

D I C T A M E N 6 1 7 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 28 de octubre de 2024.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Palma en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución contractual del contrato de obra denominado «NUEVO HOSPITAL DE NUESTRA SEÑORA DE LOS DOLORES (SANTA CRUZ DE LA PALMA)», (EXPTE. 32/2019/CNT; 324/2019/C-LICI), suscrito con la unión temporal de empresas denominada «UTE (...)» (EXP. 580/2024 CA).*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente dictamen, solicitado por el Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Palma el 12 de septiembre de 2024 (con registro de entrada en este Consejo consultivo el 17 de septiembre de 2024), tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución relativa al procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras del Nuevo Hospital de Nuestra Señora de Los Dolores (Santa Cruz de La Palma), suscrito con la «UTE (...)».

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Palma de conformidad con lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCCC-.

3. Es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de Dictamen en los supuestos de « (...) nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa» [art. 11.1.D, apartado c) LCCC].

En este sentido, el art. 191.3, letra b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico

español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -en adelante, LCSP- (texto legal aplicable al presente supuesto de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del presente Fundamento Jurídico), señala que « (...) *será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista*». Circunstancias éstas que concurren en el presente procedimiento administrativo -incluida la oposición del contratista- y que determinan la preceptividad del Dictamen de este Consejo Consultivo.

Asimismo, el art. 112.2 LCSP establece que «el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común». Y el art. 109.1, apartado b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre -en adelante, RGLCAP-, prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista o asegurador cuando se proponga la incautación de la garantía depositada.

En este caso, consta que la garantía se estableció mediante aval, por importe de 387.441,93 euros (385.264,90 euros, correspondiente al contrato primigenio, más 2.177,03 euros del reajuste de la garantía por la modificación del contrato n.º 1), así como el trámite de audiencia a la entidad avalista.

Finalmente, el art. 109.1, apartado c) RGLCAP, prevé la evacuación preceptiva del informe del Servicio Jurídico. Trámite que ha sido convenientemente observado en la instrucción del procedimiento de resolución contractual.

4. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable resultan de aplicación tanto la LCSP (Disposición transitoria primera en relación con la Disposición final decimosexta del citado texto normativo) como el RGLCAP, en lo que no se oponga al precitado texto legal (Disposición derogatoria de la LCSP).

5. En cuanto al plazo máximo para resolver -y notificar- se ha de señalar que la resolución de incoación del presente procedimiento administrativo se adoptó el día 17 de mayo de 2024, por lo que el procedimiento de resolución contractual no ha caducado, pues no han transcurrido ocho meses desde la iniciación del procedimiento [Disposición adicional sexagésimo segunda de la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023].

6. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (arts. 190 y 212 LCSP). En este caso, el órgano de contratación es el Consejo de Gobierno Insular. No obstante, según la Propuesta de Resolución, esta competencia se ha delegado en el actual miembro corporativo titular del Área de Obras Públicas, Servicios, Transportes, Seguridad y Emergencias.

De esta manera, le corresponde al citado órgano delegado la competencia para resolver el procedimiento administrativo de referencia, de acuerdo con lo previsto en el art. 69.1 de la Ley 8/2015, de 1 de abril, de Cabildos Insulares.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1. El 3 de septiembre de 2019, el miembro corporativo titular del área de Infraestructuras, Innovación, Nuevas Tecnologías y Ordenación del Territorio, Agricultura, Ganadería y Pesca, actuando como órgano de contratación, por delegación del Consejo de Gobierno Insular, dictó la resolución núm. 2019/5648, por la que se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP, en adelante) y el expediente de contratación, convocando procedimiento abierto para la contratación de la obra «NUEVO HOSPITAL DE NUESTRA SEÑORA DE LOS DOLORES (SANTA CRUZ DE LA PALMA)», (EXPTE. 32/2019/CNT), por un presupuesto base de licitación de 9.254.699,89 €, incluido el IGIC (tipo impositivo 6,5) y un plazo máximo de ejecución de 36 meses.

2. El 25 de mayo de 2020 se dictó Resolución núm. 2020/3668, de adjudicación del contrato de la obra a la unión temporal de empresas conformada por las entidades (...) (CIF (...)) y (...) (CIF (...)), UTE (...).

Consta escrito de fecha 15 de abril de 2020, firmado por los representantes de las empresas integrantes de la UTE, de confirmación de la oferta, cuyos términos fueron los siguientes:

Precio: 7.705.298,02 euros, sin incluir el IGIC (tipo impositivo del 7 %), totalizándose el precio del contrato en la cantidad de 8.244.668,88 €.

Compromiso de ejecutar las Actuaciones de mejora, contempladas en documento Anexo, siguientes:

Mejora 1: Actuaciones en Fachadas.

Mejora 2: Nueva unidad de hospitalización.

Plazo de garantía: 3 años (según oferta, se amplía en 2 años, sin tener en cuenta el mínimo de 1 año establecido en el PCAP).

Control de calidad: Compromiso de asignar el 3 % del presupuesto destinado al control de calidad de los materiales que se emplearan en la obra.

Con carácter previo a la adjudicación, la unión temporal de empresas constituyó la garantía definitiva requerida, que ascendió a la cantidad de 385.264,90 euros, mediante avales de la entidad (...).

3. El día 14 de julio de 2020, se formalizó el contrato de obras con la entidad «UTE (...)».

De acuerdo con su cláusula cuarta, el plazo de ejecución del contrato era de treinta y seis (36) meses, cuyo cómputo se iniciaría a partir del día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo de la obra.

