



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 15 de enero de 2009.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Alcaldesa-Presidenta, en funciones, del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de obras adjudicado a la empresa M., S.A., para la adaptación a la normativa eléctrica en los Centros de Enseñanza Infantil y Primaria de Las Palmas de Gran Canaria, por incumplimiento del plazo final de ejecución del contrato (EXP. 531/2008 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 2 de diciembre de 2008, la Alcaldesa en funciones del Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria interesa por el procedimiento ordinario, al amparo 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, la emisión de preceptivo Dictamen en relación con la Propuesta de Resolución -a adoptar en su momento por el órgano competente, que es el de contratación, el Concejal de Hacienda y Economía por delegación, acreditada, de la Junta de Gobierno- que finaliza el procedimiento tramitado para resolver el contrato de obras adjudicado a la empresa M., S.A. (el contratista) para la adaptación a la normativa eléctrica en los Centros de Enseñanza Infantil y Primaria del término municipal de Las Palmas de Gran Canaria.

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

2. En efecto, el órgano de contratación ostenta las prerrogativas de interpretar los contratos, resolver las dudas, modificarlos o acordar su resolución, de conformidad con el art. 59 TRLCAP.

Asimismo, cuando de resolución se trata, se precisa el preceptivo Dictamen de este Consejo Consultivo “cuando se formule oposición por parte del contratista” [art. 59.3.a) TRLCAP].

Además, ha de cumplimentarse el procedimiento que se detalla en el citado art. 109 RGLCAP, según el cual la resolución del contrato “se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista”, mediando el cumplimiento de los trámites de audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, si se propone la incautación de la garantía; informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos de no constitución de las garantías exigibles y de resolución por demora. Trámites todos ellos que gozarán de preferencia de despacho al considerarse de urgencia (art. 109.2 TRLCAP).

Obra en las actuaciones, en la forma que se expondrá, la constatación documental de los antedichos trámites, exigidos por la legislación que resulta de aplicación, incluida la oposición del contratista a la resolución instada, que es la anteriormente vigente y que se ha citado. Dicha normativa es aplicable de conformidad con la disposición transitoria primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, toda vez que el contrato fue adjudicado el 27 de julio de 2007, por lo que procedería la resolución del contrato si en efecto se diera la causa en la que se funda, y que es el incumplimiento final del plazo o la demora del contratista en la ejecución del contrato.

II¹

III

1. La lectura del relato fáctico pone de manifiesto que la solución a la cuestión que se plantea, la adecuación jurídica de la resolución contractual, plantea diversos problemas. En efecto, además de analizar el procedimiento resolutorio, que no se ha ajustado con exactitud a las previsiones contempladas en la legislación de aplicación, se debe determinar una cuestión previa, de la que a su vez depende la razonabilidad de la propuesta resolutoria, y que es la que concierne a las prórrogas concedidas por

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

la Consejería de Educación, que también está ligada a la decisión de otra cuestión previa, que es la petición de cesión del contrato efectuada por el contratista y nunca resuelta expresamente.

Prórroga, cesión y resolución del contrato son los tres incidentes que se entrecruzan de forma que no pueden ser analizados separadamente; no cabe limitarse exclusivamente a analizar los términos de lo que es el objeto de un procedimiento resolutorio, ignorando los otros dos incidentes que, como se ha dicho, condicionan decisivamente la razonabilidad y hasta legalidad de la resolución contractual tramitada.

2. Procedimiento resolutorio.

A la vista de la contradicción existente entre los Servicios de Alumbrado y de Contratación del Ayuntamiento de Las Palmas sobre la existencia o no de la prórroga del contrato, se solicitó informe a la Asesoría Jurídica. Ésta, sin embargo, no sólo se pronunció sobre dicha cuestión -negando que las prórrogas concedidas por la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias tuvieran efecto en la ejecución del contrato-, sino que también considera que el contrato se encuentra en causa de resolución.

