



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 371/2013

(Sección 1ª)

La Laguna, a 29 de octubre de 2013.

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 administrativo de obra del Complejo Hospitalario Sur - Suroeste de Tenerife, adjudicado mediante Orden 223 del Consejo de Sanidad, de 17 de marzo de 2011, a la UTE F.C.C. - I.S.O.L.U.X. - C.O.R.S.A.N - S. - I.N.A.R.S.A. (EXP. 380/2013 CA)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, es la Propuesta de Orden Departamental por la que se acuerda la resolución del contrato de administrativo de obra para la construcción del complejo hospitalario Sur-Suroeste de Tenerife.

2. La contratista se ha opuesto a la resolución contractual. Esta oposición determina la preceptividad del Dictamen según los arts. 211.3, a) y 249.2, ambos de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (artículos 195 y 232 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, -LCSP-), en relación con el art. 11.1.D.d) de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias. De este último precepto y del art. 12.3 de la misma Ley resultan, respectivamente, la competencia del Consejo para emitir el Dictamen y la legitimación de la Excm. Sra. Consejera para solicitarlo.

3. El contrato se adjudicó el 14 de marzo de 2011. Esta fecha determina, por mor de la Disposición Transitoria I. 2 del TRLCSP que la legislación sustantiva por la

---

\* **PONENTE:** Sr. Brito González.

que se rige el contrato sea la vigente en dicha fecha y que está constituida por la LCSP con las modificaciones que en ella operó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), porque esta última Ley se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 5 de marzo de 2011, por lo que, en virtud de su DF LXII, entró en vigor al día siguiente.

La Disposición Transitoria VII LES dispuso que:

*“Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.*

En consecuencia, los contratos administrativos adjudicados con posterioridad al 6 de marzo de 2011, como es el caso del presente, se rigen por la LCSP con las modificaciones que le introdujo la LES.

4. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten a un Dictamen sobre el fondo.

## II

1. Mediante la Orden Departamental 223/2011, de fecha 17 de marzo, se adjudicó de forma definitiva el contrato de las obras correspondientes al Hospital Sur de Tenerife a favor de la UTE formada por las empresas F.C.C. - I.S.O.L.U.X. - C.O.R.S.A.N - S. - I.N.A.R.S.A., por el precio de 30.838.730'85 euros.

De ese precio, 25.995.651,00 euros correspondían al presupuesto de licitación y 4.843.079'85 euros a las mejoras ofertadas por la contratista. El precio de licitación se distribuía con arreglo a las siguientes anualidades: 4.500.000 euros en 2011, 10.747.825'50 en 2012 y otros 10.747.825'50 en 2013.

2. El contrato se formalizó el 31 de marzo de 2011. El acta de comprobación del replanteo se levantó el día 29 de abril de 2011.

3. En el transcurso de la ejecución de la obra se han librado un total 23 certificaciones de obra, la primera de ellas el mayo de 2011 y la última en marzo de 2013, con un importe total de 5.755,935,82 €.

4. La Ley 10/2012, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2012, redujo el crédito inicialmente establecido correspondiente al contrato de obras del Complejo Hospitalario Sur-

Suroeste de Tenerife, consignando en la aplicación presupuestaria 3919 312C 62201 10600213 únicamente 3.000.000 de euros, en vez de los 10.747.825'50 que para ese año preveía el contrato. De este modo al inicio del ejercicio económico 2012 no había crédito presupuestario suficiente para hacer frente a la totalidad de las obligaciones económicas derivadas del contrato.

5. Mediante la Orden Departamental 1159/2011, de 30 de diciembre de 2011, se autorizó la redacción del Proyecto para el Modificado nº1 del contrato y la continuación provisional de la ejecución de las obras correspondientes a ese modificado, y se prohibió que en ningún caso se ejecutaran obras por un importe superior a 3.000.000,00 euros, que era la cantidad del crédito presupuestario autorizado para la anualidad del año 2012. La justificación de la tramitación del modificado se basaba en la necesidad de adaptar el coste de las obras a las disponibilidades presupuestarias, lo que obligaba a una reducción en torno al 40% del presupuesto de adjudicación.