4. Con fecha 27 de octubre de 2020, se firma el acta de comprobación del replanteo, que autoriza el inicio de la obra, a partir del día siguiente a la fecha de la firma, siendo por tanto el comienzo de la obra el 28 de octubre de 2020 y la finalización prevista el 28 de octubre de 2023.

En el acta de comprobación del replanteo, se hizo constar la viabilidad de la obra, con la única observación relativa al acceso temporal por la puerta trasera del edificio.

A consecuencia de la demora en el inicio del contrato, se dictó la resolución núm. 2020/10315, de 30 de diciembre de 2020, que aprobó el *«programa de trabajo presentado por la entidad contratista, con la rectificación introducida como consecuencia de la adaptación del cronograma de trabajos a la fecha real de inicio de los mismo, de conformidad con el acta de comprobación de replanteo, de fecha 27 de octubre de 2020»*. Dicha resolución, además, reajustó la financiación del contrato de acuerdo con la Adenda III del Convenio suscrito con el Gobierno de Canarias.

5. El 10 de febrero de 2021, la Directora de obra emite informe de incidencias n.º 1, en el que pone de manifiesto discrepancias de la contrata con la Dirección de la Obra referida a la certificación de obra n.º 3. En concreto, la certificación de obra n.º 3 del mes de enero del año 2021 que asciende a la cantidad total de 42.346,89 €

con IGIC, según medición real, cuya relación valorada se envía al contratista el día 5 de febrero de 2021 a efectos de obtener su conformidad o reparos. Formuladas las alegaciones del contratista, la dirección facultativa determina que no proceden la revisión de las mediciones por no ajustarse a la realidad de las obras ejecutadas. La UTE contratista no acepta ni firma la *«certificación de obra n.º 3»*.

6. El 15 de febrero de 2021, la Directora de la obra emitió informe de incidencias n.º 3, relativo a incumplimientos reiterados de las órdenes referidas a la gestión de residuos generados en la obra, donde se indica que la empresa sigue sin gestionar los residuos acumulados en la zona de acopios inicialmente habilitada para ello, no ha retirado los residuos acumulados en la zona que ha sido habilitada en contra de la prohibición expresa de la dirección facultativa, lo que se ha convertido en un problema de seguridad e higiene, habiendo incluso traspasado el límite de su capacidad. Señalando que la empresa contratista lo que pretenden es seguir incumpliendo las órdenes, instando a la dirección de obra a que paralice las unidades de obra afectadas, advirtiéndole la misma que los trabajos a ejecutar se encuentran dentro del alcance de la obra y del contrato administrativo de la empresa, incluidos en el proyecto.

Los motivos invocados por la empresa contratista para justificar este incumplimiento es que, según su criterio, en el proyecto no está incluido el transporte a vertedero de dichos residuos. No obstante, la Dirección facultativa le recuerda que en el proyecto existe una partida de gestión de residuos, en concreto la *«13.01 Según estudio de gestión de residuos, que asciende a la cantidad total de 84.938,72 € de P.E.M., cantidad que se detalla y desglosa en el Anejo 6. Estudio de Gestión de RCD»*.

A pesar de ello la empresa contratista solicita la inclusión de varios precios nuevos: *«(PN3) Demolición de cubierta plana»* y *«(PN4) Transporte de residuos inertes con camión a vertedero y clasificación y depósito de residuos de construcción y/o demolición»*, lo cual es rechazado por la dirección de obra dado que tales partidas están incluidas en el proyecto de obra que forma parte del contrato.

7. Consta en el libro de órdenes n.º 6, de 25 de enero de 2021, que la Dirección facultativa ordena a la contrata la continuación de los trabajos paralizados por la empresa contratista referentes a la demolición interior de la zona de actuación de la denominada *«Mejora n.º 2»* que fue dada por escrito el día 11 de diciembre de 2020.

8. Con fecha 21 de mayo de 2021, la Dirección de la obra emitió informe de incidencias n.º 5 en el que manifestó que, como consecuencia de los trabajos de demolición que se habían ejecutado en la zona de actuación de la obra, justo en la planta superior de la Escuela de Enfermería, se produjeron *«caídas de cascotes»* así como *«abundantes filtraciones de agua originadas principalmente por la rotura de las tuberías existentes, dando lugar a la inundación de algunos espacios de la escuela de enfermería y provocando daños materiales en el mobiliario, equipo informático, material de la sala de prácticas así como daños que afectan también a elementos constructivos e instalaciones (electricidad, telecomunicaciones, luminarias, etc.)»*.

Igualmente, puso de manifiesto que estas incidencias provenían de la falta de medidas de seguridad adoptadas por la UTE contratista, *«necesarias para evitar la caída de cascotes a través de los huecos ocasionados en el forjado como consecuencia de los trabajos de demolición de la planta primera, ni tampoco las filtraciones de agua (...)»* y de la inobservancia reiterada de las órdenes para *«la desconexión total de la red de suministro eléctrico y agua del área de actuación debiéndose respetar únicamente las líneas de alimentación de las áreas actualmente en uso»*.

9. El 23 de agosto de 2021 se dictó Resolución núm. 2021/6850, aprobando la modificación del contrato (MODIFICADO N.º 1) *«NUEVO HOSPITAL DE NUESTRA SEÑORA DE LOS DOLORES (SANTA CRUZ DE LA PALMA)»* (EXP.32/2019/CNT), y adjudicando su ejecución a la UTE contratista, en el precio de 46.588,40 € (0,56 %) y con un incremento del plazo de ejecución de 3 meses. Por lo que la fecha de finalización de la obra pasaría al 28 de enero de 2024. La necesidad de modificar el contrato derivó de la detección durante los trabajos de demolición de *elementos de fibrocemento con amianto no friables y friables, que requiere de su retirada siguiendo un protocolo específico de actuación*.