Ahora bien, se estima que antes de proceder a la resolución deben tenerse en cuenta diversos aspectos materiales y formales. Materiales, porque existen en las actuaciones -como se desprende del relato fáctico- aspectos relevantes que conciernen a la subvención concedida y las prórrogas otorgadas que interfieren en la fundamentación de la resolución contractual, que manifestados incluso por el contratista en el trámite de audiencia no han tenido respuesta adecuada. Formales, porque la conclusión de lo actuado no hubiera debido ser la de proceder de inmediato a la redacción de la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento contractual, sino que, previa negativa fundada de la cesión, a la vista de lo actuado y de las nuevas diligencias que en su caso se hubieran acordado, el órgano de contratación hubiera debido *ordenar la incoación del procedimiento*; es decir *iniciar el expediente con dación de cuenta al contratista a los efectos oportunos*.

En el oficio del Servicio de Contratación en el que se dio cuenta al contratista de la resolución del contrato se dice que "de la documentación incoada al efecto, *parece entenderse, en principio, la procedencia de la resolución del contrato*" y se le da trámite de "audiencia" para que formule las alegaciones que estimara

oportunas. Por tanto, no se le comunica que se había iniciado el procedimiento de resolución, sino que parece, en principio, que procedería el mismo. El interesado manifestó, en el trámite concedido, no sólo la no procedencia de la resolución contractual, sino que debía acordarse la cesión del contrato puesto que estaba prorrogado. Las alegaciones no se tuvieron en cuenta y por la Concejalía de Hacienda, que es el órgano de contratación, se dicta Resolución por la que se acuerda "la formulación por la dependencia competente de propuesta de acuerdo de resolución del contrato"; redactándose en efecto tal propuesta y remitiéndose a este Consejo para preceptivo Dictamen.

Es decir, lo que debió ser Resolución de inicio del procedimiento de resolución se convirtió en una orden de formulación de una Propuesta de resolución del contrato; y lo que debiera ser un inicial trámite de alegaciones por el interesado se convirtió en un trámite de audiencia final. Sobre esta base, el contratista alegó nulidad de lo actuado por vicio de incompetencia.

A este respecto, es decir, los defectos en la tramitación del procedimiento resolutorio, cabe tener en cuenta que la incompetencia como causa de nulidad sólo es operativa por razones de "materia o territorio" [art. 62.1.b) LRJAP-PAC], por lo que en casos como éste de incompetencia jerárquica bastaría que *el órgano de contratación asumiera expresamente todo lo incoado anteriormente a su intervención, mediante la convalidación jerárquica del art. 67.3 LRJAP-PAC, e incorporarse tal pronunciamiento a la Propuesta de Resolución*. Asimismo, debe tenerse presente que el interesado ha podido acceder al expediente, ha tenido conocimiento de la causa que fundamenta la resolución y ha podido alegar lo que estimó conveniente.

3. La causa de resolución del contrato.

Según la Propuesta de Resolución, el vencimiento del contrato era 31 de diciembre de 2007; según el contratista, 31 de diciembre de 2008. Por ello, la resolución del contrato está unida estrechamente a la fecha de vencimiento de contrato y ésta, a su vez, de la prórroga del mismo.

Tal y como se adelantó, la Administración entiende que las prórrogas acordadas por la Consejería de Educación no conciernen al contrato, pues afectaban al *plazo de justificación de la subvención y no al plazo de ejecución del contrato*, para lo que el competente era el órgano de contratación; como la prórroga nunca fue otorgada por el órgano de contratación, la fecha de vencimiento era el 31 de diciembre de 2007.

