



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 6 9 / 2 0 1 2

(Sección 1ª)

La Laguna, a 24 de julio de 2012.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento 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. 329/2012 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

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 la emisión de éste 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 los preceptos de carácter básico recogidos en los arts. 195.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y 109.1.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, aplicables por la oposición del contratista a la resolución, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la citada Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, según la cual ha de estarse en esta materia contractual a lo establecido en la normativa vigente al tiempo de adjudicación del contrato, la citada LCSP, pues aquella se produjo el 8 de julio de 2009.

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual y que constan documentados en el expediente, son sucintamente 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 del referido reasfaltado por importe de 169.025,71 euros. Y se estableció un plazo de ejecución de 3 meses.

El contrato fue formalizado, previa constitución de la garantía definitiva, el 10 de julio de 2009 y, 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 habían 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, vencido el plazo de ejecución, el Director facultativo informa que la obra se encuentra sin acabar y que la parte ejecutada no se ajusta al proyecto licitado, ya que la constructora había variado, a su voluntad, el sistema constructivo y los materiales especificados, según se detalla en el propio informe, que plantea al respecto dos posibles opciones: 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 insiste en que se ha ejecutado una obra que no se corresponde con el proyecto, utilizando la empresa contratista materiales diferentes; empleo de espesor inferior y ha asfaltado calles no contempladas en la actuación. A los efectos oportunos, se solicita 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 informa sobre la viabilidad de redactar un proyecto modificado, pues la contratista 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 y el 24 de febrero de 2011 se emite informe por el técnico insular supervisor del proyecto desfavorable a la modificación del contrato, pues considera que las modificaciones realizadas en la obra no se ajustan a razones de interés público ni se deben a causas imprevistas, además de no haber sido ordenadas por el director facultativo. Y, habría que añadir, se han producido sin la cobertura legalmente establecida.

- El 14 de noviembre de 2011 se remite Circular al Ayuntamiento 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 la Alcaldía inste a la Dirección facultativa de la obra que emita las certificaciones de obra, pero el 24 de noviembre ésta informa que, de acuerdo con lo señalado anteriormente, 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, por importe de 173.046,97 euros, que correspondería a la certificación de obra nº 1, informando el Director facultativo que no puede ser admitida por la razón reiteradamente expuesta.

- 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

por los 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 su conformidad a la prórroga.

Por último, el 16 de enero de 2012 se emite informe técnico a solicitud de la Alcaldía según el cual la obra no ha finalizado y existen deficiencias en la ejecución. Así, el asfaltado que se ha ejecutado no se ajusta al proyecto redactado y queda pendiente la partida destinada a la señalización horizontal, suponiendo esto una demora en la terminación de la obra. Por eso, propone la resolución del contrato en aplicación de lo previsto en la cláusula 21 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), al haberse incumplido el plazo de ejecución.

2. El 7 de febrero de 2012 se emite por la Secretaría municipal informe relativo al procedimiento a seguir para la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, considerándose 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. 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.

El 10 de febrero de 2012 se inicia mediante Resolución de la Alcaldía el procedimiento de resolución del contrato de obras de referencia, otorgándose audiencia tanto al contratista, que presentó alegaciones en el plazo concedido al efecto en las que se opone a la resolución, como a los administradores del concurso.

La Propuesta de Resolución culmina el procedimiento disponiendo la resolución del contrato por la causa señalada y decidiendo la devolución de la garantía constituida, al no existir daños y perjuicios ocasionados por el contratista.

3. Sobre este asunto el Consejo Consultivo de Canarias emitió el Dictamen núm. 232/2012, de 10 de mayo, concluyendo que no procedía “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 que habría de ser dictaminada por este Organismo”.

III

1. El 17 de mayo de 2012 se adopta Acuerdo por la Junta de Gobierno Local, en virtud de la delegación conferida por la Alcaldía, por el que se declara la caducidad

del procedimiento anterior y se incoa nuevo procedimiento de resolución del contrato de obras de referencia.

En este mismo Acuerdo se concede trámite de audiencia a la entidad interesada, así como a los administradores concursales, al avalista y al Cabildo Insular de Gran Canaria. Durante el plazo concedido al efecto, presenta alegaciones la entidad contratista en las que se opone a la resolución.

Consta en el expediente informe técnico del arquitecto municipal Director de las obras, emitido posteriormente a la audiencia, en el que se rebaten las alegaciones presentadas por la contratista, así como informe de Intervención en el que muestra su conformidad a la resolución contractual.

Consta finalmente Propuesta de Resolución, que fundamenta la resolución del contrato en la causa prevista en los artículos 196.4, 197 y 206.d) LCSP, así como en la cláusula 21 PCAP, al haber incurrido el contratista en demora en el cumplimiento del plazo total fijado en el contrato.