10. El 20 de diciembre de 2021, la Dirección facultativa emitió informe de incidencias n.º 6, dando cuenta del deficiente ritmo de ejecución, reflejado en el valor certificado hasta la fecha, y del incumplimiento de los plazos parciales establecidos en el programa de trabajo aprobado, aun teniendo en cuenta el incremento del plazo concedido con la aprobación del modificado n.º 1 (duración total de la obra de 39 meses).

Se informa, así, que hasta la fecha de la última certificación de obra emitida (certificación n.º 13 de fecha 29 de noviembre de 2021), se ha ejecutado un total de un 10,66 % de la obra lo que equivale a una cuantía de 872.492,64 €, cuando en realidad se tendría que haber ejecutado, según el plan de trabajo elaborado por la propia empresa adjudicataria, un 21,83 % de la obra, lo que equivaldría a la cuantía

de 1.800.126,79 €. Al informe, se anexó cuadro comparativo entre lo programado y lo ejecutado por la UTE contratista.

11. El 18 de enero de 2022, la Directora de la Obra emitió informe de incidencias n.º 7, donde expuso que *«el ritmo y desarrollo de las obras ha estado desde el principio muy por debajo de lo previsto cuyas causas se debe principalmente a la propia organización de la empresa: la falta de medios y escasez de personal para una obra de esta envergadura»*. Destacó, asimismo, que la entidad adjudicataria *«cuestiona las aclaraciones que realiza la dirección facultativa llegando incluso a incumplir en algunos casos las órdenes tanto verbales como escritas en el Libro de Órdenes»*.

12. El 9 de mayo de 2022, la Dirección de la Obra emitió informe de incidencias n.º 8, en el que expuso la necesidad de modificar el contrato (modificado núm. 2), en consideración a:

«- Que, durante la ejecución de las obras debido a circunstancias sobrevenidas durante la misma, no contempladas en el proyecto inicial por tratarse en algunos casos de cambios normativos surgidos en el período comprendido entre la redacción del proyecto inicial, siendo este del año 2015 y la actualidad, así como también otras circunstancias surgidas como consecuencia de la propia ejecución de las obras durante la fase de demolición y no pudiendo ser detectadas ni valoradas hasta ese momento, es decir, siendo imprevisibles en la fase de redacción del proyecto dada la naturaleza de este por tratarse de una reforma y rehabilitación de un edificio existente, se considera necesario realizar un modificado del proyecto (...)».

13. Con fecha 18 de mayo de 2022, la UTE contratista presentó escrito en el que, tras manifestar que el motivo del desfase de ejecución con respecto al programa de trabajo vigente obedecía a la detección de multitud de problemas de funcionalidad y cumplimiento las normas según las nuevas recomendaciones técnicas publicadas por las Autoridades sanitarias, solicitó del *«órgano de Contratación la incoación de un expediente de modificación del contrato y que se acuerde igualmente la suspensión temporal del contrato conforme a lo dispuesto por el artículo 208 LCSP mediante el otorgamiento de la correspondiente acta»*.

14. El día 10 de junio de 2022, la Dirección Facultativa emitió, a requerimiento del órgano de contratación, el informe de incidencias n.º 9, manifestando que *«el ritmo de la obra sigue siendo bajo existiendo numerosas unidades de obra que aún no se han iniciado de forma injustificada, no existiendo ningún impedimento para desarrollar dichas actividades en estos momentos (...)»* y concluye *« (...) la modificación del proyecto solicitado en estos momentos no impide continuar con los trabajos, es decir, no afecta a*

unidades críticas a corto ni medio plazo, entiéndase por un periodo de tiempo aproximado de 9 meses, ni tampoco en estos momentos supone un retraso o ralentización del desarrollo actual de la obra toda vez que ya hemos explicado extensamente las unidades de obra que se pueden ejecutar y que aún no se están realizando por causas internas de la propia organización de la empresa, por lo tanto no procede la suspensión temporal de las obras (...)
».

15. El día 14 de junio de 2022, el órgano de contratación dictó Resolución n.º 2022/5615, por la que procedió a autorizar la tramitación del expediente modificado n.º 2 así como incoar procedimiento para determinar la procedencia de la declaración de suspensión temporal total en la ejecución de la obra, solicitada por el contratista.

16. Concedido trámite de audiencia en el procedimiento de suspensión, la UTE contratista formuló sus alegaciones, el 4 de julio de 2022, en las que manifestó discrepancia con lo informado por la Dirección Facultativa, en cuanto a las causas que han perjudicado el normal desarrollo de la obra, señalando que en muchas de las unidades de obra no se han certificado conforme han sido ejecutadas por haber sido afectadas por modificaciones y reiteró la necesidad de acordar la suspensión temporal total del contrato, conforme al art. 208 LCSP.

17. El 27 de septiembre de 2022, la Directora de Obra emitió el informe de incidencias n.º 10, referido a filtraciones de agua de la lluvia en el interior de las dependencias de la Escuela de Enfermería, que se debían a deficiencias de ejecución de la obra, sobre las que ya se advirtió con anterioridad a la empresa contratista sin que hayan procedido a su reparación.

