



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 377/2012

(Sección 1ª)

La Laguna, a 31 de julio de 2012.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato para la ejecución de las obras correspondientes al proyecto denominado "Peatonalización en el casco urbano de Morro Jable" suscrito entre el Cabildo Insular de Fuerteventura y la Empresa C.R.R., S.A. (EXP. 354/2012 CA)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. Mediante escrito con registro de salida el 24 de julio de 2012, el Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura solicita preceptivamente y por el procedimiento ordinario dictamen [arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias] sobre la Propuesta de Resolución (PR), a adoptar ésta por el órgano de contratación (el Consejero-Delegado de Hacienda, Promoción Económica e Innovación de la dicha Corporación Local, por delegación), formulada para resolver el contrato de peatonalización del casco urbano de Morro Jable, en Fuerteventura, suscrito con la empresa C.R.R., S.A. (el contratista), de conformidad con lo dispuesto en los arts. 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y 109.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos del Estado (RGLCA), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre.

La citada legislación estatal ha sido derogada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), pero, no obstante ello, es aplicable al caso de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera.2 de dicha Ley, pues el contrato fue adjudicado con anterioridad a su entrada en vigor.

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

2. La Propuesta de Resolución funda la resolución contractual en la causa prevista en el apartado e) del art. 149 TRLCAP, según el cual procede la resolución del contrato cuando las modificaciones del contrato, aunque fueran sucesivas, representen una alteración sustancial del proyecto inicial, determinándose en el apartado 1 del artículo siguiente del propio Texto Refundido qué se entiende por tal alteración sustancial a estos efectos.

Es la segunda ocasión que este asunto se somete al parecer de este Organismo. Así, en su Dictamen 545/2011, de 18 de octubre, se entendió que no cabía entrar en el fondo del asunto, analizándose la resolución contractual que también se proponía entonces, pues debía procederse a la retroacción de las actuaciones tanto por razones formales (ausencia de trámite de audiencia y no resolución de las cuestiones planteadas por el contratista para oponerse a la resolución), como materiales (discrepancias notorias en relación con los conceptos de “sustitución de unidades de obra” y “alteración sustancial del contrato” y la determinación necesaria de los “costes indirectos” en relación con la indemnización reclamada por el contratista y rechazada por la Administración, en caso de resolución.

## II

1. Respecto a los antecedentes de este asunto y la fundamentación de la pretensión resolutoria nos remitimos a lo expresado al respecto en el Dictamen citado.

No obstante, hemos de recordar que consta que el contrato de ejecución de obras concernido se adjudica con base en un proyecto con importantes deficiencias (ausencia de estudio topográfico y existencia no prevista en la zona afectada de instalaciones de servicios públicos), como reconoce la propia Dirección facultativa. Por eso, ésta propuso efectuar un modificación de tal proyecto y, consecuentemente, suspender la ejecución de las obras, salvo aquéllas que debían hacerse para evitar riesgos.

La elaboración de la modificación contractual propuesta se demoró y, aunque fue aceptada por el contratista, éste lo hizo sin renunciar a la indemnización por daños que procediera por la dilación en la ejecución de la obra resultante por este motivo.

Sin embargo, el proyecto resultante del modificado se consideró por el Servicio competente que suponía una solución técnica diferente de la aprobada inicialmente para la obra y, además, una sustitución de unidades que afectaba al 121% del valor del contrato. Por este motivo, propuso la no continuidad en la ejecución y la

resolución del contrato por desistimiento de la Administración, con liquidación del mismo, a lo que se opuso tanto el contratista como la propia Dirección facultativa, desestimándose también la petición del contratista de abono de daños y perjuicios.

En estas circunstancias la Administración pretendió entonces la resolución con fundamento en que la modificación suponía una alteración sustancial del contrato, solicitándose el dictamen del Consejo sobre la correspondiente Propuesta de Resolución, formulada sin haberse efectuado antes trámite de audiencia al contratista pese a haberse alterado sustancialmente la cuestión con el cambio de causa resolutoria producido.

El Dictamen emitido consideró que, en efecto, el proyecto de obra adolecía de vicios de origen de tal magnitud que pudieran apoyar la resolución del contrato. Por lo demás, tanto la modificación propuesta para corregir tales vicios, como la eventual resolución subsiguiente obedecían a causas ajenas al contratista, en absoluto culpable de su incidencia y de la aplicación de la causa resolutoria pertinente.