2. Concurren en el presente procedimiento de resolución contractual diversas deficiencias que constituyen causas suficientes de su inadecuación jurídica:

- El Acuerdo de inicio del procedimiento no concreta la causa que motiva la resolución del contrato de entre las previstas en la normativa legal de aplicación; extremo éste que ha sido puesto de manifiesto por la contratista en su escrito de alegaciones, manifestando que se le ha ocasionado indefensión por esta circunstancia.

Y, en efecto, tal Acuerdo se limita a disponer lo reseñado anteriormente, sin expresar la causa alegada por la Administración para justificar el inicio del procedimiento para resolver el contrato, particularmente una de las legalmente previstas conectadas, eventualmente, con la actuación de la contrata en la ejecución de dicho contrato.

Esta omisión formal causa indefensión a los interesados, al no tener conocimiento de la concreta causa de resolución ni de los motivos y argumentos que amparan su aplicación y sobre los que, en su caso, se podría pronunciar la contrata y los otros interesados. A estos efectos es preciso tener en cuenta que el Acuerdo de inicio no incorporó al nuevo procedimiento las actuaciones realizadas en el anterior, lo que al menos hubiera dado oportunidad a los interesados de conocer el informe

técnico emitido sobre las alegaciones de la contrata efectuadas entonces y que ahora se reiteran.

El hecho de que, por otra parte, el contratista haya presentado alegaciones oponiéndose a la resolución no enerva esta conclusión, pues desconoce la postura efectiva de la Administración "*legatio decidendi*" para poder contestar debidamente y defenderse como es jurídicamente exigible.

- En las nuevas actuaciones, como se ha señalado, consta informe técnico del Director facultativo que desestima las alegaciones presentadas por el contratista en este nuevo procedimiento y del que no se le ha dado traslado a los interesados, debiéndose recordar al efecto que la audiencia ha de concederse una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la Propuesta de Resolución, pudiéndose obviar sólo cuando no figuren en el expediente ni sean tenidos en cuenta para resolver otros hechos, alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

En el presente caso es claro que el citado informe se realiza en fase instructora y sirve, aunque irregularmente, para fundar la resolución, si bien en principio no genera indefensión porque rebate las alegaciones de la contratista sin añadir hechos o argumentos nuevos que ésta desconozca. Sin embargo, aparte de que esta actuación desconoce la garantía formal que establece el art. 84 en sus apartados 1 y 4, conectada al principio de contradicción, y a los fines de instrucción (arts. 78.1 y 85.3 LRJAP-PAC), lo cierto es que tampoco los interesados, no sólo la contratista, han tenido ocasión de conocer los términos del informe a los efectos oportunos antes de efectuarse la audiencia, dadas las limitaciones ya expuestas del acuerdo de inicio porque no consta en el expediente ningún informe que apoye o justifique su adopción y permita a los interesados hacer sus alegaciones en las condiciones exigibles, acerca de los hechos, causa y argumentos aducidos para resolver el contrato.

- La Propuesta de Resolución no contiene una motivación de la concurrencia de la causa de resolución que esgrime, contestando en particular las alegaciones presentadas en las que sostiene la correcta ejecución de la obra y la procedencia de su abono. En este sentido, aun siendo evidente que se ha tenido en cuenta, de hecho, el informe técnico antes comentado para rebatir tales alegaciones, se observa que procedimentalmente es necesario incorporar a la Propuesta de Resolución ese informe como motivación (art. 89.3y 5 LRJAP-PAC).

3. Sin perjuicio de lo señalado, procede indicar que en el presente caso concurre otra causa de resolución acaecida con anterioridad al inicio del presente procedimiento, cual 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 a tal inicio, aun cuando sea de potestativa aplicación por la Administración hasta el comienzo de la fase de liquidación.

En los supuestos en los que, como aquí acontece, se produce la concurrencia de varias causas de resolución ha sostenido este Consejo (entres otros y recientemente, Dictamen 142/2012), en la misma línea mantenida por el Consejo de Estado, que se ha de aplicar la primera que surge en el tiempo (Dictámenes de 4 de julio de 1985, Rec. de Doctrina Legal nº 43; de 25 de junio de 1987, Rec. de Doctrina Legal nº 60; 712/1994, de 23 de junio de 1994; 1016/1997, de 11 de septiembre de 1997; 1265/2000, de 25 de mayo de 2000; 1843/2008, de 18 de diciembre de 2008; 681/2009, de 21 de mayo de 2009; y 404/2010, de 29 de abril de 2010 entre otros muchos). La Propuesta de Resolución nada concluye respecto a la citada causa, a aplicar según el criterio temporal citado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera conforme a Derecho por las razones que se expresan en el Fundamento III del presente Dictamen.