



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 160/2009

(Sección 1ª)

La Laguna, a 1 de abril de 2009.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Telde en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de concesión de obra pública adjudicado a la empresa C., S.L. para la construcción y explotación de un edificio de aparcamiento y plaza en San Gregorio. Demora en el cumplimiento del pago; inadecuación de las obras al proyecto, quiebra al contratista (EXP. 102/2009 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de salida de 1 de febrero de 2009, el Alcalde del Ayuntamiento de Telde solicita por el procedimiento ordinario y de conformidad con 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 de Canarias, y arts. 59.1 y 149.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), preceptivo Dictamen respecto de la Propuesta de Resolución emitida en el procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública adjudicado a la empresa C., S.L., en orden a la construcción y explotación de un edificio de aparcamientos y plaza en San Gregorio, en Telde.

La Propuesta de Resolución -a adoptar en su momento con carácter definitivo por el órgano de contratación, competente asimismo para la resolución (art. 59.1 TRLCAP), que resulta ser el Pleno corporativo- sustenta su fundamentación en "la inadecuación de la obra al proyecto aprobado por la Corporación" y "el incumplimiento reiterado de los plazos de ejecución del contrato", así como la "situación de quiebra en la que incurrió (el contratista) declarada mediante Auto de 1 de diciembre de 2004, del Juzgado de primera instancia nº 11 de Las Palmas".

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

El procedimiento tramitado concluye un procedimiento resolutorio en el que, con matices, se ha dado cumplimiento a las previsiones de índole formal que al efecto contempla la legislación vigente, que no es otra que el citado Texto Refundido, a la vista de lo dispuesto en la disposición transitoria primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, del Contratos del Sector Público.

Concretamente, en las actuaciones remitidas consta, además de lo ya expresado en relación con la competencia resolutoria del procedimiento incoado, la preceptiva audiencia al contratista -Sindicatura de la quiebra acordada en relación con los bienes del concesionario- y al avalista [art. 109.1.a) y b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP)], el preceptivo informe de la Asesoría Jurídica [art. 109.1.c) RLCAP] y, finalmente, la asimismo preceptiva intervención de este Consejo Consultivo, pues consta la oposición del contratista [art. 59.3.a) TRLCAP y art. 109.1.d) RLCAP].

2. ¹

II

1. Ante todo, debe señalarse la enorme dilación en la tramitación de un procedimiento que por su propia naturaleza debe ser sumario, pues iniciado el 29 de abril de 2005 se ha tardado casi cuatro años en llegar a una Propuesta de Resolución conclusiva del mismo. Al margen de que la reiteración de trámites prolongan el procedimiento (como los de asesoría jurídica externa e interna), sorprende que, tras el intento de notificación al concesionario de los términos de la incoación del procedimiento resolutorio el 14 de junio de 2005 y el mismo fuea imposible porque se le indicó al agente notificador que la notificación debía ser entregada "al Sr. Comisario de la quiebra", tuviera lugar finalmente el 17 de enero de 2008 (*sic*). Asimismo sorprende, en otro orden de consideraciones, que el 10 de diciembre de 2004 el Juzgado de primera instancia nº 11 de Las Palmas de Gran Canaria dictara Auto por el que se declaró la quiebra, entre otras, de C., S.L., ocupándose los bienes y nombrándose Comisario y Depositario de los mismos, hecho del que tuvo conocimiento la Administración el 14 de junio de 2005; o que el 2 de febrero de 2004 se dictara por el Juzgado de primera instancia nº 4 de Las Palmas anotación de embargo preventivo contra bienes del concesionario a instancia de tercero, lo que así

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

se hizo, sin que de este procedimiento tampoco tuviera conocimiento la Administración en fecha temprana.

2. Lo relevante, a los efectos que nos interesan, es que la resolución de la concesión se acuerda en base a causas contempladas en el Texto Refundido de aplicación como de resolución: incumplimiento del plazo [art. 111.e) TRLCAP]; inadecuación de las obras ejecutadas al proyecto, lo que no puede sino considerarse como obligación esencial contractual [art. 111.g) TRLCAP]; y quiebra del contratista [art. 111.b) TRLCAP].