2. Acordada la retroacción del procedimiento, se incorporó a las actuaciones la siguiente información documental:

- Informe del Ingeniero industrial y del Arquitecto insular, de 14 de marzo de 2012, conforme al cual el proyecto original y el modificado son diferentes, siendo imposible continuar los trabajos comenzados en 2006 porque la realidad física no se corresponde con la realidad proyectada.

- Informe del Ingeniero industrial, de 4 de abril, de 2012, precisando que la sustitución de unidades es del 52,37%, con lo que rectifica su valoración previa del 121%, aunque sigue siendo superior al límite del 30% del Texto Refundido para considerarla modificación esencial y, por ende, causa resolutoria del contrato.

- Escrito de alegaciones del contratista, de 8 de mayo de 2012, con apoyo en pericia técnica que se acompaña. Así y con esta base, estima que la modificación propuesta no es una alteración sustancial del proyecto inicial y que el porcentaje de afectación de las unidades de obra que han sufrido una sustitución es del 6,90% del precio del contrato primitivo, inferior al límite legal antes reseñado.

- Informe pericial de 21 de junio de 2012, emitido a instancia del Cabildo de Fuerteventura, apoyando la postura del Servicio actuante en este asunto y, por tanto, la existencia de la causa resolutoria aducida. En este sentido, expone argumentos al

respecto y para sostener que es erróneo el criterio de evaluación del concepto sustitución de unidades de obra usado en la pericia presentada por el contratista. Así, razona que ha de computarse a este fin únicamente el valor económico de las unidades que se quitan, sin minoración alguna al efecto. Además, para reforzar su opinión, el propio perito alega que intervino como asesor con ocasión de la modificación legislativa del precepto legal del que se trata.

- Escrito de la Unidad de Contratación, de 5 de julio de 2012, dando cuenta del procedimiento a seguir a partir de ese momento: audiencia de contratista, no realizada por cierto tras la aportación de la antedicha pericia y la emisión de un informe técnico adicional, y avalista, improcedente en este supuesto al no proponerse la incautación de la fianza; informe del Servicio Jurídico, obrando en las actuaciones el favorable del Secretario corporativo emitido de 11 de julio de 2012; y dictamen de este Consejo.

Formulada la Propuesta de Resolución finalmente el 16 de julio de 2012, se solicita el dictamen mediante escrito de 24 de julio de 2012, cuando el procedimiento caducaba el 19 de julio habida cuenta que el Acuerdo de reinicio se adoptó el 19 de abril de ese año. Sin embargo, reconociéndose tal posible efecto (arts. 42.3 y 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC), para evitarlo y a propuesta del instructor, el órgano de contratación acordó la suspensión del plazo para resolver y notificar en aplicación del art. 42.5.c de la citada Ley.

### III

1. Declarada la caducidad del procedimiento inicialmente tramitado, a consecuencia de no resolverse en plazo tras la emisión del Dictamen 545/2011, se acordó incoar nuevo procedimiento resolutorio por Decreto del Consejero Delegado en la fecha antes indicada.

Por eso, también ahora se ha producido en principio la caducidad del mismo, de acuerdo con lo previsto en los preceptos de la LRJAP-PAC mencionados por la Administración (arts. 42.3 y 44.2), aunque, como se dijo, la Administración pretende impedir el vencimiento del plazo para resolver y notificar acordando su suspensión con fundamento en el art. 42.5.c) LRJAP-PAC, por el tiempo que media entre la solicitud de Dictamen y su recepción por el Cabildo Insular actuante.

2. Sin embargo, esta pretensión no es acogible a la vista de la reiterada Doctrina que viene manteniendo este Organismo al respecto (cfr. Dictámenes 217/2009,

236/2009, 307/2009, 254/2010, 229/2011, 74/2012 o 232/2012, entre otros), razonándose que el precepto mencionado no es de aplicación en relación con el Dictamen del Consejo Consultivo, especialmente en casos de procedimientos, como el presente, en los que el vencimiento del plazo resolutorio genera su caducidad.

Además, de ser considerado aplicable el art. 44.2 LRJAP-PAC al caso, de acuerdo con constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) al respecto, aún cuando pueda sostenerse lo contrario por las razones expresadas por este mismo Organismo o el propio Consejo de Estado, dicho precepto dispone que sólo puede interrumpirse tal plazo cuando el procedimiento se paralice por causa imputable al interesado.

3. Por eso, el Dictamen se emite culminado el procedimiento, sobre todo su instrucción, y su objeto es la Propuesta de Resolución que formule definitivamente el instructor, emitidos todos los informes de cualquier tipo que deban evacuarse en su tramitación, siendo su exclusivo fin, sin tener efecto vinculante más que en supuestos específicos y con efecto propiamente obstativo, determinar la adecuación jurídica de la PR redactada inmediatamente antes de resolver, con fundamento en argumentos estrictamente técnico-jurídicos.