18. El 27 de septiembre de 2022, la Directora de Obra emitió el informe de incidencias n.º 11, en el que en síntesis señala lo siguiente:

« (...) Que la dirección facultativa insiste en que existe un claro y evidente retraso de la obra, así como un incumplimiento sistemático del programa de trabajo y de algunas órdenes formuladas por la dirección facultativa desde el inicio de esta aún incluso antes de que se detectaran circunstancias sobrevenidas durante el proceso de ejecución, y que ni tan siquiera las unidades detectadas que han sido objeto del modificado n.º 1 y que son objeto del modificado n.º 2 justifican esta circunstancia.

Hasta la fecha la empresa no ha sido capaz sino de ejecutar un 30,16% de la totalidad de la obra en un plazo de 22 meses, y recordamos que el plazo de ejecución de la obra en vigor es de 39 meses, lo cual parece prácticamente imposible que sean capaces de finalizar la totalidad del contrato incluido las denominadas “mejora n.º 1” y “mejora n.º 2”, en lo que resta de plazo que son 16 meses.

Que como ya se notificó y se detalla en los informes de incidencias nº 8 y nº 9, durante la ejecución de las obras debido a circunstancias sobrevenidas, se detectaron unidades que son y serán objeto del modificado nº 2 ya solicitado por la dirección facultativa. En este punto cabe mencionar que ninguna de esas unidades justifica que no se ejecuten otras unidades de obra y mucho menos el bajo ritmo de los trabajos que se ha venido detectando mes tras mes desde el inicio de la obra y que tampoco justifica el incumplimiento constante de los plazos de esta, como así ya la dirección de obra ha notificado en los informes de incidencias nº 6 y nº 7, coincidiendo inclusive con lo ya informado al respecto por la propia representante de la administración del Excmo. Cabildo Insular de La Palma.

(...) la negativa constante de la empresa a ejecutar e iniciar determinados trabajos injustificadamente, toda vez que ya hemos explicado y detallado las unidades de obra que se pueden ejecutar en estos momentos y/o que no están afectadas por modificaciones del proyecto, incluso incumpliendo las órdenes directas de la dirección facultativa de forma reiterada y por lo tanto cuestionando como siempre las directrices formuladas por el equipo que conforma la dirección facultativa al completo, pone de manifiesto el interés que tiene la empresa en paralizar y suspender los trabajos de facto».

19. Consta en el expediente Resolución del Órgano de Contratación, de 20 de diciembre de 2022, por la que se acuerda desestimar la solicitud de suspensión temporal total del contrato, presentada por la unión temporal de empresas continuando con la ejecución del contrato, todo ello de conformidad con los informes emitidos por la Dirección Facultativa (responsable del contrato) y el representante de la administración, cuyas instrucciones y órdenes son de obligado cumplimiento, constituyendo su inobservancia causa de resolución del contrato.

20. El 21 de junio de 2023, la Dirección de obra emitió informe de incidencias n.º 12, en el que se concluye:

« (...) - Que actualmente, aunque el ritmo y la organización de la ejecución de la obra ha sufrido un avance positivo, sigue estando por debajo de los porcentajes y plazos parciales establecidos, acreditándose hasta el momento en concepto de acopio de materiales un 4,38% y un porcentaje de obra ejecutada de un 44,21%, es decir, un total de cantidad de obra certificada de 3.715.159,97 €. Todo ello en un periodo de ejecución de obra de 31 meses desde el inicio de esta.

Según los plazos parciales establecidos en el plan de trabajo vigente y presentado por la unión temporal de empresas la UTE (...), en el mes (M31) se debería de haber acreditado un porcentaje de obra ejecutado del 74,11%.

- Que con independencia de la necesidad de tener finalizado el denominado MODIFICADO Nº 2 DEL PROYECTO NUEVO HOSPITAL DE NUESTRA SEÑORA DE LOS DOLORES, EN SANTA CRUZ

DE LA PALMA, ISLA DE LA PALMA” (EXP. 32/2022CNT), la empresa contratista de las obras puede y debe seguir ejecutando todas aquellas unidades de obra que no se encuentran afectadas por dicho modificado, y que en este momento son factibles y que aún no se han finalizado y/o continúan sin iniciarse y/o retomarse, las cuales ya hemos detallado en los informes emitidos hasta el momento, y entre las cuales se encuentran las “Actuaciones de Mejora” (mejora 1 y mejora 2), totalmente paralizadas a día de hoy».

21. El 12 de enero de 2024, la Dirección facultativa emitió informe de incidencias n.º 13, manifestando la ausencia del Jefe de Obra y del encargado de la obra.

22. El 19 de enero de 2024, se acordó la aprobación del Proyecto «*modificado n.º 2 del proyecto nuevo Hospital de Nuestra Señora de Los Dolores, en Santa Cruz de La Palma*», con un presupuesto de ejecución por contrata, incluido IGIC, que implicaba un gasto adicional respecto al proyecto inicial de 4.101.722,79 € (incremento del presupuesto del 49,75 %).

23. Concedido trámite de audiencia a la entidad contratista (24 de enero de 2024), el 1 de febrero de 2024, la UTE presentó escrito en el que manifestó su oposición a la aprobación de la modificación del contrato, debido a carencias y deficiencias técnicas en el documento proyecto modificado n.º 2. Solicitó, asimismo, con carácter inmediato la suspensión temporal total del contrato.

