



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 1 6 / 2 0 1 2

(Sección 1ª)

La Laguna, a 31 de octubre de 2012.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de obras del "Centro de Salud y Unidad de Salud Mental La Laguna-Mercedes" (EXP. 489/2012 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 1 de octubre de 2012, la Consejera de Sanidad solicita dictamen por el procedimiento ordinario -al amparo de los arts. 11.1.D.c), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias- en relación con la Propuesta de Resolución por la que se pretende la resolución del contrato de obras de construcción de un Centro de Salud y Unidad de Salud Mental, en La Laguna, por causa imputable al contratista, aduciéndose al efecto la paralización de dichas obras, que han quedado en situación de abandono, y consiguiente incumplimiento del plazo de ejecución de las mismas [arts. 194 y 195 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LCSP, y 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP)].

La Propuesta de Resolución también declara la incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista para responder del cumplimiento del referido contrato y ordena la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista.

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

II

1. Por Orden de la Consejera de Sanidad, de 12 de noviembre de 2007, se inicia expediente de contratación para la ejecución de las obras del referido Centro de Salud, por un importe de 5.543.084,75 euros, distribuido por anualidades de la siguiente forma: año 2007: 55.430 euros (1 % interés cultural); año 2008: 1.019.633,00 euros; año 2009: 2.643.022,00 euros; año 2010: 1.142.928,00 euros; año 2011: 737.501,75 euros; y año 2012: 554.308,48 euros.

En sesión celebrada el 19 de febrero de 2008 el Gobierno de Canarias acuerda autorizar el gasto por un importe total de 6.097.393,23 euros.

Por Orden de 25 de abril de 2008 se aprueban los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, así como el gasto del contrato por un importe de 5.543.084,75 euros.

Por Orden de 3 de octubre de 2008 se adjudica provisionalmente el contrato de las obras a la empresa B.C.S.A. (el contratista), por un importe de 4.711.622,03 euros.

Y por Orden de 22 de octubre de 2008 el contrato se adjudica definitivamente, siendo firmado el 27 de octubre de 2008 por el importe de adjudicación y un plazo de ejecución de 40 meses a partir del día siguiente de la firma del acta de replanteo, que tiene lugar el 20 de noviembre de 2008, autorizándose el inicio de las obras.

2. El 14 de octubre de 2010 el Servicio de Infraestructura de la Consejería informa que la obra esta al "60% de su ejecución total; que sólo se realizan trabajos de "mantenimiento"; y que el contrato es "imposible de ejecutar" al ritmo actual de la obra.

El 15 de octubre de 2010 el Director de la obra, a petición de la Oficina Técnica, informa que la obra ejecutada es del 60,08%; que la obra está "prácticamente inactiva"; y que la productividad tiene en julio nivel 0.

El 3 de noviembre de 2010 el Servicio de Infraestructuras reitera que es imposible concluir las obras en la fecha prevista en el contrato.

El 15 de diciembre de 2010 se dicta Orden de inicio del procedimiento de resolución del contrato, notificándose al contratista, que realiza alegaciones mediante escrito de 23 de diciembre de 2010. Tal procedimiento, no obstante, caduca por transcurrir el plazo máximo previsto para resolver y notificar, tres meses en este caso (art. 49.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC), en el entendimiento al respecto mantenido por el Tribunal Supremo (TS).

El 15 de noviembre de 2011 la Oficina Técnica informa que “desde diciembre de 2010 no se ha emitido certificación alguna” y que “no se aprecia actividad de ningún tipo en la obra que, aparentemente, se encuentra abandonada”. Por eso, no puede ser concluida en plazo, máxime habiendo sido declarado el contratista incurso en concurso de acreedores.

El 21 de noviembre de 2011 se dicta Orden de inicio de nuevo procedimiento resolutorio, notificándose al avalista y al contratista el 24 de noviembre de 2011.