Partiendo de la premisa de la que parte la Administración, resulta que adjudicado el contrato éste se ejecutó sin incidentes que figuren en el expediente, hasta que mediante escrito de 20 de octubre de 2008, el contratista, alegando "causa de índole tesorera y de personal", manifiesta que no se encuentra "actualmente capacitado para concluir dicha obra en términos adecuados", por lo que, al darse los requisitos exigidos por el art. 114 TRLCAP, *interesa la cesión del contrato "a una de las otras tres empresas adjudicatarias [que (...)] son las más adecuadas para recibir dicha cesión, ya que cumplieron en su momento todos los requisitos exigidos por este Ayuntamiento para la ejecución de dichas obras".* Esta petición fue favorablemente informada por el Servicio de Alumbrado [en base a "*la situación de parálisis de la obra que incluye falta de suministro de los materiales y elementos que posibilitan su ejecución, sin que existan visos de que esta circunstancia vaya a cambiar*", e instando del Servicio de Contratación *la gestión de una "prórroga para la finalización de la obra ante el Gobierno de Canarias (financia el 80% de la inversión) si fuere necesario"*]. No obstante, dicha petición no fue informada favorablemente por el Servicio de Contratación, al entender que el contrato contaba con "*demora injustificada en el cumplimiento del plazo total establecido*", *que fue 31 de diciembre de 2007*, y porque las Órdenes de la Consejería de Educación otorgando las prórrogas solicitadas por el Ayuntamiento se refieren al plazo para "*acreditar que se ha efectuado la actividad subvencionada que otorga el concedente de la subvención*", no al de ejecución del contrato. Por ello, como nunca fue solicitada ni acordada prórroga alguna, *el contrato está vencido desde el 31 de diciembre de 2007, y lo que procedería sería "la resolución del contrato o a la imposición de penalidades"*, pero nunca la cesión.

Hasta ese momento, al parecer, el órgano de contratación y el Servicio de Contratación no tenían conocimiento alguno de las dificultades por las que estaba pasando el contrato. No así el Servicio de Alumbrado, que puso tales dificultades en conocimiento de aquéllos, 9 meses más tarde del vencimiento previsto del contrato, con ocasión de la petición de cesión, que aconseja aceptar por la situación de parálisis de la obra, que incluye falta de suministro de los materiales y elementos que posibilitan su ejecución.

En cualquier caso, conociera o no el Ayuntamiento la situación de la ejecución de la obra, no se estima conforme con el principio de la buena fe contractual sostener ahora, como causa de resolución, que el contrato estaba vencido el 31 de diciembre de 2007 y que procede su resolución, siendo así que en los nueve meses anteriores no

se hizo ninguna denuncia al respecto. La Administración en ningún momento advirtió del incumplimiento, ni de la posible aplicación de sanciones o de la procedencia de la resolución.

4. La prórroga del contrato.

La Ley 8/2006, de 11 de diciembre, por la que se aprobó el crédito extraordinario con cargo al cual habrían de financiarse las “medidas excepcionales en Centros de Educación Infantil y Primaria”, disponía que los Ayuntamientos deberán *“proceder a su justificación con anterioridad al 31 de diciembre de 2007, sin perjuicio de la prórroga que, por un plazo máximo de tres meses, pueda concederse”* (art. 17 de la Ley).

Es decir, la Ley señalaba plazo de vencimiento de justificación de la subvención a fecha 31 de diciembre de 2007, lo que significaba que la obra tenía que estar ejecutada antes de esa fecha. Pero la propia Ley también permitía “la prórroga (...) por un plazo máximo de tres meses” para cumplimentar ese procedimiento de justificación, en la previsión de que las obras no se ejecutaran antes de 31 de diciembre de 2007. Es cierto, pues, que una cosa es la ejecución del contrato y sus incidencias (incluidas las prórrogas), para lo que es competente el órgano de contratación, y otra distinta es el procedimiento de justificación de la subvención competencia de la Comunidad Autónoma, Consejería de Educación, que es quien financia las obras. A la vista de ello, parece lógico que si las obras no están ejecutadas en el plazo previsto se solicite la correspondiente prórroga de justificación de la subvención; pero, del mismo modo, no es lógico que se prorrogue por dos veces el plazo de justificación de la subvención -en la tesis de la Administración- desconectando ese hecho de la necesidad de que el contrato esté o no ejecutado y, en consecuencia, prorrogado. Si el plazo de prórroga es largo cabe pensar que la causa del mismo se encuentra en la ejecución del contrato, más que en dificultades para la justificación, siempre anudado a la ejecución de la actividad subvencionada.