4. Lo que se expone a los efectos oportunos, sin desconocerse que existen opiniones diferentes al respecto, plasmadas en Dictámenes de otros Organismos consultivos o Sentencia de Tribunales, incluido el TS, según las cuales, considerándose equivalente a este fin Informe administrativo y Dictamen consultivo, es admisible la suspensión con motivo de solicitarse éste, en aplicación del reiterado art. 42.5.c) LRJAP-PAC.

Razón por la que, pese a que a juicio de este Organismo ha de considerarse caducado el procedimiento, se efectúa, no obstante, pronunciamiento sobre el fondo del asunto, si bien que necesariamente limitado a causa de los defectos procedimentales que se señalan a continuación. Es más, se advierte que la subsanación de los mismos en orden a sus correspondientes efectos sobre la validez de la resolución ha de generar, inexorablemente, la caducidad procedimental al no permitir que se resuelva y notifique en plazo, incluso admitiendo la procedencia de la suspensión acordada; máxime cuando ha de formularse nueva Propuesta de Resolución y solicitarse Dictamen sobre ella (art. 109 RGLCA).

## IV

Tal y como se apuntó, se aprecian en la tramitación del procedimiento los vicios que a continuación se exponen, capaces de los efectos antedichos o comportar la caducidad del procedimiento en su defecto.

1. El contratista ha aportado pericia en apoyo de su pretensión de que no procede la resolución del contrato, en la línea indicada, sin existir alteración sustancial del contrato en su opinión. La Administración pretende contradecirla con arreglo a otra pericia de contrario, en la que se basa la Propuesta de Resolución, solicitada posteriormente, como es obvio. Sin embargo, tal pericia no ha sido puesta en conocimiento del contratista, sin haberse acordado nuevo trámite de audiencia.

Esta omisión supone incumplir formalmente la garantía al interesado que, en aplicación del principio de contradicción, en su defensa está prevista en el art. 84 LRJAP-PAC, particularmente a la vista de su apartado 4. Vulneración que también implica incumplimiento de los fines de la instrucción y que, además, comporta indefensión material del interesado, pues se aducen en la pericia de referencia hechos y argumentos que desconoce el contratista y que, a mayor abundamiento y según se dijo, son fundamento esencial para apoyar la resolución del contrato.

2. Aparte de la cuestión central del procedimiento resolutorio, el contratista planteó otra incidental sobre la que discrepan las partes, cual es el alcance de los denominados "costes indirectos".

En este punto, el Dictamen emitido observó la pertinencia de que la Dirección facultativa emitiera informe, a lo que no se ha procedido. Sin embargo, la cuestión es relevante porque tales costes, que niega la Administración, fundamentan la petición del contratista de indemnización de daños y perjuicios por la dilación en la ejecución del contrato por el motivo ya expuesto, pues genera dichos costes, que no tiene el contratista la obligación de soportar.

Por eso, teniéndose en cuenta lo previsto en el art. 112.2 TRLCAP, la desestimación de la solicitud indemnizatoria ha de estar debidamente justificada en este supuesto, no estándolo de nuevo por la causa indicada.

## V

1. En cuanto al fondo del asunto, ha de recordarse que no se discute el hecho de que el proyecto de obras, como elemento previo y esencial de la contratación de que

se trata, tiene reconocidos defectos técnicos e imprevisiones fácticas que hacían inviable la ejecución de la que sería su objeto tal como se formuló.

Debido a tales deficiencias, se propuso un primer modificado, cuyo costo ascendía al 19.92% del precio del contrato. No obstante, la propuesta de la Dirección facultativa, aceptada condicionadamente por el contratista, se informó negativamente al comportar una solución técnica para la obra esencialmente distinta a la aprobada inicialmente, asumida contractualmente, y por suponer una sustitución de unidades de obra valorada en el 121% del precio del contrato.

En consecuencia y aun cuando se reconoce que la obra está parcialmente ejecutada, se decide no continuar la ejecución, sin aprobarse el modificado propuesto, proponiéndose la resolución del contrato por alteración sustancial del proyecto inicial.