24. El día 4 de marzo de 2024, a requerimiento del órgano de contratación, la Dirección Facultativa presentó informe de incidencias n.º 14, ratificándose en lo manifestado en sus anteriores informes con respecto a los incumplimientos de la UTE contratista y pronunciándose sobre las alegaciones de la contratista, así como sobre la situación de ejecución de la obra, dado que el plazo máximo de ejecución había expirado el 28 de enero de 2024. Así, entre otras cuestiones, se informa lo siguiente:

« (...) - Que actualmente, la obra se encuentra en estado casi de abandono, no se están realizando ningún tipo de trabajos, solamente se encuentra en la obra un trabajador que prácticamente lo que hace es más bien una labor de vigilancia de las instalaciones, es decir, la empresa de forma unilateral ha decidido paralizar la obra pese a que esta no se ha finalizado existiendo numerosas unidades de obra que se pueden y deben seguir ejecutando y que no se encuentran afectadas por el proyecto modificado nº2.

(...) la obra se encuentra desde hace meses sin la figura del jefe de obra y encargado de obra designados, incumpliendo la empresa contratista el compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de los medios personales del jefe de obra y encargado de obra.

(...) Que, aunque el plazo de terminación de la obra fue el pasado 28 de enero de 2024 ésta no se encuentra terminada, aun existiendo numerosas unidades de obra que se pueden y deben seguir ejecutando y que no se encuentran afectadas por el proyecto modificado nº2.

(...) Que se han detectado unidades de obra ya ejecutadas que presentan deficiencias como consecuencia de una mala ejecución y/o elementos que se han visto dañados en el proceso de ejecución de otras unidades».

25. El día 16 de mayo de 2024, la Jefa del Servicio de Acción Social y el representante de la Administración en la ejecución de la obra, manifestaron en informe conjunto, en síntesis, lo siguiente:

- La financiación de la obra se ha realizado en su totalidad con cargo al Convenio suscrito entre el Gobierno de Canarias y el Cabildo Insular de La Palma, para cofinanciar la construcción de infraestructuras y reforma de las ya existentes destinadas a la creación de nuevas plazas sociosanitarias, modificada por la IV Adenda de 29 de octubre de 2021 para el periodo 2017-2024. El plazo máximo para ejecutar y justificar los fondos de financiación finalizará el 31 de diciembre de 2024. Por tanto, es más que previsible que la justificación de la inversión se vea comprometida por la demora de ejecución, con todo lo que ello implica.

- Durante la ejecución de la obra tuvieron lugar circunstancias sobrevenidas de ámbito mundial (pandemia COVID-19 y guerra de Ucrania) e insular (erupción volcánica en el año 2021), que causaron diversos retrasos en los suministros de materiales y dificultades organizativas. No obstante, en las diversas reuniones celebradas con los representantes de la UTE contratista siempre se ha intentado alcanzar acuerdos que facilitaran la ejecución de la obra y encauzaran los problemas que han ido surgiendo, minimizando el impacto provocado por tales hechos. Sin embargo, la Dirección facultativa en sus informes de incidencias ha matizado que, si bien los acontecimientos coyunturales han influido negativamente en la ejecución de la obra, el principal problema deriva de la actitud a la hora de cumplir con las órdenes e instrucciones de ejecución dadas, que se han ido cuestionando e incumpliendo sistemáticamente.

- El estado de ejecución de la obra en la fecha del informe es el siguiente:

«El porcentaje de ejecución, según el último programa de trabajo aprobado alcanza el 47,82% cuando era posible, según el informe nº 15 de la Dirección Facultativa, alcanzar un porcentaje del 74,06% que asciende a la cantidad de 5.438.947,41€, siendo el total de ejecución material del proyecto vigente 7.343.666,47 €. Es cierto que la necesidad de

redacción del proyecto de modificación del contrato núm. 2 incidió en que el ritmo se ralentizara con respecto a las unidades de obras afectadas por la modificación pero no implican, necesariamente, declarar la suspensión de la ejecución del contrato, tal y como informó la Dirección Facultativa en su informe de incidencias núm. 9, quien exhaustivamente indicó aquellas partidas que pueden ejecutarse no afectadas por el modificado».

Se ordenó la reparación de fugas provocadas por las obras de demolición y reparación de obras deficientemente ejecutadas, que han provocado daños irreparables en la sede de la Escuela Insular Universitaria de Enfermería, ubicada en la planta baja del Nuevo Hospital de Los Dolores, obligando al Cabildo a realizar el cambio de domicilio de dicha escuela por medio de un contrato de emergencia. Estas filtraciones han perturbado el funcionamiento de este Centro docente de tal manera que hubo que trasladar la Sede y causando problemas graves en el edificio.

Las mejoras aún no se han ejecutado, a pesar de las indicaciones de la Dirección Facultativa.

En cuanto a las deficiencias de medios personales, resulta patente que, desde el comienzo de la obra, no han sido suficientes para llevar el desarrollo de la obra acorde con el programa de trabajo.

La deficiente marcha del estado de ejecución de la obra pone en riesgo grave el deterioro en otras unidades de obra ya ejecutadas que, a su vez, se ven afectadas por éstas, además de los usuarios y equipamiento de la Escuela Insular Universitaria de Enfermería. Desde el punto de vista técnico es urgente la continuidad de ejecución de los trabajos para evitar la ruina de lo construido, debido a la posibilidad de los riesgos por las filtraciones de agua (que comienza a aparecer por algunas zonas del edificio, en sus puntos críticos de impermeabilización, como pueden ser petos y cazoletas), y la seguridad de la obra (riesgo descargas eléctricas, caídas, etc).