Comenzando por la última, su consideración es automática pues no depende de una valoración de los hechos sino del hecho objetivo de tal declaración judicial, que tuvo lugar el 10 de diciembre de 2004, aunque del mismo, sorprendentemente, la Administración tuviera conocimiento el 14 de junio de 2005, cuando el agente notificador intentó comunicar al concesionario el inicio del procedimiento resolutorio. Hay, pues, causa de resolución que por sí sola bastaría a estos efectos. No puede sino sorprender la dilación en tomar la medida que la Ley ampara, aunque, visto el relato de hechos, la toma de la decisión era ciertamente complicada al entrecruzarse con este procedimiento resolutorio otros incidentes contractuales que a la postre, en la inteligencia y razones del propio concesionario, están en la raíz de las otras dos causas de resolución que se alegan (incumplimiento del plazo, e inadecuación de las obras ejecutadas al proyecto) que, en efecto, el concesionario imputa al comportamiento de la propia Administración.

Al margen de las anotaciones preventivas de embargo y la declaración de la situación de quiebra del concesionario, éste, el 16 de enero de 2003, instó el levantamiento de acta notarial del estado de los espacios públicos autorizados por el Ayuntamiento como aparcamientos (diez diligencias con reportaje fotográfico), que reitera el 12 de noviembre de 2004 (catorce diligencias con reportaje fotográfico).

El 19 de noviembre de 2004, el concesionario, al amparo de lo dispuesto en el régimen general de responsabilidad administrativa de la Ley 30/1992, presenta reclamación de indemnización por daños [incumplimientos generales de compromisos (construcción del auditorio; mantenimiento e incremento de parkings ilegales); órdenes de ejecución de obra sin la debida compensación (muro en el colegio); reducción del objeto de la concesión; y actuaciones respecto de los elementos de la plaza superior y los locales comerciales] evaluados en 7.146.747, 09 €. Procedimiento que no consta en el expediente remitido si ha sido tramitado, resuelto o no, o

impugnada la eventual desestimación, expresa o presunta, ante la Jurisdicción competente.

El contratista, pues, intentó mediante el procedimiento indemnizatorio restituir (a su juicio) el equilibrio financiero de la ejecución de la obra (percibiendo el abono de la obra ejecutada y no abonada) y de la propia concesión (reclamando de la Administración que se abstuviera de adoptar medidas que perturbaran el normal desenvolvimiento de la misma). A estas cuestiones se les da respuesta, implícitamente, en el procedimiento resolutorio incoado, pues la primera de las cuestiones planteadas se solventa diciendo que no procede el abono de la obra ejecutada al margen del proyecto aprobado y, la segunda, precisando que el equilibrio de la concesión es una obligación de la Administración tras la puesta en marcha del servicio concedido, pero no antes.

3. Conviene resaltar los siguientes hechos del relato fáctico, que se comentan razonadamente:

Con fecha 26 de julio de 2000, el Alcalde, en base a un informe técnico de 19 de julio de 2000, que no obra en el expediente remitido, comunica al concesionario que el proyecto básico presentado "se ajusta (al) Plan General y en el anteproyecto objeto del concurso" y se indica asimismo que *"en conversaciones con los técnicos de la promotora se acordó una modificación del concepto de plaza contenido en el proyecto básico"*, por lo que se deberá *"concentrar la pequeña cantidad de uso comercial en elementos de pequeña escala situados en el borde del naciente de la parcela y permitir la conexión continua entre el futuro palacio de cultura y multicines con la plaza"*.

Se trata, pues, tácitamente, de un modificado no formal acordado entre ambas partes.

El 22 de noviembre de 2000, el concesionario comunica que, *"para evitar el desprendimiento por el desmonte (...) colindante con la avenida del Cabildo, se tuvo que reducir las dimensiones de la planta"* lo cual, unido al obligado retranqueo con edificaciones colindantes, ha supuesto *"una pérdida de plazas de garaje"*, que se solicita compensar con una parcela de *"solar sobrante"* que identifica.

Se trata de un modificado no formal del que el concesionario da cuenta a la Administración, solicitando una compensación que afectaba tanto a la ejecución de la obra como al equilibrio de la concesión (reducción del número de plazas). Petición que no es respondida.

El 19 de marzo de 2002, se solicita informe de "verificación del cumplimiento" por parte del concesionario de las obligaciones concesionales, siendo emitido el 22 de marzo de 2002, del que resulta que *"no consta en el expediente documentación alguna sobre la actividad de C., S.L. en cumplimiento de sus obligaciones exclusivamente empresariales frente a las condiciones de la adjudicación municipal"* (sic).

No hay referencia a la petición anterior. Al respecto cabe preguntarse si hubo modificados no formales.