Por ello, en este caso, también deben tenerse en cuenta los términos de la petición de prórroga de 18 de marzo de 2008, ya que “por parte del representante de la citada Corporación Local se presenta ante la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa un oficio por el que solicita una prórroga para *la ejecución del proyecto subvencionado* hasta el 31 de diciembre de 2008”.

IV

1. En orden a la adopción de una conclusión, la cuestión es que no consta en las actuaciones petición ni acuerdo sobre la prórroga del contrato, pero sí de la prórroga de la justificación de la subvención, en conexión, según los términos vistos, con la ejecución del proyecto subvencionado, que para el Servicio de Alumbrado ampara la prórroga del contrato y para otros no, concretamente el Servicio de Contratación, la Asesoría Jurídica y la Intervención, por las razones que se detallan en la relación de hechos.

En una interpretación estricta, en efecto, no hubo prórroga expresa del contrato por lo que estará vencido; pero si no hubo prórroga del mismo, debiera haberse actuado antes por la Administración en relación con su ejecución y, asimismo, activarse los mecanismos de control de las obras ya que respecto a la financiación del contrato y referido a la subvención se había solicitado prórroga para su justificación al 31 de diciembre de 2008.

En el presente supuesto, se estima que ha de irse más allá de la mera exposición formal de los hechos, pues la Administración no puede actuar de una manera, generando en el contratista una determinada confianza, y luego proceder de forma distinta, exigiéndole responsabilidades por un comportamiento cuando menos tolerado.

2. En el contrato firmado sólo se habla de la posibilidad de que “excepcionalmente se podrá prorrogar el plazo de justificación”; que la obra deberá estar ejecutada el 31 de diciembre de 2007; y que para caso de incumplimiento procede la aplicación del art. 95 TRLCAP y cláusula 25 del Pliego, lo que no se aplicó en la fecha de vencimiento.

El 9 de agosto de 2007 –es decir, tres días después de la firma del contrato- *“por parte del representante de la citada Corporación Local se presenta ante la Dirección de Centros e Infraestructura Educativa un oficio por el que solicita una prórroga para la ejecución del proyecto subvencionado”; concediéndose una “una prórroga de actividad de ejecución hasta el 31 de marzo de 2008”*. Y, como se ha expuesto, el 18 de marzo de 2008, *“por parte del representante de la citada Corporación Local se presenta ante la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa un oficio por el que solicita una prórroga para la ejecución del proyecto subvencionado hasta el 31 de diciembre de 2008”, lo que contó con el “informe de fiscalización favorable (...) por la Intervención Delegada en el Departamento”*. Y el 31 de marzo de 2008,

nuevamente, la Consejería de Educación autoriza la “*prorroga hasta el 31 de diciembre de 2008 [(...) del] plazo para la realización y justificación de la actividad subvencionada*”. Y ambas prórrogas fueron notificadas al Ayuntamiento.

Es decir, “un representante del Ayuntamiento” (que no se identifica en momento alguno) solicita del Gobierno de Canarias dos prórrogas de la ejecución del contrato (actividad subvencionada) y el Gobierno de Canarias la concede, previa fiscalización favorable de la Consejería de Educación, siendo ambas Órdenes de prórroga notificadas al Ayuntamiento (no consta a quién ni a dónde llegaron las notificaciones). Lo cierto es que el Ayuntamiento se aquieta a su contenido, del que se desprende que, en cierta forma, el Gobierno de Canarias había prorrogado no sólo el plazo de justificación del contrato, sino también la realización de la actividad a la que está ligada la subvención (vid. Capítulo III del Régimen General de Subvenciones de la Comunidad Autónoma).

A tenor de lo anterior, el Servicio de Alumbrado manifestó que había que entender prorrogado el contrato “de forma tácita” y que la ampliación del plazo “no corresponde exclusivamente al Sr. Concejal de (...) Economía y Hacienda”; y, en consecuencia, si se entendiere que el plazo ya está vencido y la obra no ejecutada se tendría que “tener que devolver incluso el importe de las subvenciones recibidas”.