26. En el expediente figura, asimismo, el informe del Área de Acción Social del Cabildo de La Palma, de fecha 5 de mayo de 2024, que manifestó la urgencia en la creación de nuevas plazas sociosanitarias en la isla, dando respuesta definitiva a la situación de *«Emergencia Social que sufre, razón principal por la que se impulsó la ejecución de la obra “NUEVO HOSPITAL NUESTRA SEÑORA DE LOS DOLORES”, TM Santa Cruz de La Palma, que permita disminuir el número de personas en lista de espera con derecho reconocido al acceso a dichas plazas».*

III

En cuanto a la tramitación del expediente de resolución contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante Resolución n.º 4657/2024 de 17 de mayo de 2024 se aprueba el inicio del expediente de resolución de contrato por la causa legal prevista en el art. 211.1 f) LCSP, al considerar que se ha producido:

«-El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

-El incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales calificadas en el PCAP. En concreto, los incumplimientos de las obligaciones que se hubieran calificado como condiciones especiales de ejecución del contrato en el pliego (la falta de adscripción de medios personales y materiales); La interrupción o abandono de las obras sin causa justificada ni autorización; La ejecución gravemente deficiente de las obras; La desobediencia a las órdenes dadas por la Administración; El incumplimiento de los plazos parciales o de los importes acumulados de obra ejecutada establecidos en el programa de trabajo, cuando se deduzca la imposibilidad de cumplirlos.

Todo ello de conformidad con los informes de incidencias emitidos por la dirección facultativa y por el Servicio de Acción Social».

2. Concedido trámite de audiencia a la entidad contratista y a la avalista, la UTE contratista presentó escrito el 31 de mayo de 2024, en el que manifiesta su oposición a la resolución del contrato, por los siguientes motivos:

Considera el contratista que la obra no podía avanzar en su ejecución por la falta de determinación adecuada de todas las unidades afectadas por una modificación n.º 2 que pese a estar autorizada para su tramitación en junio de 2022 no fue aprobada hasta enero de 2024 (19 meses de retraso). Considera el contratista que el modificado n.º 2 es debido a las deficiencias del proyecto.

Por tanto, considera que el retraso en la ejecución de la obra no es responsabilidad del contratista, sino que se debe al retraso en la aprobación del modificado n.º 2 el cual era necesario por existir graves deficiencias en el proyecto inicial de obra.

De este modo, indica el contratista que la solicitud de suspensión de la obra que presentó en julio de 2022 estaba plenamente justificada por la falta de definición del proyecto que impedía avanzar en las obras según el programa inicial y que la propia Dirección facultativa era consciente de que sin la aprobación del modificado n.º 2 el

programa no se podía cumplir y por tanto la obra no podía avanzar. Señala que en el informe de incidencias n.º 9 de fecha 8 de junio de 2022 la Dirección facultativa reconocía que la obra sin el modificado n.º 2 podía seguir avanzando sólo 9 meses, por lo que en marzo de 2023 la obra se quedaría si proyecto a ejecutar y sin unidades de obra que no quedaron afectadas por la modificación n.º 2.

Por otra parte, también alega que el proyecto del modificado n.º 2 adolece de graves deficiencias que lo hacen inejecutable, por lo que manifestó su oposición a la modificación n.º 2 y solicitó la inmediata suspensión temporal total del contrato, hasta tanto se procediera a corregir y completar el proyecto modificado para el correcto desarrollo de la obra.

Además, añade que no puede apreciarse incumplimiento alguno del contrato cuando la Administración pretende que el contratista ejecuta un proyecto diferente con una variación presupuestaria del 50 % alterando las condiciones de ejecución.

No consta en el expediente alegaciones u oposición manifestada por la entidad avalista (...) a la que, igualmente, se concedió trámite de audiencia.

3. El 4 de junio de 2024, a las 10:00 horas, se efectuó el acto de comprobación y medición general, con el fin de acreditar las mediciones de obra reales para fijar los saldos oportunos a favor y en contra del contratista y elaborar la correspondiente propuesta de liquidación del contrato, por las razones de urgencia argumentadas en el informe conjunto emitido por el servicio de acción social y el representante de la administración.

4. El 27 de agosto de 2024, la Dirección Facultativa presentó el resultado de la medición general realizada el 4 de junio de 2024, junto con las valoraciones, que fueron recogidas como anexos, del inventario de bienes y equipos que se encuentran en el lugar de ejecución de la obra, el inventario singularizado de acopios abonados a cuenta, la valoración del coste de reparación de las obras deficientemente ejecutadas, la propuesta de regularización de la revisión de precios, así como la valoración de las obras ejecutadas que no estaban contempladas en el proyecto original y el acta original en papel de la comparecencia a la medición final de la obra, firmada por las personas que acudieron al acto de comprobación y medición, a excepción de la persona que acudió en nombre de la UTE, que no había acreditado la representación.

5. El 28 de agosto de 2024, el órgano de contratación remitió la documentación concerniente al resultado de la medición final y sus valoraciones a la entidad

contratista, concediéndole un plazo de diez días para formular alegaciones a las valoraciones realizadas. En el mismo escrito, se le requirió para la firma del acta de comparecencia, personándose, al efecto, la persona que asistió al acto quien hizo constar, junto a su firma, la no conformidad con los datos anexados.

6. El 2 de septiembre de 2024, se emitió informe jurídico en el que se concluye que es conforme a derecho la resolución del contrato por la causa legal prevista en el art. 211.1 f) LCSP, al concurrir el incumplimiento culpable de la obligación principal del contrato y de varias de las obligaciones de carácter esencial, calificadas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como la aplicación al caso del régimen excepcional previsto en el art. 246.5 LCSP, en relación con el art. 172 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, previsto para la continuación de las obras por razones de urgencia por otro empresario o por la propia Administración.