El 22 de marzo de 2002, el concesionario presenta escrito del que resulta: que "en base al compromiso verbal" con el Ayuntamiento, en noviembre (2001) se terminó y puso en explotación "una primera fase de 524 unidades" y se inició la venta, sin que se haya producido alguna; que el Ayuntamiento ha roto el equilibrio financiero de la concesión al "mantener abiertos una serie de solares acondicionados como aparcamientos públicos con tarifa muy baja"; que las entidades financieras le han retirado el apoyo financiero; y que la ejecución de la segunda fase pondría "en peligro (la) continuidad" de la empresa. Por ello, propone "considerar acabada a efectos de cumplimientos de plazos la segunda fase con la construcción de la estructura del parking y la terminación de la plaza", ajustar el número de plazas"; cambiar el uso de una parte del sótano; y eliminar los solares habilitados como aparcamiento.

Es decir, el escrito del concesionario da cuenta de que hubo compromisos *verbales, no negados por la Administración*; que el Ayuntamiento desde el mes de noviembre de 2001 consintió la apertura del garaje sin licencia y sin que el mismo, como posteriormente se acreditó, tuviera las condiciones de seguridad y medidas de emergencia exigidas por la Ley; que si el Ayuntamiento autoriza esa apertura no parece coherente que permita e incremente el número de parkings anteriormente denunciados; y que la concesión y el propio concesionario estaban en peligro financiero.

A la vista de la situación, el 29 de abril de 2002 el contratista solicita el "cambio de uso" parcial del sótano, que no se responde por la Administración. El 1 de octubre de 2002, el concesionario reitera la solicitud de cambio de uso, que es informado negativamente el 10 de octubre, precisándose que *al existir modificaciones del proyecto aprobado previamente a la resolución de la prórroga, debe procederse a resolver sobre dichas modificaciones*".

Lo que significa que la Administración conocía la existencia de tales modificaciones.

Pero, el 10 de octubre de 2002 se notifica al concesionario la "prohibición de modificar, suprimir o sustituir por otros usos las instalaciones inicialmente previstas, ni introducir alteración alguna del proyecto inicialmente aprobado", y el 5 de noviembre de 2002, se le notifica *"el incumplimiento de la licencia de obras así como del contrato de concesión administrativa motivado fundamentalmente en la modificación del anteproyecto y proyecto aprobado, así como que con ello se alteran las condiciones de los pliegos que rigieron la concesión"*.

Es decir, parece haber un previo consentimiento verbal a la modificación de los términos del proyecto y luego se le advierte que esas modificaciones son contrarias a los pliegos.

El 12 de agosto de 2002, se requiere al concesionario que termine las obras para el 17 de noviembre de 2002 -es decir, ya vencido el plazo- y que antes del 1 de septiembre se acondicione la mediana entre el colegio y el muro de contención para permitir la salida de alumnos por la puerta principal.

Es decir, conocidos los incumplimientos del concesionario, se asumen; y se le insta que acabe las obras en vez de proceder, vistos los incumplimientos, a la resolución de la concesión o a la imposición de las penalidades previstas en la legislación contractual (art. 95.3 TRLCAP).

El 15 de julio de 2003, se le dio al concesionario audiencia (¿?), presentando el 16 de octubre de 2003 copias del proyecto modificado con el fin de *"legalizar las obras ejecutadas sin ajustarse al proyecto aprobado, en concreto el cambio de uso de la primera planta de sótano y la ampliación de la superficie de locales en la plaza pública"*, lo que no tiene respuesta expresa. Por ello, el concesionario, el mismo 16 de octubre de 2003, solicita el modificado de la concesión, que es informado negativamente el 10 de diciembre de 2003. El 27 de enero de 2004, se presenta nuevo modificado, solicitándose el 9 y 19 de febrero de 2004 informe sobre el "estado de las obras" y su ajuste al "proyecto inicialmente presentado" y si *"la superficie en planta del edificio ejecutado se ajusta al proyecto modificado II de dicha obra"*.

Lo que significa que la obra relativa al modificado ("modificado II") solicitado y, aparentemente no autorizado, estaba ejecutada.

La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 17 de mayo de 2004, concedió a C., S.L. "licencia municipal de apertura para el ejercicio de la actividad dedicada a edificio de aparcamientos", para la primera fase.

Es decir, a pesar de todos los incumplimientos, la Administración otorga la licencia de apertura, sin condiciones.

