



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 27 de junio de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 10 de junio de 2013, por el que se resuelve el contrato de ejecución de las obras relativas al proyecto denominado "Parque Las Mesas T.M. Santa Cruz de Tenerife", adjudicado a la U.T.E. formada por las empresas T.O.P., S.L. - C.R.M.V., S.L. (...) (EXP. 252/2013 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito con fecha entrada en este Consejo el 12 de junio de 2013, el Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife solicita Dictamen preceptivo por el procedimiento ordinario, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el Acuerdo de fecha 10 de junio de 2013 por el que se procede a la resolución del contrato de ejecución de las obras comprendidas en el proyecto denominado "Parque Las Mesas", adjudicada en su día a la U.T.E formada por las empresas T.O.P., S.L. - C.R.M.V., S.L.

2. Los antecedentes del presente asunto son, resumidamente, los siguientes:

A) Mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 25 de febrero de 2009 se adjudicó definitivamente el contrato para la ejecución de las obras incluidas en el proyecto "Parque Las Mesas" a la U.T.E. formada por las empresas indicadas con anterioridad, por un importe total de 3.810.157.60 euros, con un tipo de 0% IGIC, lo que significó una baja respecto del presupuesto de licitación de 1.216.430.60 euros,

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

y un plazo de ejecución de 26 meses, a contar desde el día siguiente al de la autorización para su inicio en el acta de comprobación de replanteo.

B) Tras la aprobación del Plan de Seguridad y Salud, se levantó la correspondiente acta de comprobación de replanteo con fecha 6 de abril de 2009, en el que se consideró viable el citado proyecto y se autorizó el inicio de las obras, por lo que el plazo de ejecución éstas finalizarían el 7 de junio de 2011.

C) Debido a diversas circunstancias que influyeron en el normal desarrollo de los trabajos, en virtud de los Acuerdos del Consejo de Gobierno insular de 1 de marzo de 2010, 13 de septiembre de 2010, 10 de octubre de 2011 y, por último, de fecha 16 de julio de 2012, tuvieron lugar sucesivas ampliaciones del plazo de ejecución de las referidas obras, así como el reajuste de las anualidades de los gastos, teniendo como plazo previsto para la finalización de las obras el 30 de noviembre de 2013.

D) Posteriormente, mediante Acuerdo de fecha 14 de mayo de 2012 se aprobó la modificación del contrato de ejecución de las obras de referencia, consistente en la aprobación de 97 precios contradictorios; dicha modificación contó con la conformidad de la empresa contratista.

E) Con fecha 7 de febrero de 2013, la empresa contratista presentó escrito en el que solicita que se inicie expediente de resolución de contrato por incumplimiento de la Administración, debiendo acordar la correspondiente indemnización por los daños causados y sin que la misma suponga renuncia alguna a su derecho a reclamar por el desarrollo de las partidas y conceptos que corresponda. Asimismo, solicita que, mientras se tramite el expediente de resolución contractual y se determinen las pertinentes indemnizaciones, se proceda a la suspensión del contrato para no incrementar la reclamación económica.

F) El 26 de febrero de 2013, la Dirección Facultativa de las obras emitió informe en relación con la solicitud anterior en el que, entre otras cosas, se señala que "por la Dirección Facultativa ya se ha informado en reiteradas ocasiones del estado de ejecución de las obras (último informe de fecha 15 de febrero de 2013), de la falta de actividad de la contrata U.T.E. desde agosto de 2012, y además se informaba del grave problema existente en cuanto recursos humanos: personal insuficiente (una media de tres operarios), y del incumplimiento de las órdenes dadas por la Dirección Facultativa (...)" .

G) Con fecha 28 de febrero de 2013, el Servicio Técnico de Planes Insulares emitió informe relativo a la solicitud de resolución de contrato planteada por la

U.T.E., en el que se propone iniciar expediente de resolución del contrato e impulsar la ejecución de las obras mínimas necesarias para restaurar el uso público del Parque aún en forma parcial, todo ello en el menor tiempo posible y de conformidad con los recursos económicos disponibles.

H) Mediante Acuerdo de fecha 11 de marzo de 2013, el Consejo de Gobierno desestimó la solicitud presentada por la U.T.E. y, simultáneamente, dispuso, entre otras cosas, la incoación de oficio de procedimiento de resolución del contrato por "incumplimiento grave del contratista". Notificado dicho Acuerdo a la empresa contratista y el avalista presentaron escritos de alegaciones; y a la vista de las alegaciones formuladas, tanto la Dirección Facultativa de las obras como el Servicio Técnico de Planes Insulares emitieron a su vez nuevos informes en los que se resaltan una serie de incumplimientos por parte de la U.T.E.