6. El 23 de febrero de 2012 la contratista solicitó la paralización temporal de la obra derivada, según manifiesta, de la Orden de la Consejera de fecha 30 de diciembre de 2011.

7. Por la Orden Departamental 386/2012, de 15 de mayo, se acordó la suspensión temporal parcial de las obras, con excepción de las unidades de obras correspondientes al Centro de Atención Especializada y consistentes en la estructura, cubiertas y cerramiento con precercos incluidos, de albañilería.

8. El 31 de julio de 2012, se levantó el acta de suspensión de la obra, con carácter temporal y parcial, recogiendo en su apartado segundo que la suspensión afecta "a toda la extensión de las obras con excepción de la estructura, cubiertas y cerramiento de albañilería, precercos incluidos, del bloque del CAE".

9. Por la Orden Departamental 877/2012, de 9 de noviembre, se levantó la suspensión temporal parcial de la ejecución de las obras correspondientes al Complejo Hospitalario Sur Suroeste de Tenerife, acordada en la Orden de fecha 15 de mayo de 2012, en las siguientes zonas: Cerramientos y pavimentos del bloque del CAE, obras de protección y cerramiento en zonas que no se van a continuar, cubiertas de las zonas 1 a 6, y obras de urbanización.

10. El 12 de septiembre de 2012 la contratista solicitó la resolución contractual con fundamento en el artículo 220.c) de la LCSP. Esta solicitud la reiteró el 4 de

octubre de 2012 en los mismos términos, y de nuevo el 22 de noviembre de 2012, pero basándola esta vez tanto en la causa de la letra c) como en la de la letra e) del artículo 220 de la LCSP, mostrando su voluntad de desistir de su solicitud a la vista del Proyecto Modificado, en caso de que le fuera económicamente aceptable.

11. La Ley 10/2012, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2013, en su Disposición Adicional Quincuagésima segunda, bajo el título "Complejos hospitalarios y sociosanitarios del norte y sur de Tenerife y del hospital de Fuerteventura," dispuso:

*"A lo largo del primer cuatrimestre del ejercicio de 2013, se llevarán a cabo las modificaciones presupuestarias oportunas para que continúen las obras del complejo hospitalario sur-suroeste de Tenerife y del Hospital de Fuerteventura y se proceda al equipamiento del complejo hospitalario norte de Tenerife.*

*Los créditos asignados en el capítulo 6 del estado de gastos -que no tengan la consideración de créditos afectados- que durante 2013 se consideren de imposible o muy difícil ejecución serán retenidos, produciéndose la ampliación correspondiente en el proyecto de inversión «Complejo hospitalario sur-suroeste de Tenerife» y del Hospital de Fuerteventura y en el proyecto de inversión «Equipamiento complejo hospitalario norte de Tenerife».*

*De producirse mayor recaudación en el conjunto de los tributos respecto de la estimada en el estado de ingresos, se afectará asimismo a la ampliación de los precitados proyectos. A estos efectos, se valorará la evolución de la misma durante el primer semestre de 2013.*

*Las cantidades asignadas tendrán como límite la anualidad que le correspondería en 2013 a dichos proyectos de inversión.*

*Se autoriza al consejero de Economía, Hacienda y Seguridad a proceder a la ejecución de las citadas operaciones contables, previo conocimiento del Gobierno. De las mismas se dará cuenta al Parlamento".*

No se cumplieron las condiciones a las cuales esa D.A. LII anudaba el incremento los créditos destinados a la ejecución del contrato.

12. Por la Orden Departamental 91/2013, de 13 de febrero, se aprobó el proyecto de ejecución del Modificado nº 1 del contrato de obras del Complejo Hospitalario Sur de Tenerife, por un presupuesto de 16.011.002,58 euros. Sin embargo, el procedimiento administrativo de modificación del contrato de obras no

se llegó a tramitar, porque lo impedía al art. 92 quáter 3, d) LCSP, ya que esa cuantía excedía el 10% del precio de adjudicación del contrato.

