



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 2 / 2 0 1 2

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de mayo de 2012.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de Firgas en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato para la ejecución de la obra "Reasfaltado de la Carretera Rosales-Padilla", adjudicado a la empresa O.A.C., S.L., y suscrito con fecha 10 de julio de 2009 (EXP. 197/2012 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de la Villa de Firgas, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de obras "Reasfaltado de la carretera Rosales-Padilla".

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los artículos 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 artículo 195.3.a), de carácter básico, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), y con el artículo 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; preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

2. El contrato cuya resolución se pretende fue adjudicado por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Firgas con fecha 8 de julio de 2009. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, resulta de aplicación para la determinación de las causas de resolución la normativa vigente en el momento de su adjudicación, constituida por la antes citada Ley 30/2007.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual y que constan documentados en el expediente, son los siguientes:

- El Cabildo Insular de Gran Canaria transfirió al Ayuntamiento de Firgas las funciones para la contratación, ejecución y seguimiento de diversas actuaciones, entre ellas el reasfaltado de la carretera Rosales-Padilla. La transferencia fue aceptada por el Pleno de la Corporación municipal mediante acuerdo adoptado en sesión celebrada el 9 de febrero de 2009.

- Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Firgas de fecha 8 de julio de 2009 se adjudicó a la entidad O.A.C., S.L. el contrato para la ejecución de la obra de reasfaltado de la carretera Rosales-Padilla, por un importe de 169.025,71 euros más 8.451,29 euros de IGIC y un plazo de ejecución de 3 meses.

El contrato fue formalizado, previa constitución de la garantía definitiva, el 10 de julio de 2009.

En esta misma fecha se solicita por la Alcaldía al Cabildo Insular prórroga hasta el 31 de octubre de 2009 para la ejecución de las obras.

- El 18 de julio de 2009 se firmó el acta de comprobación del replanteo en la que se hizo constar que no se han podido comenzar los trabajos por estar pendiente de ejecución la obra de renovación de la red de abastecimiento Rosales-Padilla.

- El 8 de abril de 2010 se firma nueva acta de comprobación del replanteo, sin observaciones, por lo que las obras debían comenzar al día siguiente y finalizar el 9 de julio de 2010.

- El 13 de mayo de 2010 se emite informe por la Dirección Facultativa en el que se pone en conocimiento de la Alcaldía diversas anomalías en la ejecución de la obra, así como su paralización durante más de 20 días.

- El 2 de agosto de 2010 el Director facultativo de la obra reitera que la misma se encuentra sin acabar y que la ejecutada no se ajusta al proyecto licitado, ya que la constructora había variado, a su riesgo y ventura, el sistema constructivo y los materiales especificados, según se detalla en el propio informe. Ante esta situación,

en el mismo se plantean dos opciones posibles: liquidación a la contratista por lo realmente ejecutado o imponer la terminación de la obra en los términos establecidos en el proyecto contratado.

De este informe se dio traslado por la Alcaldía al Cabildo Insular.

- El 20 de octubre de 2010, la Dirección facultativa emite informe sobre el estado de ejecución de la obra y solicitud de prórroga. En este informe se indica que se ha ejecutado una obra que no se corresponde con el proyecto, utilizando la contratista un material diferente, el empleo de un espesor inferior y ha asfaltado calles no contempladas en la actuación. Se solicita una prórroga de tres meses, hasta el 1 de febrero de 2011.

De este informe se dio traslado al Cabildo insular.

- El 10 de diciembre de 2010, la Dirección Facultativa emite nuevo informe relativo a la viabilidad de redactar un proyecto modificado, ya que la constructora ha variado tanto el sistema constructivo, al dar solo una capa, como el material especificado, sustituyendo el D-12 por el S-12 y ha incrementado la superficie del asfaltado por necesidades de los anchos de las vías.

Este informe se somete a la consideración del Servicio de Cooperación del Cabildo Insular. Con fecha 24 de febrero de 2011 el técnico insular supervisor del proyecto emite informe desfavorable en relación con la posibilidad de modificación del contrato, teniendo en cuenta que las modificaciones realizadas en la obra no se ajustan a razones de interés público ni para atender a causas imprevistas, lo que hace inviable un proyecto modificado, además de no haber sido ordenadas por el director facultativo.