I) La Corporación Insular, teniendo en cuenta el contenido de los informes emitidos por la Dirección Facultativa y por el Servicio Técnico de Planes Insulares, acordó rechazar la incoación de expediente de resolución del contrato "por causas imputadas a esta Administración" y, tras el análisis de la legislación aplicable a la materia, dado que la empresa contratista se opone a la resolución por incumplimiento culpable de la misma, solicita el preceptivo Dictamen de este Consejo.

II

1. Como acaba de exponerse, tras la adjudicación del contrato, su ejecución se ha visto alterada por múltiples incidencias referentes a alegados incumplimientos por ambas partes de sus respectivas obligaciones.

La ejecución del contrato, en efecto, no ha sido pacífica. En primer lugar, consta su afectación a una propiedad privada, firmándose el acta de comprobación de replanteo con tal objeción; luego, el contratista presentó un proyecto modificado el 22 de diciembre de 2010, aprobándose el 14 de mayo de 2012 (97 precios contradictorios); en mayo de 2011 y cuando la obra acumulaba un retraso de casi un año, se ordenó su suspensión en una zona para avanzar en las restantes; el 10 de julio de 2012 y con ocasión de un expediente de fijación de precios contradictorios, se ordenó la paralización; en enero de 2013, en temporada de lluvias y por causa de éstas, se ordenó la impermeabilización del centro de visitantes, aduciendo la contrata que no era posible porque, pese a solicitarlo, no había sido retirada una

línea de alta tensión. Por otro lado y como justificación fáctica de la resolución contractual propuesta, la Administración alega numerosas paralizaciones de la obra por parte del contratista, quien ha cuestionado la reprogramación de la obra y manifestado reiteradamente que el proyecto es deficiente.

En este sentido, consta que el contratista ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el reajuste de anualidades en noviembre de 2012, habiendo pasado la fecha de ejecución del 25 de abril 2011 al 30 de noviembre de 2013; contra la aprobación del proyecto el 27 de diciembre de 2011, por sus carencias y contradicciones; y contra la desestimación presunta de su petición de resolución contractual en marzo de 2013.

2. Así, mediante escrito de 7 de febrero de 2013 el contratista instó la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración, con petición de indemnización y subsiguiente liquidación. Al respecto hace referencia a las múltiples incidencias en la ejecución de la obra que suponen que la Administración ha incumplido reiterada y gravemente las condiciones contractuales. Sin embargo, el Cabildo se limita a inadmitir esta solicitud, aun cuando quepa advertir que, si la Administración consideraba que aquella presentaba carencias, debió aplicar ante todo el art. 71 LRJAP-PAC, a los efectos oportunos.

Por el contrario y pese a conocer la voluntad del contratista, y previamente su opinión sobre el contrato y su ejecución, decidió incoar en el mismo acto procedimiento resolutorio de oficio con base en el incumplimiento culpable de la contrata: inactividad, insuficiencia de personal y desobediencia a la dirección facultativa. En esta línea, aduce que la oficina técnica ya había propuesto antes esta solución por las continuas dificultades del contratista para hacer frente a la normal ejecución de las obras.

III

1. Dadas las circunstancias descritas, cabría presumir que las dos partes del contrato pudieron tener motivos para resolverlo, pero lo cierto es que, hasta las actuaciones expresadas anteriormente al respecto, ninguna lo hizo. Ni tampoco la Administración aplicó siquiera las cláusulas penales para forzar al contratista, supuestamente renuente, al cumplimiento de sus obligaciones. En esta tesitura, contradice el principio de buena fe alegar ahora estos incidentes, sin constar intención alguna anteriormente de no continuar con la ejecución del contrato;

máxime para justificar el inicio de la resolución contractual, salvo que tales motivos sigan estando presentes.

En particular, es determinante advertir que el contratista siempre ha alegado que no ha podido cumplir debidamente a consecuencia de los defectos del proyecto, de tal calibre que considera no debió ser aprobado ni licitado; razón por la que lo recurrió en vía contencioso-administrativa, sin que, por lo demás, se incoara incidente contradictorio sobre la cuestión y, por ende, sobre la adecuada ejecución de la obra y, en fin, del contrato.

En este orden de cosas, la Administración, pues, no ha procedido de acuerdo con las circunstancias, pese a admitir ella misma sus consecuencias, sin haber ejercido pertinentemente sus facultades de supervisión y control, hasta el punto, al menos, de que la resolución del contrato, si procediere, no lo sería por culpa del contratista exclusivamente, pudiendo concurrir culpa de ambas partes.

2. En todo caso, debemos recordar que la regla para determinar la causa resolutoria en caso de incidencia eventual de varias, según reiterada jurisprudencia y doctrina al respecto, es atender y resolver la primera en el tiempo o, en su caso, la que fuese formalmente planteada en primer lugar, tramitándose el correspondiente procedimiento.