13. Por la Orden Departamental 498/2013, 16 de agosto de 2013, se incoó el presente procedimiento para la resolución del contrato con fundamento en la causa prevista en el art. 206, g) LCSP.

14. En trámite de audiencia la contratista se opuso a la resolución contractual alegando que las modificaciones de la LCSP operadas por la LES no afectaban al contrato porque éste era anterior a la fecha de entrada en vigor de dicha Ley, y que la auténtica causa de resolución contractual era el desistimiento de la Administración, por lo que terminaba solicitando que se le abonara el 6% de las obras dejadas de ejecutar en concepto de beneficio industrial y el precio pendiente las obras ejecutadas; se le indemnizara por el aumento de costes indirectos, cuyos importes había reclamado ya en su escrito de 12 de abril de 2013, y por los costes de la custodia de las obras hasta su entrega y recepción, así como en cuantos otros daños y perjuicios se le hayan irrogado.

### III

La Propuesta de Resolución argumenta en su Fundamento Jurídico Cuarto que concurre la causa de resolución prevista en el 206, g) LCSP en los siguientes términos:

*“El artículo 206.g) de la LCSP, dispone que son causas de resolución del contrato: La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro 1.*

*Esta causa de resolución se introdujo en la Ley de Contratos del Sector Público - artículo 206 g)- por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, a raíz de la nueva regulación que de las modificaciones contractuales realiza esa ley por exigencias del derecho comunitario.*

*Se aplica esta causa por ser imposible la continuidad en la ejecución por razones de economía al no disponer del crédito existente para financiar esta obra Complejo Hospitalario Sur Suroeste de Tenerife tal y como se había contratado inicialmente. Previamente se había intentado modificar el contrato de obras del Complejo Hospitalario Sur de Tenerife, por un presupuesto a la baja, con reducción equitativa*

*en el volumen de obligaciones del contratista e incluso en las mejoras propuestas, todo ello dentro de la buena fe contractual, pero no finalizó el expediente por no poder tramitarse el mismo al superar los límites que para los modificados se establecieron por la Ley de Economía Sostenible”.*

Luego señala que no se han dado las condiciones que la DA LII Ley de Presupuestos 2013 contemplaba para dar cobertura presupuestaria a la ejecución del contrato y continúa diciendo:

*“En puridad, el interés público que justifica la resolución contractual se halla constituido por la necesidad de contener el gasto público y el necesario-ajuste del presupuesto, dada la situación de crisis económica que se vive, razón que nos lleva a concluir que nos hallamos ante una resolución del contrato de obra.*

*La necesidad de reducción del gasto público es una causa que legitima suficientemente el deseo de la Administración de poner fin al contrato. En este sentido, la necesidad de reducir el déficit público a raíz de la crisis económica se ha considerado como causa que justifica la resolución contractual de la Administración en la doctrina de diversos órganos consultivos. Así podemos citar nuestro (sic) Dictamen 569/11, de 19 de octubre, el Dictamen del Consejo de Estado 1916/2011, de 21 de diciembre y el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 206/2012, de 25 de septiembre.*

*Todo ello viene motivado por las medidas de contención del gasto público debidas a la actual crisis económica y al necesario reajuste del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Canarias, que ha de atender otros objetivos económicos y sociales derivados de la situación, al tiempo que se coadyuva por parte de las Administraciones Públicas a la consecución de los objetivos de déficit de la Unión Europea, recogidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Por ello, el ajuste presupuestario se estima razón suficiente y proporcionada de interés público para fundar la resolución contractual pretendida.*

*El Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, exige a la Administración regional que procure satisfacer con eficacia y eficiencia las necesidades públicas; entre otras medidas de buena administración, la necesaria calidad en la prestación de los servicios públicos. Por su parte, el gasto público de la Comunidad Autónoma, por mandato de la norma institucional básica, realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de transparencia, eficiencia y economía.*

*Esta exigencia de satisfacer con eficacia y eficiencia las necesidades públicas, procurando la calidad en la prestación de servicios públicos y realizando una asignación equitativa de los recursos públicos bajo criterios de transparencia, eficiencia y economía, debe tener necesariamente presente la situación en la que se desarrollan las políticas públicas, para adaptarse a la misma.*