- El 14 de noviembre de 2011 se remite Circular por el Cabildo Insular relativa a los plazos de terminación de las obras en la que se indica que se encuentra prevista la anulación de los créditos para los cuales no se haya procedido al reconocimiento de la obligación antes del 30 de diciembre de 2011.

Ello motiva que por parte de la Alcaldía se inste a la dirección facultativa de la obra que emita las certificaciones de obra. En informe de 24 de noviembre se informa que, como se exponía en el emitido el 2 de agosto, la obra ejecutada no se ajustaba al proyecto, por lo que no se puede emitir certificación o relación valorada de la obra.

- El 1 de diciembre de 2011 la entidad contratista presenta factura, de fecha 31 de mayo anterior, por importe de 173.046,97 euros, que correspondería a la certificación de obra nº 1. Sobre esta factura informa el director facultativo que no puede ser admitida a trámite al no ajustarse la obra ejecutada a la licitada.

- Con fecha 13 de diciembre de 2011 el Director de la obra solicita a la Alcaldía la prórroga del plazo de ejecución, al haber transcurrido el inicialmente establecido y debido a problemas generados por la constructora en la ejecución de la obra. Este informe fue remitido con esta misma fecha al Cabildo Insular, solicitando en la medida de lo posible la prórroga aludida.

En nuevo informe técnico de 16 de enero de 2012 emitido a solicitud de la Alcaldía se informa que en el día de la fecha la obra no ha finalizado, ya que el asfaltado que se ha ejecutado no se ajusta al proyecto redactado y queda pendiente la partida destinada a la señalización horizontal, por lo que se ha producido una demora en la ejecución. Propone en consecuencia la resolución del contrato en aplicación de lo previsto en la cláusula 21 PCAP, al haberse incumplido el plazo de ejecución.

2. Con estos antecedentes, el 7 de febrero de 2012 se emite informe por la Secretaría municipal relativo al procedimiento a seguir para la resolución del contrato por incumplimiento del contratista. En este informe se considera como causa de resolución la demora respecto al cumplimiento del plazo total de ejecución de la obra, que se halla incluida en los arts. 196.4, 197 y 206.d) LCSP y en la cláusula 21 PCAP y, por otra parte, se pone de manifiesto que en el Boletín Oficial del Estado nº 304, de 19 de diciembre de 2011, se publicó la declaración de concurso de la entidad contratista.

3. El 10 de febrero de 2012 se inicia mediante Resolución de la Alcaldía el procedimiento de resolución del contrato de obras de referencia.

En el expediente tramitado se otorgó el preceptivo trámite de audiencia al contratista, que presentó alegaciones en el plazo concedido al efecto en las que se opone a la resolución. Se concedió asimismo este trámite a los administradores del concurso.

Constan también en el expediente el informe de la Intervención municipal y la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente en la que se propone la resolución del contrato por la causa señalada, así como la devolución de la garantía constituida, al no existir daños y perjuicios ocasionados por el contratista.

III

Concurren en el presente procedimiento de resolución contractual diversas circunstancias que impiden considerar conforme a Derecho la Propuesta de Resolución culminatoria del mismo:

1. La Propuesta de Resolución no contiene una motivación de la concurrencia de la causa de resolución esgrimida, teniendo en cuenta las alegaciones presentadas por el contratista en las que indica que sostiene la correcta ejecución de la obra y la procedencia de su abono. Estas alegaciones han sido contestadas por el Director facultativo en informe posterior a las mismas, en el que se desestiman, manteniendo el incumplimiento del contratista, si bien estas consideraciones no han sido asumidas por la propuesta de Resolución. Carece en consecuencia de la motivación exigida por el art. 89.3 LRJAP-PAC.

Por otra parte, el señalado informe del Director facultativo no se ha trasladado al contratista. Como dispone el art. 84 LRJAP-PAC, el trámite de audiencia ha de concederse al interesado una vez tramitado el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la Propuesta de Resolución. El citado informe contesta a las alegaciones del contratista con argumentación novedosa o relevante, sin que éste haya tenido oportunidad de conocerla y plantear lo que a su derecho convenga.