3. El Ayuntamiento no tramitó ningún procedimiento de prórroga de la ejecución del contrato, colocando al contratista ante el hecho consumado, por aceptado, de que el contrato estaba prorrogado en la práctica con la aceptación del órgano de contratación. De esta manera, el contratista actuó sobre la base de una realidad aceptada por todos o al menos no contradicha y cuando, en ese convencimiento, solicita autorización para la cesión del contrato, el Ayuntamiento alega que está vencido y que lo que procede es su resolución.

Cierto que la Consejería de Educación, Cultura y Deportes no es competente para “variar las condiciones y plazos de realización del contrato”; también es cierto que del acuerdo de subvención no resulta que la Consejería se hubiera reservado atribución de potestades en relación con la ejecución del contrato; que la Ley 8/2006 sólo concedía una prórroga por un máximo de tres meses de la justificación de la subvención (art. 17 de la Ley) y, sin embargo, se concedieron dos; también es cierto que del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se desprende que la ejecución del contrato debe realizarse en el plazo acordado, sin perjuicio de las prórrogas *que se acuerden por el órgano de contratación* al amparo del art. 96

TRLCAP, que han de ser “expresas, no cabiendo consentimiento tácito de las partes” (cláusula 28).

No obstante, por otra parte, también es cierto que *el pretendido incumplimiento del contratista* ha venido conformado y hasta consentido por la forma de actuar y pasividad de la propia Corporación municipal. A su vez, en el comportamiento de contratista y Administración puede presumirse la posible influencia del tenor de las Órdenes de prórroga de la Consejería de Educación, así como, incluso, de la -para este supuesto- importante disposición transitoria séptima de la Ley 14/2007, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el año 2008, conforme a la cual “las subvenciones (...) otorgadas con cargo a los créditos consignados en la Ley 8/2006, de 11 de diciembre (...) ., podrán *ejecutarse y justificarse* hasta el 31 de diciembre de 2008, sin perjuicio de la prórroga que pueda concederse”.

De acuerdo con lo expresado, resulta que, como señala la Asesoría Jurídica, todo este cúmulo de circunstancias coloca al Ayuntamiento en una “posición de debilidad tanto frente a la Administración autonómica como respecto de terceros interesados”.

No debe olvidarse que la Administración tiene por ley la facultad de interpretar los contratos suscritos [art. 59 TRLCAP] y que sus relaciones con los interesados deben transcurrir con respeto a los principios de buena fe y confianza legítima [art. 3.1 LRJAP-PAC]. También que la facultad de interpretar el contrato, y de resolverlo en su caso, debe ser actuada por la Administración con coherencia, sin ignorar las posiciones de la parte contraria cuyas argumentaciones deben ser contradichas expresamente y todo ello en base a la salvaguarda del interés público (posible pérdida de la subvención).

4. En base a lo anterior, acordar la resolución del contrato, en la forma propuesta, no se estima que sea una respuesta equitativa y proporcional a la actuación de ambas partes. Resolver el contrato por incumplimiento del plazo por no estar prorrogado expresamente por el órgano de contratación no se considera ajustado a Derecho, cuando mediaron prórrogas de la Consejería de Educación referidas no sólo a la justificación de la subvención, sino también a la ejecución del proyecto o realización de la actividad y en la realidad el contrato estuvo ejecutándose sin problemas aparentes hasta que se solicitó autorización para la cesión. En estas condiciones, los principios de buena fe y de confianza legítima (art.

3.1 LRJAP-PAC) serían vulnerados en el presente supuesto, si se procediera a la resolución contractual por incumplimiento del plazo de ejecución.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución relativa a la resolución del contrato de Adaptación a la normativa eléctrica en los Centros de Enseñanza Infantil y Primaria del término municipal, Grupo 6 (Buenavista II y otros), suscrito entre el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y la empresa M., S.A., no es conforme a Derecho por lo expuesto en los Fundamentos III y IV.