7. Finalmente, el 9 de septiembre de 2024, se formula Propuesta de Resolución por la que se acuerda lo siguiente:

«Primero.- Desestimar las alegaciones a la resolución del contrato formuladas por la UTE contratista, en todos sus términos, con base a los informes emitidos por la Dirección Facultativa y por el personal técnico designado en representación del Cabildo de La Palma para realizar el seguimiento del contrato, y los fundamentos del informe jurídico, de fecha 2 de septiembre de 2024 (antecedente Trigésimo Primero).

Segundo.- Resolver el contrato de la obra denominada NUEVO HOSPITAL DE NUESTRA SEÑORA DE LOS DOLORES (SANTA CRUZ DE LA PALMA)", (Exptes. 32/2019/CNT y 324/2019/C-LICI), suscrito con la Unión Temporal de Empresas "UTE (...)" (NIF: (...)), integrada por Instalaciones y Servicios para el Ahorro y la Eficiencia SA (CIF (...)) y (...) (CIF (...)), por incumplimiento culpable de la entidad contratista, al concurrir la causa legal prevista en el art. 211.1 f) LCSP (Incumplimiento culpable de la obligación principal del contrato y de varias de las obligaciones contractuales esenciales calificadas en el PCAP).

Tercero.- Declarar procedente la incautación de la garantía definitiva, que asciende a un importe total de 387.441,93 euros (385.264,90 euros, correspondiente al contrato original, más 2.177,03 euros del reajuste de la garantía por la modificación del contrato núm. 1), con ejecución de los avales constituidos con la entidad (...), por valor de 192.632,45 € cada uno ((...): CV nº doc. 12020000001411; (...) (MAINSA): CV nº doc.12020000001409) y la incautación del importe correspondiente al reajuste de la garantía del modificado núm. 1, constituido mediante ingreso en metálico (OINP_INP nº oper. 1202100038347).

Cuarto.- Iniciar expediente contradictorio para determinar el importe a reclamar en concepto de indemnización por daños y perjuicios, a los efectos previstos en el art. 213 LCSP, que establece que cuando la garantía no sea bastante para cubrir la responsabilidad a las que está afecta, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo de apremio, con arreglo a lo establecido en las normas de recaudación, de acuerdo con las valoraciones provisionales realizada por la Dirección Facultativa.

Quinto.- Aprobar la liquidación de las obras ejecutadas, cuyo resultado se notificará a la UTE contratista, sin perjuicio de su derecho a impugnar la valoración efectuada ante el órgano de contratación, de conformidad con el art. 246.5 LCSP y el 172.3 RGLCAP.

Una vez liquidado el contrato, se procederá a cancelar el crédito comprometido para responder del pago de las obligaciones, consignado en las aplicaciones presupuestarias 233/62702-2020 “II Plan Infraestructura Sociosanitaria” (AD, nº operación 12024000036878), proveniente del Remanente de 2020; y 233/62702-2023 “II Plan Infraestructura Sociosanitaria” (ADMC, nº operación 12024000052910) del Presupuesto General de la Corporación para 2024.

Sexto.- Que, con arreglo a los documentos anexos a la liquidación del contrato, se emplace a la UTE contratista para que proceda a la retirada de los bienes y equipos inventariados que se encuentran en el lugar de ejecución de la obra, incluidos los materiales acopiados que fueron certificados y abonados mediante la certificación nº 24, levantándose acta de las actuaciones y, en su caso, de las negociaciones y acuerdos alcanzados con la Administración sobre el destino final de los mismos, a los efectos oportunos.

Séptimo.- Adoptar las medidas de urgencia que, conforme a las indicaciones del personal técnico designado para el seguimiento de la obra, resulten necesarias para garantizar y evitar la ruina de lo construido.

Octavo.- Que se proceda a ejecutar los seguros de caución depositados por la UTE para garantizar la devolución de los abonos a cuenta por acopios de materiales, hasta alcanzar el importe que resta por devolver según el plan de devolución aprobado, que asciende a la cantidad de 291.290,48 €, todo ello sin perjuicio de los acuerdos que se puedan alcanzar sobre el destino final de los referidos materiales acopiados en la obra.

Noveno.- Que se requiera a la UTE contratista para que, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la notificación de la resolución, aporte el justificante del pago de la póliza de seguro de responsabilidad civil suscrita por la UTE para la formalización del contrato, de acuerdo con el apartado O del cuadro resumen del PCAP, a los efectos de acreditar su vigencia, al considerar que dicha póliza cubre los perjuicios patrimoniales causados en las dependencias de la Escuela de Enfermería, y se realice los trámites oportunos para la correspondiente reclamación.

Décimo.- Que, una vez sea firme la resolución del contrato, se inicie procedimiento para declarar el alcance y duración de la prohibición para contratar de las personas jurídicas integrantes de la UTE, todo ello de conformidad con el art. 72.2 LCSP.

Undécimo.- Notificar a la entidad contratista y al resto de agentes que intervienen en la ejecución del contrato la resolución del contrato. Junto con la notificación, se remitirá al contratista la liquidación aprobada por el órgano de contratación, que comprenderá la constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, de conformidad con el régimen excepcional previsto en el art. art. 246.5 LCSP, en relación con el 172.3 RGLCAP. Asimismo, la resolución será publicada en el perfil del contratante, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y del acto se dará cuenta al Consejo de Gobierno Insular del Cabildo, a la Audiencia de Cuentas de Canarias y al Registro Público de Contratos, para su conocimiento y efectos oportunos».