Finalmente, se observa que en el Acuerdo de inicio del procedimiento se entendía que en la producción de la causa de resolución alegada incidía culpa del contratista y, por ende, debería incautarse la fianza. Por eso, sin perjuicio de lo que pudiera decidir al respecto finalmente el instructor al formular la Propuesta de Resolución, es preceptivo darle audiencia al referido avalista. Y, en todo caso, no puede confundirse sin más la eventual ausencia de daños y perjuicios, a los efectos correspondientes tras la resolución y la fase de liquidación del contrato, con la incautación de la fianza por existir culpa del contratista, que procede por esta sola razón.

2. Como ya se ha señalado, la Propuesta de Resolución fundamenta la resolución contractual en el incumplimiento del plazo total de ejecución de la obra. Concorre en el presente caso otra causa de resolución, acaecida con anterioridad al inicio del procedimiento, que es la declaración de concurso de la entidad contratista y que conforme al art. 206.b) LCSP motiva la resolución del contrato. Esta causa de resolución no ha sido sin embargo esgrimida por la Administración, a pesar de tener conocimiento de la misma con anterioridad al inicio del procedimiento.

3. Finalmente, y en relación con la eventual caducidad del procedimiento tramitado ha de advertirse, ante todo, que este Organismo ha entendido reiteradamente que el procedimiento de resolución contractual, aun iniciado de oficio, no está sometido a plazo de caducidad en relación con lo dispuesto en el art. 42.2 y 3 de la LRJAP-PAC, en ausencia de plazo fijado por el TRLCAP, no siendo aplicable al caso el art. 44.2 de dicha Ley por las razones expresadas. Nos remitimos en este punto a lo expuesto, por todos, en nuestro Dictamen 159/2008, que coincide con el criterio contenido en los Dictámenes del Consejo de Estado 277/2002 y 1382/2008.

Ahora bien, el Consejo de Estado sin embargo, en el Dictamen 479/2010, de 13 de mayo de 2010, sin rechazar expresamente su opinión al respecto, modifica su doctrina con el argumento de deberse atender a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta cuestión, en los siguientes términos: *"A este respecto, debe tenerse presente la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual, superado el plazo máximo para resolver en los procedimientos de resolución de contratos por causas imputables al contratista, ha de declararse caducado el procedimiento, lo que ha llevado al Tribunal a anular diversos actos de resolución de contratos por haberse dictado más allá del plazo legalmente establecido. En este sentido, cabe citar las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007 (recurso 7736/2004, Sección Cuarta), de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005, Sección Cuarta) y de 9 de septiembre 2009 (recurso 327/2008, Sección Sexta), esta última dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, a la vista de los criterios contradictorios que resultaban de algunas resoluciones procedentes de distintos tribunales superiores de justicia"*. Este mismo criterio se ha mantenido en los posteriores Dictámenes del Consejo de Estado 1.490/2010, de 4 de noviembre y 2.116/2010, de 21 de diciembre.

En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su posterior Sentencia de 8 de septiembre de 2010 (Recurso 364/2009, Sección 6ª).

Precisamente, con cita de esta jurisprudencia y doctrina, este Organismo ha advertido que, pese a no entenderse inadecuada su referida opinión, ha de efectuarse un pronunciamiento al respecto en la línea antedicha (cfr. Dictamen 44/2011, al que igualmente se remite el 72/2011).

Por consiguiente, ha de observarse que, en el presente caso, el procedimiento de resolución iniciado se encuentra incurso en causa de caducidad, al no haberse resuelto y notificado al contratista en el plazo de tres meses desde su incoación, de

acuerdo con lo previsto en el artículo 44.2 en relación con el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En definitiva, debe declararse la caducidad del presente procedimiento de resolución del contrato, sin perjuicio de la procedencia de tramitar un nuevo procedimiento de resolución, cuyo inicio deberá acordarse formalmente, debiendo incorporarse al mismo las actuaciones obrantes en el expediente remitido, y en el que, tras dar audiencia al contratista y eventualmente al avalista y redactar la correspondiente Propuesta de Resolución, se deberá recabar el Dictamen sobre ella; todo ello mediante la adopción de las cautelas que impidan que transcurra el plazo máximo para resolver establecido en el citado art. 42 de la Ley 30/1992.

CONCLUSIÓN

Por las razones que se expresan en el Fundamento III no procede entrar a conocer el fondo del asunto, debiendo acordarse la caducidad del procedimiento y el inicio, en su caso, del procedimiento de resolución pertinente, basado en la causa procedente y con realización de los trámites jurídicamente exigibles, formulándose Propuesta de Resolución a ser dictaminada por este Organismo.