Por eso, de hacerlo el contratista, no es ajustado a Derecho que la Administración abuse de sus facultades exorbitantes y, sin más, inadmita de plano y sin fundamento bastante la solicitud de resolución y, además y como aparente penalización, inicie de oficio procedimiento resolutorio.

La Administración puede iniciar, de considerarlo pertinente, la resolución, pero, sin no lo hace, no puede impedir que lo haga el contratista, legitimado al respecto (art. 207.1 LCSP); máxime dadas las circunstancias. Es más, podría contradecir en el procedimiento iniciado los argumentos del contratista y plantear, con realización de los trámites procedentes, la resolución por otras causas.

IV

1. Pues bien, el incumplimiento por la Administración de sus obligaciones contractuales solo produce la resolución contractual en los casos previstos en la ley (art. 207.7 LCSP), mientras que el contratista únicamente puede instar la resolución del contrato cuando la ley así lo disponga (arts. 206 y 220 LCSP en relación con su art. 207.1).

Una de las causas resolutorias que puede aducir el contratista es el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato (art. 206.g) LCSP) aunque esta causa debe ser aplicada en sus propios términos. Y también, según el art. 220.d) LCSP, los errores materiales que pueda contener el proyecto que afecten al presupuesto de la obra al menos en un 20%, constando que el contratista se ha quejado de vicios del proyecto hasta el punto de recurrirlo, aunque el recurso no consta en actuaciones.

Naturalmente, de existir tales circunstancias (defecto y cuantía), el contratista tendría derecho a que se resolviera el contrato y, según se ha indicado, cuando menos lo tiene a que se decida al efecto por el órgano de contratación en primer lugar, al plantearlo antes que la Administración y ser la causa resolutoria no sólo de origen, sino, al parecer, motivante de las incidencias posteriores en la ejecución.

Lo que no puede hacer la Administración es obviar la cuestión, desconociendo la solicitud resolutoria del contratista sin pronunciarse mediante el pertinente procedimiento y, en particular, con respeto a los principios de contradicción y motivación al respecto, optando por la mera inadmisión de plano. Y menos aún, con este precedente, responder de hecho con la propuesta de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, especialmente cuando aparentemente también hay incumplimiento propio.

2. Así, el incumplimiento del contratista que pueda servir de base para resolver ha de ser grave, sin bastar cualquiera (STS de 2 de abril de 1992), y sin ser irrelevante para determinar lo el actuar administrativo en la ejecución, incluyendo la tolerancia del comportamiento del contratista.

En este sentido, no procede la resolución cuando se acredita falta de diligencia de la Administración en velar por el cumplimiento del contrato (STSJ de Castilla y León, de 21 de noviembre de 2008); o, justamente, si los incumplimientos del contratista se deben a defectos del proyecto (STS 26 de septiembre de 1988), existen errores de cálculo en el proyecto (STSJ de Castilla y León, de 13 de abril de 2012), o fuese desproporcionada a la vista de las distintas vicisitudes acaecidas y, en particular, las correcciones del proyecto mismo (DCE 55186). Tampoco cuando la paralización de la obra se debe a la existencia de un transformador, no debiendo la Administración contratar la obra con este impedimento (STS 12 de febrero de 1988).

En este caso, se recuerda que el contratista aduce que el proyecto tiene carencias y deficiencias, la ejecución de la obra afecta a propiedad privada y existe una línea de alta tensión que obsta la continuación de los trabajos, aunque también

parece claro que ambas partes coinciden en que procede resolver y en que el motivo son los incumplimientos de la otra. En esta línea, se observa que la resolución puede producirse por mutuo acuerdo, con sus correspondientes efectos.

V

1. En consecuencia, no procede la tramitación de oficio de la resolución del contrato, ni, por ende, es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución formulada, debiéndose, por el contrario, tramitar y decidir sobre la solicitud de resolución presentada por el contratista, actuándose según se ha expuesto precedentemente. En este sentido, es clara tanto su voluntad resolutoria, como las causas alegadas al respecto, particularmente y como causa esencial, por inicial y determinante, los vicios del proyecto.

Desde luego, de no proceder la resolución instada por el contratista, al no ser acogibles las causas resolutorias aducidas al efecto, según expediente contradictorio y reflejo en la Propuesta de Resolución a formular, la Administración puede instar la resolución de oficio, con idéntica tramitación y formulación, produciendo finalmente la Propuesta de Resolución definitiva a ser dictaminada por este Organismo.

A este fin, ha de atender en todo caso a las observaciones expresadas en este Dictamen sobre el ejercicio, condiciones y límites de su facultad resolutoria, con las consecuencias que procedieren, incluida la alegada culpabilidad del contratista.