2. Pues bien, cabe asumir a la luz de los informes técnicos obrantes en el expediente que el modificado era pertinente por las graves y diversas deficiencias del proyecto. Y que, por ello, su aprobación plasmaría un proyecto diferente, sustancial y esencialmente, pudiendo proceder la resolución del contrato por este motivo, especialmente cuando a mayor abundamiento se requiere la sustitución masiva de unidades de obra. Pero en tal caso es patente que la causa de resolución no es imputable al contratista, ni tampoco puede hacérsele soportar los daños que se le ocasionen por la resolución o por la incidencia de la circunstancia que la justifica.

Desde luego, son causa de resolución del contrato las modificaciones que, *per se* o junto con otras, supongan la alteración del precio en cuantía superior al 20% del precio original, o bien que representen la alteración sustancial del proyecto inicial según determina la propia legislación [arts. 149.e) y 150.2].

En este caso, la cuantía del modificado propuesto era del 19.92% del precio, insuficiente como causa resolutoria, pero sería aplicable como tal la alteración sustancial del proyecto según lo argumentado por la Administración: modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial o la sustitución de unidades de obra que afecta a más del 30% del precio primitivo del contrato.

Pero esto es precisamente lo que cuestiona el contratista, apoyando ambas partes sus opiniones contradictorias en argumentos técnicos, el contratista mediante pericia y la Administración en informes del Servicio y en otra pericia.

3. Es prerrogativa de la Administración interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, así como modificarlos por razones de interés público y acordar su resolución (art. 59.1 TR-LCAP). Y puede ocurrir que, en la ejecución de un contrato, las partes difieran sobre las circunstancias de aquélla o la intervención y aplicación del correspondiente Clausulado, afectando a su cumplimiento. En esta tesitura, ha de decidir la Administración, sin perjuicio de que su pretensión sea objeto del pronunciamiento de un Organismo consultivo, cuando proceda, como es el caso, o pueda ser recurrida por el contratista la decisión adoptada ante los Tribunales.

En este sentido, la actuación administrativa ha de estar motivada, recogiendo la causa de la resolución y los argumentos para fundarla. Además, han de contestarse razonadamente todas las cuestiones planteadas al efecto por los interesados, aquí el contratista.

4. Según el art. 112.2 TRLCAP, salvo en el caso de declaración de insolvencia, que genera la resolución automática del contrato, ésta será potestativa para la parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de que, en los supuestos de modificaciones en más del 20% del precio del contrato [arts. 149.e) 192.c) y 214.c) del Texto Refundido], la Administración pueda también instar la resolución.

Por tanto, tratándose de modificaciones, la Ley atribuye a la Administración la iniciativa para ejercer la potestad resolutoria en el concreto supuesto citado, pero esta circunstancia no se produce en este caso. Y en el precepto no se menciona expresamente a este fin el supuesto de que la modificación suponga alteración sustancial del proyecto, que aquí alega la Administración.

Por eso, dada la literalidad del precepto y habiendo bastado para incluir el segundo supuesto con una referencia a las modificaciones del art. 149.e) en general, pero no haciéndose esto deliberadamente, excluyéndolo, ha de concluirse que la instancia para resolver, como parte a la que no es imputable la causa de resolución, ha de entenderse que corresponde aquí al contratista.

Y ello, de acuerdo por lo demás con la interpretación hecha por el propio Servicio de los supuestos en los que ha de entenderse producida la alteración sustancial del proyecto, tanto respecto a éste en sí mismo, como a la afectación del precio por la sustitución de unidades de obra.



5. Por último, por los motivos conocidos se ha producido el desistimiento de la Administración de la ejecución de la obra contratada; solución lógica que, por cierto, se ajusta a las previsiones de la nueva ordenación de la modificación y resolución de los contratos, en particular de obras, establecida en la LCSP y en su ulterior Texto Refundido, suprimiéndose concretamente la causa de resolución aquí utilizada (arts.223.g y 237.c).

## CONCLUSIONES

1. El procedimiento tramitado ha caducado el 19 de julio de 2012.
2. Existe vicio procedimental invalidante por la irregular realización del trámite de vista y audiencia; defecto cuya subsanación, con cumplimiento de dicho trámite y la formulación de nueva Propuesta de Resolución, producirá la caducidad del presente procedimiento.
3. No se cumple la exigencia de contestación razonada a la solicitud de indemnización del contratista, no habiéndose emitido el precedente informe de la Dirección facultativa exigido por este Organismo al efecto.
4. En el supuesto, a discernir, de que exista alteración sustancial del proyecto en cualquiera de los supuestos legalmente definidos al respecto, o en ambos, esta causa se produce, de acuerdo con la documentación obrante en el expediente, por vicios del proyecto inicial, sin culpa del contratista, al que le corresponde instar la resolución y, en su caso, indemnización.