El 5 de diciembre de 2011 se recibe escrito del contratista de oposición a la resolución, alegando que ha sido ejecutada conforme al proyecto y según órdenes e instrucciones de la Dirección facultativa, por lo que no ha habido incumplimiento contractual. Además, mantiene que es la propiedad quien ha incumplido el contrato porque adeuda el pago de certificaciones por importe de 21.033,04 euros, debiendo indemnizarle por los daños derivados de la paralización de la obra, acordada por la Administración como medida de seguridad para la colocación de una línea subterránea de media tensión, desde el 9 junio hasta el 15 de septiembre de 2009, evaluándose tales daños en 277.095,88 euros. En esta línea, la propia Administración debió tener en cuenta el tiempo en que la obra estuvo paralizada (98 días) por orden de la Dirección Facultativa en orden a compensarlo con una ampliación del plazo de ejecución. En todo caso, puede finalizarse la obra en el plazo estipulado, considerando que vence el 20 de marzo de 2012.

El 9 de diciembre de 2011 se reciben las alegaciones del avalista, quien considera que no se acredita incumplimiento culpable que motive la incautación de la garantía, ni la resolución del contrato y la procedencia de la comprobación, medición y liquidación del mismo. Además, solicita la remisión de documentación, con suspensión del trámite de audiencia, para poder formular nuevas alegaciones a su vista, siéndole remitida la documentación solicitada.

El 1 de febrero de 2012 se formula Propuesta de Resolución, recabándose el 15 de febrero de 2012 preceptivo dictamen del Consejo Consultivo, aunque el procedimiento caducaba el 21 de febrero de 2012.

Por otro lado, efectuado el trámite de audiencia, el 14 de febrero de 2012 la Oficina Técnica informó que la obra estaba casi abandonada y sin vigilancia, con

peligro de robo, sin ejecutarse desde diciembre de 2010 obra alguna y terminando el plazo de ejecución en marzo de 2012; lo que se comunica al contratista mediante escrito de 22 de mayo de 2012, con recordatorio de su deber de mantenimiento y sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar.

3. El 21 de marzo de 2012 el Consejo Consultivo emite su Dictamen 144/2012, que no entra en el fondo del asunto, concluyendo con la procedencia de la retroacción de actuaciones en cuanto que se ha de trasladar a los interesados la información producida tras el trámite de audiencia.

Además, aparte de constatarse que el contratista está incurso en concurso de acreedores, ha de tenerse en cuenta que no cabe resolver por supuestos incumplimientos de plazos parciales, que no constan, y que la suspensión de la obra sin culpa del contratista supone que debe concederse a éste prórroga del plazo de ejecución por ese tiempo.

En todo caso, el procedimiento resolutorio ha caducado en la fecha antes señalada, al no resolverse y notificarse dentro del plazo de tres meses desde el inicio.

4. Por Orden de 31 de mayo de 2012 se inicia nuevo procedimiento de resolución contractual, que se notifica al contratista y aseguradora, trasladándoseles los informes de los que no habían tenido conocimiento.

Mediante escrito de 15 de junio de 2012 el contratista alega incumplimiento contractual previo de la Administración, relativo al impago de certificaciones, reiterando que la obra se paralizó por orden de la Dirección Facultativa; circunstancia que le produjo daños y perjuicios y que, además, justifica la concesión de prórroga en la ejecución del contrato, a la que no renuncia.

Volviendo a incurrir en similar defecto que en el procedimiento caducado en el que intervino este Organismo, la Oficina Técnica informa el 26 de junio de 2012 del abandono de la obra y la realización de actos vandálicos; hecho que se comunicó al contratista el 16 de agosto de 2012.

Por Orden de 7 de agosto de 2012 acuerda suspender el procedimiento hasta la emisión del informe del Servicio Jurídico, que se produce el 20 de septiembre, levantándose la suspensión por Orden de 28 de septiembre de 2012. Con esta misma fecha, se suspende el procedimiento hasta el momento de la emisión del dictamen por el Consejo Consultivo, solicitado por escrito de 1 de octubre de 2012, con entrada en este Organismo el día 8 siguiente.

III

El contrato a resolver comenzó a ejecutarse, comenzándose los trabajos para realizar la obra contratada, hasta emitirse un total de veintiséis certificaciones, desde el 1 de noviembre de 2008 hasta el 26 de diciembre de 2010, con un importe total de 2.874.529 euros, sin constar ninguna otra a partir de la última fecha señalada.

Al respecto se recuerda la emisión de varios informes que señalan la situación de abandono de las obras con posterioridad, habiéndose alcanzado el 60% de ejecución, aunque, por la circunstancia antedicha, no se podrá cumplir el plazo de terminación, que vence el 20 de marzo de 2012.