Concretamente, siendo pertinente la emisión de los informes técnicos apropiados al caso, pronunciándose sobre todas las cuestiones relativas a la resolución y sus causas aquí planteadas, debe advertirse que el contratista, en su escrito de alegaciones de 26 de marzo de 2013, ha interesado la abstención de los técnicos de la dirección facultativa por ser los responsables de la situación actual. Así, instó la resolución del contrato para la dirección de la obra suscrito con la Administración por los errores del proyecto, de modo que era inadecuada su aprobación primero y la licitación con esta base después.

Y también que, a instancia igualmente del contratista, se tramitan procesos contenciosos en este asunto con más que posible incidencia sobre la resolución contractual, incluida la desestimación presunta de su solicitud resolutoria.

2. Este Organismo es consciente de que, además sin su pronunciamiento sobre el fondo, el procedimiento contractual resolutorio podrá entenderse caducado coincidiendo con la emisión de este Dictamen, vista la fecha de inicio y a la luz de la

doctrina al respecto del Tribunal Supremo, por más que, razonadamente, no sea compartida por este Consejo Consultivo y otros Organismos consultivos al considerarla no conforme a Derecho, no siendo aplicable al caso el art. 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Por eso, a los efectos oportunos y en todo caso se advierte que se aprecian posibles deficiencias de relevancia en las actuaciones y en la propia formulación de la Propuesta de Resolución.

- Así, ante todo se observa que obran en el expediente informes administrativos, que han de considerarse de carácter instructor y que, desde luego, se utilizan en la Propuesta de Resolución para fundar su decisión, los cuales contestan diversas alegaciones del contratista y no han sido conocidos por el mismo. Por ello, pueden causarle indefensión, con vulneración del principio de contradicción, al producirse después del trámite de audiencia, que, por tanto, no se habría efectuado adecuadamente con tal efecto invalidante (informes de 17 de abril de 2013, sobre la incoación del procedimiento y 15 de mayo de 2013 sobre medición y liquidación de las obras).

En efecto, la audiencia del contratista, y de su avalista al proponerse la incautación de la fianza, han de cerrar la fase instructora, habiéndose emitido los informes pertinentes respecto al acuerdo de inicio del procedimiento, justificándolo y fundándolo, con conocimiento de los interesados, de uno y de otros, a los fines procedentes.

Por consiguiente, aun siendo indiscutible que la Propuesta de Resolución ha de responder razonadamente las cuestiones planteadas por aquéllos, decidiendo en su consecuencia motivadamente, no pueden introducirse, tras la audiencia, nuevos elementos de juicio, como hechos y argumentos o normativa aplicable, desconocidos por los interesados, pues ello generaría la consecuencia antes expresada, haciendo necesario para subsanar el vicio efectuar nueva audiencia a los interesados, tanto para formular debidamente la Propuesta de Resolución, como para controlar su adecuación jurídica, formal y material, por Organismos de control.

- Por otro lado, la Propuesta de Resolución ha de tener una formulación apropiada al hecho de que es la Resolución misma del procedimiento, aunque diferenciada como actuación al ser su proyecto y producirla, lógicamente, el Instructor. Por tanto, debe ajustarse en su contenido a lo previsto en el art. 89 LRJAP-PAC y, en orden a garantizar los principios de seguridad jurídica y eficacia, formularse de manera clara y precisa, con sus antecedentes, fundamentos y,

naturalmente, resuelvo. Lo que seguramente aquí no ocurre porque, más que una Propuesta de Resolución, se ha formulado un informe previo.

En este orden de cosas, justamente, en tal resuelvo no puede recogerse mención alguna a la remisión del expediente a este Organismo para ser dictaminado, ni advertir que en el acuerdo resolutorio ha de contenerse liquidación de las obras ejecutadas; observación por lo demás cuestionable no sólo porque tal exigencia no equivale a la previsión normativa de que cabe iniciar el procedimiento liquidatorio al tiempo de la resolución, sino porque, previéndose la incautación de la fianza y pudiendo ser exigible indemnización, la decisión al respecto conviene adoptarla cuando se decida esta última cuestión, siempre con carácter contradictorio y sin perjuicio de que el Servicio competente efectúe las mediciones y cálculos oportunos previamente.

Por el contrario, en el resuelvo ha de hacerse mención, necesariamente, la resolución del contrato, señalándose la concreta causa legalmente prevista al efecto que se entiende aplicable, sin que tal causa pueda ser la falta de capacidad o voluntad, factores en sí mismos diferentes a mayor abundamiento, de la empresa para continuar las obras, en cuanto mero juicio valorativo que no encaja en ninguna de esas causas y que, a lo sumo, justificaría la incidencia de alguna. Y, obvio es, la incautación de la fianza al ser culpable la conducta del contratista que funde la resolución del contrato.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada no es conforme a Derecho, debiéndose proceder en la forma prevista en el Fundamento V de este Dictamen.