Con fecha 25 de octubre de 2004, a instancia del concesionario, la Administración certifica el desistimiento por parte del mismo del cambio de uso de la planta sótano solicitado y que *"no consta que se haya procedido a la aprobación y autorización" de reformado alguno.*

Se niega, pues, que la obra ha sido objeto de modificaciones consentidas.

El 3 de marzo de 2005, se interesa la emisión de informe en relación con la adecuación de la obra al proyecto; la valoración de lo ejecutado, *incluso sobre lo no previsto en el proyecto*; nivel de ejecución de la obra; plazo de ejecución y grado de cumplimiento; y sobre la situación actual de la obra.

Lo que significa el reconocimiento de que la obra contaba con ejecución fuera de proyecto.

El 25 de septiembre de 2008, la Sindicatura de la quiebra presenta alegaciones (a las que acompañan acta notarial de manifestaciones del representante en su día de C., S.L., del Jefe de obra, y del Arquitecto de la misma, según los cuales *hubo acuerdo verbal de "modificación del proyecto de obra"; que la misma se legalizaría con el "oportuno reformado"; y que los técnicos del Ayuntamiento conocieron la obra durante su ejecución sin que manifestaran "disconformidad de ningún tipo"*), oponiéndose a las causas resolutorias alegadas, ya que las modificaciones *"fueron consensuadas" y el retraso en el plazo fue debido a esas modificaciones, como lo acredita la licencia de apertura y actividad concedida.*

Es decir, se trata de la explicación del concesionario sobre el retraso en la ejecución de la obra: se consienten modificaciones que implican una prórroga de la duración de las obras y se pretende resolver la concesión por incumplimiento del plazo.

III

1. Pues bien, las causas mencionadas en la Propuesta resolutoria del procedimiento tramitado para acordar la resolución del contrato de referencia son,

se recuerda, tres. En primer lugar, se alega la inadecuación de la obra realizada por la contrata al proyecto de la misma acordado por la Corporación; en segundo lugar, el reiterado incumplimiento por aquélla de los plazos de ejecución del contrato; y, por último, la situación de quiebra del contratista declarada por Auto, de 1 de diciembre de 2004, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Las Palmas. Por tanto, cabe entender que esta última causa aparece con posterioridad a las dos anteriores y aunque éstas se aducen al tiempo, podría considerarse que la primera precede en su producción en el tiempo a la segunda.

En este sentido, suele sostenerse en la doctrina, particularmente en la consultiva del Consejo de Estado, que, en caso de concurrencia de causas de incumplimiento contractual o, eventualmente, de resolución de contrato, debiera aplicarse la primera en el tiempo en detectarse, por razones obvias. Sin embargo, entiende este Organismo que, aun compartiendo en principio esta tesis, ello no es óbice para que se puedan alegar todas las eventuales causas de resolución que la Administración considere incidentes en el supuesto del que se trate, haciéndose constar en la Propuesta resolutoria. Así, procedería aplicar la primera en el tiempo de estimarse, tras ser dictaminada aquélla, que es procedente hacerlo por el órgano decisor del procedimiento, pero a la vista del Dictamen cabría aplicar en su defecto la posterior que se considerase pertinente al no serlo aquélla o las que, eventualmente, le siguieran temporalmente.

2. Pues bien, a la luz de las actuaciones y del análisis efectuado al efecto en los Fundamentos precedentes, con las correspondientes observaciones al respecto, expresadas particularmente en el Fundamento II, ha de manifestarse que, cualquiera que fuese el orden de aparición o de detección de las dos primeras causas alegadas por la Administración para resolver el contrato, ninguna de ellas es de aplicación en este caso dadas las circunstancias y, se insiste, en función de la documentación obrante en el expediente sobre la ejecución de tal contrato y, también, la relativa al procedimiento resolutorio contractual ahora tramitado.

Y es que, en efecto, la tramitación de dicho procedimiento, realizada ritualmente, permite observar la contradicción de las pretensiones o alegaciones en este procedimiento de la Administración en relación con sus propios actos en la ejecución del contrato, tanto en su fase de obra pública, como en la subsiguiente de funcionamiento de la concesión.

Así, se produce la autorización de hecho de la apertura del garaje y se emite licencia parcial de apertura, pese al eventual y no atacado en su momento

incumplimiento del contratista de los plazos de ejecución, manteniéndose además en funcionamiento dicho garaje sin problemas cierto tiempo.