Al efecto se realizan las siguientes observaciones:

1. El procedimiento se ha iniciado por Orden de 31 de mayo de 2012, por lo que caducaría el 31 de agosto de 2012. Sin embargo, por Orden de 7 de agosto de 2012 se suspendió el plazo para resolver y notificar, tras recabarse informe del Servicio Jurídico, hasta su emisión, reanudándose el cómputo al producirse su recepción.

Además, el 28 de septiembre se vuelve a acordar la suspensión al solicitarse Dictamen, hasta que éste sea recibido. Sin embargo, esta suspensión es inaceptable por las razones reiteradamente expuestas por este Organismo, que están publicadas, y a las que ahora nos remitimos, siendo la Administración autonómica concedora de las mismas en todo caso.

Y tampoco cabe considerar, en orden a no computar el mes de agosto a los fines de caducidad, el Acuerdo del Pleno de este Organismo de considerar tal efecto al ser dicho mes inhábil para su funcionamiento, pues la solicitud de Dictamen se produce en octubre.

2. Cabe alegar, en principio, la procedencia de resolución contractual por incumplimiento del plazo de ejecución, al contrario que en el procedimiento previo en el que se aducía incumplimiento de unos supuestos plazos parciales que no se acreditaban, aun existiendo un plan de obras.

Es más, no cabía mantener el 15 de octubre de 2011 que el plazo tenía inminente vencimiento cuando terminaba el 20 de marzo de 2012, cinco meses más tarde, y todavía más tarde de haberse ampliado, como se solicitó, sin concederse, por el mismo tiempo en que la obra estuvo suspendida, unos tres meses.

No se desconoce que la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados cuando no sea posible su modificación [art. 206.g) LCSP] es causa de resolución contractual. Pero, aun admitiendo tal imposibilidad en teoría, se podría aducir que procedía modificar, al menos para prorrogar el plazo de ejecución.

Además, valorándose con suficiente antelación por la Administración el casi seguro incumplimiento, seguramente hubiese procedido aplicar la cláusula de penalización contenida en el Pliego durante lo que restaba de ejecución.

En todo caso, lo cierto es que el argumento de incumplimiento del plazo se funda en los referidos y reiterados informes emitidos que señalaban la paralización efectiva de la obra, corroborada por la ausencia de certificaciones, así como su efectivo abandono, produciéndose incluso actos vandálicos en la obra.

3. Sin embargo, la Administración ignora el hecho contrastado, en un primer momento y también ahora, de que la ejecución se paralizó por orden de su Dirección facultativa. Así, figura en el libro de órdenes que el 15 de septiembre de 2009, concluido el desvío de la red de media tensión, se retoman los trabajos de estructura, acreditándose la pertinencia de la alegación del contratista al respecto, estando suspendida la obra entre el 9 junio de 2009 y el 15 de septiembre de 2009. En este sentido, el libro de órdenes recoge que en la primera fecha citada no se permitió el montaje del forjado, debiéndose antes terminar la losa de cimentación, y sin realizarse el segundo hasta acabar el primero totalmente.

En este orden de cosas y como se observó en el Dictamen 144/2012, si la demora en la ejecución se produce por causa no imputable al contratista y éste ofrece cumplir sus compromisos, como aquí parece que ocurrió en su momento, la Administración concederá al respecto un plazo igual, al menos, al tiempo perdido (art. 197.2 LCSP). Sin embargo, no se procedió de esta manera, sin siquiera aceptarse la solicitud de suspensión formal interesada por el contratista en junio de 2009, al aducirse que la causa de la paralización tenía inminente fin; lo que, sin duda, es incierto al constar que se ordenó la reanudación de las obras tres meses después, en los términos ya reseñados.

Por otro lado, coherentemente con lo actuado, pese a su improcedencia, la Administración no reconoce haber causado al contratista daños y perjuicios por la suspensión de tres meses de los trabajos en ejecución de la obra, realizándose otros en su lugar (los relativos al desvío de la red), no contestándose siquiera la solicitud de compensación por parte del contratista. Al respecto no puede admitirse la observación del Servicio Jurídico en el sentido de que debiera omitirse en la

Propuesta de Resolución toda referencia a estas circunstancias, pues la obra nunca se paralizó. Y es que no sólo hay constancia de los escritos y solicitudes del contratista sobre estos hechos, sino que existen datos suficientes para considerar que la obra contratada se suspendió, comenzando la detención en junio y terminando en septiembre, y por el motivo reconocido en el libro de órdenes.