*La escasez de recursos públicos hace inevitable graduar las necesidades públicas de conformidad con los principios constitucionales y estatutarios. La adopción de las medidas que se afrontan vienen impuestas, entre otras causas, por la fijación de un límite de gasto por las instituciones europeas y por el Gobierno de España, en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera, y acarrea que las mismas sean inevitables e inminentes”.*

## IV

1. El contratista alega la concurrencia de las causas establecidas en las letras c) y e) del artículo 206 LCSP. Ambas causas no concurren en el supuesto analizado pues la obra no se suspendió totalmente sino de forma temporal y parcial como ya se señaló. Asimismo, no se produjo modificación contractual alguna.

Además, tal como señala el Consejo de Estado (Dictamen nº 53.437, de 6 de julio) “*el desestimiento solo actúa cuando no concurre otra causa de resolución*”, por lo que habrá que analizar si está presente la causa alegada por la Administración (apartado g) del artículo 206 LCSP).

2. La Administración fundamenta la resolución contractual en la causa del art. 206,g) LCSP por la imposibilidad de continuar la ejecución por motivos de índole económico y por la imposibilidad legal de modificar el contrato.

Comenzando por esta última cuestión, la modificación contractual, el art. 92 bis.1 LCSP permite modificar el contrato, bien por las causas previstas en los pliegos o el anuncio de licitación, bien por las causas tipificadas en el art. 92 quáter LCSP. La Cláusula 36 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato (PCAP) para la modificación de éste remite a los arts. 207 y 217 LCSP. Con esta remisión no nos encontramos ante una posibilidad de modificación del contrato prevista en los pliegos, sino ante un mero reenvío al régimen general previsto en los arts. 207 (modificación de los contratos en general) y 217 (modificación del contrato de obra). Ambos preceptos a su vez remiten a los arts. 92 bis a 92 quinquies de la LCSP. El precepto que hay que considerar es el 92 quater (modificaciones no previstas en la

documentación que rige la licitación), porque, como se acaba de decir, la Cláusula 36 PCAP no prevé, con las condiciones que exige el art. 92 ter, modificaciones, sino que reenvía a los arts. 207 y 217 LCSP.

El art. 92 quáter permite alterar los contratos por circunstancias no previstas en el PCAP sólo en estos cinco supuestos:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Es patente que entre esos cinco supuestos no se halla el de insuficiencia sobrevenida de las partidas presupuestarias en las leyes de presupuestos posteriores a la adjudicación definitiva de un contrato para financiar su ejecución.

Aún concurriendo alguno de esos cinco supuestos, si la modificación alterare las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación (art. 92 quáter.3), entonces no se podrá variar el contrato, sino que habrá de resolverse y proceder a una nueva licitación y adjudicación (arts. 92 bis.1 y 208.6 LCSP).

Por modificaciones de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación el entiende los siguientes casos:



a) cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

c) cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

d) cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

e) en cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.

3. En el presente caso, dado el carácter esencial de la modificación proyectada, no se puede modificar el contrato, lo que motivó, tal como señala la propuesta de resolución, que no se tramitara la modificación contractual conforme al Proyecto redactado a tal fin.

Por ello debemos analizar si concurren las condiciones señaladas en el apartado g) del art. 206 LCSP, alegado causa de resolución por la Administración: bien la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, bien la posibilidad cierta de que se produzca una lesión grave al interés público si se continúa la ejecución de la obra en los términos pactados.

La ejecución del proyecto en las condiciones pactadas es posible física y técnicamente sin necesidad de modificar aquéllas, por consiguiente, no es necesario modificarlo; si no se puede ejecutar es meramente por razones de escasez financiera, no por imposibilidad de ejecución.