Además, hay consentimiento municipal constatable respecto a actos del concesionario en orden a modificaciones informales del proyecto, que luego, pese a esta circunstancia, pretenden ser utilizados al fin que nos ocupa como inadecuación de la obra al proyecto. Es más, existen indicios razonables en el expediente de que se acordaron verbalmente modificados del proyecto original de la obra por las dos partes, sin oposición municipal posterior, que después no se aceptó formalizar por la Administración por, justamente, el motivo antedicho. En esta línea, tampoco se acepta sin más la testifical propuesta por el contratista para acreditar la existencia de esos pactos y, por ende, no sólo de consentimiento para los modificados, sino consecuentemente de justificación tanto de la demora en la ejecución, como del desajuste de la obra al proyecto inicial.

Todo lo cual supone una actuación administrativa contraria a los principios de buena fe y confianza legítima en la ejecución del contrato, así como, en definitiva, que no existe el necesario fundamento para imputar al contratista, especialmente en su integridad, las causas de resolución contractual de inadecuación de la obra al proyecto, ni de incumplimiento, y por demás reiterado, de los plazos para su ejecución. Y ello, sin olvidar que no basta cualquier incumplimiento contractual, particularmente teniendo en cuenta sus circunstancias, para que aparezca, sin más, un efecto resolutorio del contrato, pues ha de ser grave o sustancial e íntegramente imputable a la contrata.

3. Por el contrario, es patente la aplicabilidad de la causa relativa a la quiebra en este supuesto. Desde luego, siguiendo la constante doctrina consultiva y judicial al respecto, que se estima procedente a la luz de la regulación contractual aplicable, concretamente los arts. 111.b) y 167 TRLCAP, no cabe hablar de quiebra y, por ende, considerar al contratista en tal situación a los efectos de la resolución del contrato hasta que no se declare así por decisión del órgano judicial competente, pero, una vez conocido por la Administración el estado legal de quiebra de la contrata, ha de proceder a resolver el contrato.

Justamente, es incontrovertible que el 10 de diciembre de 2004 el Juzgado de primera instancia nº 11 de Las Palmas de Gran Canaria dictó Auto por el que se declaró la quiebra de la contrata interesada, resolviéndose la ocupación de sus bienes y designándose Comisario de la quiebra y Depositario de éstos. Y que la

Administración municipal actuante tuvo conocimiento de ello el 14 de junio de 2005. Por eso, estaba en condiciones de resolver el contrato en esa fecha por esta causa de incuestionable producción, independientemente de que pudieran alegarse otras con más o menos fundamento o justificación, de acuerdo con lo previsto en el art. 167 TRLCAP en relación con el art. 111.b) del mismo.

En consecuencia, siendo objetable la aplicabilidad al caso de las causas resolutorias inicialmente alegadas por la Administración, previas a la declaración de quiebra y con eventuales efectos diferentes a la aplicabilidad de ésta como causa resolutoria, resulta que, en definitiva, tan sólo puede y debe aplicarse esta última causa para resolver el contrato de referencia, produciendo su incidencia tal inevitable efecto resolutorio (art. 112.2 TRLCAP).

Sin embargo, los efectos de la resolución han de ser los previstos legalmente al efecto, no siendo, como se dijo, exactamente o sin más los mismos que los que pudieran producirse de haber sido aplicables las otras causas alegadas. En este sentido, resultan de aplicación las normas contenidas en los apartados 1 y 2 del art. 169 TRLCAP y en el art.113.4.

No obstante, en relación con este último precepto, ha de tenerse en cuenta, visto lo expuesto sobre la actuación de la Administración en la ejecución del contrato, tanto que la quiebra del contratista, en cuanto causa resolutoria, sólo lleva consigo la pérdida de la fianza definitiva cuando sea culpable o fraudulenta, como que la determinación de las indemnizaciones que corresponda abonar al contratista, de ser culpable y de exceder los daños del importe de aquélla, o bien, la Administración en su caso, han de determinarse en procedimiento específico a tramitar al efecto (arts. 111 y 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos).

C O N C L U S I Ó N

Procede resolver el contrato de concesión adjudicado a la empresa C., S.L. para la construcción y explotación de un edificio de aparcamientos y plaza en San Gregorio, Telde, exclusivamente por la causa prevista en el art. 111.b) TRLCAP, de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento III y con los efectos señalados en el punto 3 del mismo.