidad de realizar las obras por falta de disponibilidad de los terrenos), no tuvo otro remedio que acordar la suspensión "total" del contrato, tal como el contratista ya le había requerido con anterioridad.

3. Por todo ello, no cabe invocar, en suma, como causa de resolución del contrato, en el supuesto sometido a nuestra consideración, las previsiones contenidas en los art. 95 y 96 TRLCAP (demora en la ejecución del contrato), sino propiamente la que se contempla en el art. 149.c) TRLCAP: "El desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración"

(cláusula 25 del contrato), esto es, resolución del contrato por causa de su suspensión por tiempo superior a los ocho meses.

En realidad, esta petición es la que inicialmente formuló, con toda claridad, el contratista en su escrito de 27 de septiembre de 2007. Lo que sucede es que la Administración, en lugar de tramitar el procedimiento correspondiente, remitió primero un escrito de 23 de octubre de 2007 (registro de salida 13 de noviembre de 2007), que apelaba al art. 99 TRLCAP (demora en la ejecución del pago), ciertamente improcedente, no sólo porque no se invocaba dicha causa de resolución, sino porque tampoco era la falta de pago del precio del contrato lo que había dado lugar realmente a la controversia contractual; y después un ulterior escrito de 19 de febrero de 2008 (registro de salida 7 de marzo de 2008), en que terminó transformando la petición inicial y situando la controversia justamente al revés: en lugar de resolver por la concurrencia de una causa imputable a la Administración, pretende llevarse a efecto la indicada resolución por la supuesta existencia de un incumplimiento del contratista.

En efecto, se alude ya en dicho escrito al art. 96.2 TRLCAP, con lo que parece así trasladarse sobre el contratista la carga de lo que en principio es un derecho subjetivo, como es la petición de una prórroga. Para llevar a cabo el cumplimiento, si bien tardío, que en cualquier caso no resultaría posible en el supuesto sometido a nuestra consideración, por la acreditada falta de disponibilidad de los terrenos, y respecto de un supuesto (demora en la ejecución del contrato: art. 95 TRLCAP), por tanto, que no es el verdaderamente concurrente (dicho sea de paso, se invoca también, complementariamente, el art. 129.2 TRLCAP, pero ello tampoco es atendible, toda vez que éste es un requisito atinente a la tramitación del expediente de contratación, cuando aquí lo que se plantea es la falta de disponibilidad de los terrenos ya en fase de ejecución del contrato: no cabe confundir las exigencias inherentes al replanteo de la obra con las que son propias de la comprobación del replanteo).

Así lo reconoce, por lo demás, la Administración, por virtud de una serie de actos propios: la Administración es quien ordena por dos veces la suspensión parcial de la ejecución del contrato, en primer término; y quien termina después acordando la suspensión total del contrato. Es más, antes de esta última, atiende incluso una petición de indemnización cursada poco después de acordada la segunda suspensión parcial, por los daños ocasionados hasta entonces. Lo que constituye un acto propio concluyente y definitivo, que soslaya toda duda (resultaría difícil explicar que si

efectivamente la falta de ejecución del contrato tuviese en verdad su origen en alguna causa imputable al contratista, como se pretende al invocarse el art. 95 TRLCAP, pudiera después reconocerse una indemnización a su favor, porque en estos supuestos lo que procede es, justamente, lo contrario, es decir, la incautación de la fianza y la ulterior exigencia de indemnización al contratista, si la cuantía de la fianza no cubre todos los daños causados).

4. Sucede sin embargo que, en lugar de culminar el procedimiento por la vía instada por el contratista, la Administración termina proponiendo la resolución por el supuesto incumplimiento de una obligación que incumbe a aquél. Pero ya ha quedado indicado que no resulta posible resolver el contrato en aplicación del art. 95 y 96 TRLCAP, por demora en la ejecución imputable al contratista.

Procede resolver el contrato, en cambio, conforme el art. 149.c) TRLCAP, como estaba planteado inicialmente, en la solicitud cursada al contratista.

Y, con ocasión de la resolución del contrato, procede pronunciarse además sobre todas las cuestiones suscitadas en el curso del procedimiento, en aras de mantener la congruencia de un procedimiento iniciado, justamente, por aquél mediante la correspondiente solicitud.

Dada la naturaleza contractual de la indemnización solicitada, corresponde ciertamente resolver sobre la misma en el ámbito de este procedimiento (y no en el previsto legalmente para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad de la Administración, como se sostiene de contrario), acudiendo a tal efecto a los criterios legalmente establecidos.

Así resulta, con carácter general, del art. 113.3 TRLCAP y, específicamente, para el supuesto sometido a consideración, del art. 151 TRLCAP (según reconoce también la cláusula 25 del contrato mismo, en su apartado segundo). Y, de conformidad con la valoración que corresponda, habría que proceder también en su caso a rectificar la certificación final de obra.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada no es conforme a Derecho, no procediendo resolver el contrato en aplicación del art. 96 TRLCAP, por demora en la ejecución imputable al contratista.