4. La insuficiencia de recursos públicos y la consecuente restricción del gasto configura como un fin público la contención de éste, lo cual justifica que la Administración se acoja a ello para entender que la continuación del contrato en los términos pactados, -habiendo disminuido los recursos disponibles de forma notoria, lo que previsiblemente llevaría aparejado incumplimientos contractuales futuros con

grave quebrante a la Hacienda Pública-, es motivo suficiente para solicitar la resolución contractual por la causa alegada pues de lo contrario se produciría una "lesión grave a los intereses públicos" en juego, procediendo la causa de resolución alegada "cuando a ella no haya contribuido la actuación del contratista" (Dictamen nº 215/2010 del Consejo de Estado), lo que efectivamente no sucede en el supuesto analizado.

Señala el citado Dictamen que "(...) se introduce una nueva causa de resolución de los contratos administrativos cual es la "imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de que producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos (...). En este supuesto, se reconoce el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar".

En este sentido el Consejo de Estado (Dictamen nº 318/2012) señala: "Como complemento de este nuevo régimen, en el que las posibilidades de modificación contractual son mucho más limitadas, el legislador introdujo la causa de resolución analizada, con el objetivo de permitir poner fin al vínculo convencional en aquellos supuestos en los que el contrato no puede ser modificado, pero tampoco ejecutado en los términos inicialmente pactados, motivo por el cual la resolución conlleva, como regla general, el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le sea imputable".

En este sentido, el Dispositivo Segundo de la Propuesta de Resolución señala erróneamente que "se podrá determinar en concepto de indemnización el 3%". Deberá corregirse para reconocer al contratista el derecho a la indemnización de ese 3%, pues resulta consecuencia directa de la aplicación de la citada causa resolutoria.

5. Como la resolución contractual no ha sido determinada por culpa alguna de la contratista, procede que, conforme al art. 208.4 LCSP y tal como hace la Propuesta de Resolución, se declare expresamente la devolución de la garantía a la contratista.

6. El artículo 222.1 de la LCSP, al establecer los efectos de la resolución, dispone que la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Una vez se haya resuelto el contrato, se debe proceder a su liquidación, abonándole a la contratista las unidades de obras pendientes de pago, y los gastos acreditados en la conservación y custodia de las obras.

7. El contratista solicita, además que se le indemnice por el aumento de costes indirectos, así como en cuantos otros daños y perjuicios se le hayan irrogado.

Sobre esta cuestión nada pacífica, la Jurisprudencia ha admitido que los contratistas, además del beneficio industrial, puedan reclamar los daños y perjuicios que la resolución contractual les produzca, siempre que acrediten debidamente su existencia y cuantía en aras al cumplimiento del principio de reparación integral de los daños (STS de 24 de enero de 2006 y 1 de octubre de 2007).

El Consejo de Estado ha ido evolucionando en su Doctrina de forma que si en un primer momento entendía que no procedía indemnizabilidad distinta al porcentaje fijado en la legislación de contratos por considerarla omnicompreensiva de todos los perjuicios (Dictamen de 6 de julio de 1989, entre otros), posteriormente (Dictamen 59/2007, de 1 de febrero) cambia de criterio considerando indemnizable no sólo el lucro cesante sino también el daño emergente al señalar:

*“(...) En cuanto al daño emergente por los gastos ocasionados por la puesta en marcha del contrato que luego se frustró, se comparte el criterio de la propuesta de resolución, en el sentido de que sólo han de indemnizarse los gastos específicos ocasionados por la preparación de la ejecución del contrato (...) que puede entenderse que carecen de utilidad fuera de ese contrato y son irrecuperables”.*

Conforme a lo anterior, en el proceso de liquidación del contrato deberá reconocérsele al contratista el derecho a ser resarcido de los costes de la custodia de las obras hasta su entrega y recepción a la Administración, así como a cuantos otros daños y perjuicios se le hayan irrogado y los acredite debidamente conforme a lo ya indicado.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución en cuanto pretende fundar la resolución contractual en la causa del art. 206.g) LCSP es conforme a Derecho. La indemnización que corresponde al contratista por los daños y perjuicios que se la ocasionan por la resolución acordada deberá calcularse conforme a lo indicado en el Fundamento IV de este Dictamen.