4. No obstante, el impago alegado de certificaciones al contratista no puede justificar que éste incumpla sus obligaciones contractuales, sin ser en cualquier caso procedente la alegación de que es aplicable al efecto la legislación civil en este asunto, pues lo es, obvia y exclusivamente, la administrativa sobre contratos de la Administración, la cual prohíbe al contratista de sus compromisos por supuesto incumplimiento de la Administración, particularmente en el abono de certificaciones a cuenta.

Aparte de que una de las certificaciones reclamadas (la nº 26), fue abonada a la entidad endosataria de la contratista el 4 de junio de 2012, así como que fueron abonadas las certificaciones 22 a 25, de escasa cuantía, el 31 de mayo de 2011, aunque el contratista reclama también el abono de la certificación nº 4, por importe de 57.147, 95 euros, al restar una pequeña cantidad de la misma.

Cabe considerar que la situación de insolvencia del contratista y los embargos trabados contra él hayan retrasado tanto la ejecución de la obra como, en consecuencia, la gestión administrativa, pero en cualquier caso el contratista no pueda alegar impagos debidos por obra ejecutada para oponerse a la resolución, habiendo de plantear la cuestión tras ejecutarse la obra y liquidar el contrato.

Precisamente, el 8 de febrero de 2011 se dictó Auto judicial por el que se declara al contratista en situación de concurso necesario de acreedores, que, como se sabe, es causa de resolución del contrato (art. 207.2 y 5 LCSP), desconociéndose el momento en que se conoció ese hecho, o bien, la fase en la que se encuentra el concurso, advirtiéndose que la Ley contempla posibles efectos distintos según se haya abierto o no la fase de liquidación (art. 207.2 y 5 LCSP), aunque es probable que, en el presente, se esté en esta última fase.

El Servicio Jurídico indica la posibilidad de resolver el contrato por esta causa, pero es improcedente tal alternativa. Así, siendo los efectos de la resolución diferentes legalmente según cual sea la causa que la motiva, es obligado que se funde, necesariamente, en la primera de las causas surgidas en el tiempo, aquí el

abandono de la obra y el subsiguiente incumplimiento del plazo de ejecución, con la problemática que conlleva ya explicitada.

Por lo demás y de pretenderse resolver por causa del concurso en trámite, habría que dar trámite de vista y audiencia, en el contexto del procedimiento resolutorio, y como interesados, a los administradores concursales o la administración concursal; trámite no efectuado.

5. En definitiva, consta que, por una u otra razón y de alguna manera, el contratista improcedentemente ha detenido o ralentizado la ejecución de la obra tras haberse ejecutado un 60% de la misma.

Por eso, el día de la fecha y se hubiere o no prorrogado el plazo de ejecución, este estaría vencido, no pudiéndose terminar la obra en el tiempo convenido y, por tanto, incumpliendo el contratista esta obligación esencial, contribuyendo a todo ello, y confirmando ese incumplimiento el dato de que la obra esté en situación comprobada de abandono, no haciendo creíble la disposición, o aun la posibilidad, de terminarla por el contratista máxime en su presente situación.

La Administración, sin embargo, también está sometida a los principios de buena fe y lealtad en el cumplimiento de sus deberes, así como debe cumplir los preceptos legales aplicables al caso, permitiendo, en su caso, la continuación de las obras y, eventualmente, su terminación, habiéndose realizado más de la mitad de las mismas; lo que debe, cuando menos, tener respuesta en la Propuesta de Resolución, y con los efectos que procedieran tanto en relación con la determinación de incumplimiento culpable del contratista, como, en todo caso, la de daños y perjuicios que la resolución causare al interés general.

C O N C L U S I O N E S

1. Procede la resolución del contrato, pero en las condiciones y en los términos expuestos.
2. En todo caso, el procedimiento de resolución caducará el 2 de noviembre de 2012.
3. Deben verificarse las certificaciones abonadas y las que estén pendientes en su caso a los efectos de la liquidación del contrato.