IV

1. Como hemos reiterado en distintas ocasiones (véase, en este sentido, el Dictamen 474/2022, de 7 de diciembre), se ha de recordar que la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento «grave» del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992). Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala, referida a cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, que «*el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos*».

Además, entre otros, en nuestros Dictámenes 334/2021, de 17 de junio y 374/2019, de 17 de octubre hemos señalado: «*(...) Una obligación contractual esencial sería aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato. Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de “denominación” que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato.*

Así resulta, como transcribe la Propuesta de Resolución, que “por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato”».

2. Las causas de resolución del contrato vienen establecidas con carácter general en el art. 211 LCSP y de forma específica para el contrato de obras en su art. 245 y, en este caso, en la cláusula 32 PCAP.

En la propuesta de resolución se señala como causa de resolución del contrato la prevista en el art. 211.1 f) LCSP, al considerar el órgano de contratación que se ha producido el incumplimiento culpable de la obligación principal del contrato y de varias de las obligaciones contractuales esenciales calificadas en el PCAP.

El art. 211.1.f) LCSP contempla como causa de resolución *«El incumplimiento de la obligación principal del contrato. Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:*

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general».

Por su parte, el PCAP que rige la contratación, en su cláusula 32, regula la resolución del contrato, remitiendo a los arts. 211 a 213 LCSP y, específicamente para el contrato de obras, en los arts. 245 y 246 LCSP.

Y en cuanto a la determinación de las obligaciones esenciales del contrato, la cláusula 32.1 dispone:

«A los efectos de apreciar la causa de resolución establecida en el artículo 211 f) de la LCSP, y sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 27 del presente Pliego, se considerarán incumplimientos de las obligaciones contractuales esenciales los siguientes:

- Los incumplimientos de las obligaciones que se hubieran calificado como condiciones especiales de ejecución del contrato en este pliego.*
- La cesión del contrato sin conocimiento ni autorización previa de la Administración.*
- La interrupción o abandono de las obras sin causa justificada ni autorización.*
- La renuncia expresa a la realización de la obra en los términos contratados.*

- La ejecución de las obras en términos diferentes a los que figuran en los documentos contractuales.

- La ejecución gravemente deficiente de las obras.

- La desobediencia a las órdenes dadas por la Administración.

- El incumplimiento de los plazos parciales o de los importes acumulados de obra ejecutada establecidos en el programa de trabajo, cuando se deduzca la imposibilidad de cumplirlos.

- El incumplimiento de los plazos establecidos para presentar el plan de seguridad y salud en el trabajo.

- La declaración incompleta o falsa de la relación de empresas que integran el grupo empresarial al que pertenece el contratista.

De conformidad con el artículo 211.2 de la LCSP, en los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo».

En este sentido, la cláusula 10 PCAP, denominada «Condiciones especiales de ejecución», establece:

«Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas a su objeto, en el sentido del artículo 145 LCSP, no sean directa o indirectamente discriminatorias y sean compatibles con el derecho comunitario.

Las condiciones especiales de ejecución para este contrato se indican en el apartado I "Condiciones especiales de ejecución" del cuadro resumen y tendrán el carácter de obligaciones contractuales esenciales».

Por tanto, para conocer las condiciones especiales de ejecución del presente contrato, debemos acudir, en primer lugar, al Apartado I del cuadro resumen del PCAP, que recoge, en su subapartado c, denominado «Otras condiciones especiales de ejecución» (pág. 12 PCAP):

« (...)

• El cumplimiento del compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de los medios personales y materiales indicados como solvencia técnica adicional recogidos en el apartado D del cuadro resumen y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la cláusula 24 del presente pliego».

Con respecto a esta condición, el apartado D del cuadro resumen PCAP (pág. 9), como solvencia técnica adicional, señala la obligación de adscribir a la ejecución del contrato al Jefe de Obra y al Encargado de Obra, con perfiles determinados.

En resumen, el PCAP contempla la presencia en la obra del Jefe de Obras y del Encargado de Obra, «*con dedicación plena*», como condición especial de ejecución y, en virtud de lo previsto en el cuadro resumen y la cláusula 32.1 PCAP, son consideradas obligaciones contractuales esenciales, cuyo incumplimiento constituye causa de resolución del contrato.

3. Sobre el contrato de obras y su cumplimiento este Consejo Consultivo ha tenido ocasión también de señalar lo siguiente, entre otros, en los Dictámenes 243/2017, de 13 de julio; 318/2021, de 10 de junio; 333/2021, de 17 de junio, y 457/2023, de 9 de noviembre:

«2. El objeto del contrato de obras es la realización de una obra, la cual se define como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble (art. 6 LCSP). El contrato de obras es, por tanto, un contrato de resultado por el cual el contratista se obliga a realizar una obra determinada por un precio alzado; además es de resultado total, porque su objeto es la ejecución de una obra completamente terminada, puesto que debe ser apta para cumplir por sí misma la función para la cual fue proyectada. Su objeto no es la actividad de construcción necesaria para realizar la prestación que debe el contratista, sino el resultado de esa actividad, una obra terminada conforme a su proyecto. Esta naturaleza de contrato de resultado comporta la indivisibilidad jurídica del mismo y de la obra que tiene por objeto, como así resulta del art. 205 LCSP que dispone que el contrato sólo se cumple por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. Esto significa que no puede ser cumplido por el contratista de forma parcial y sucesiva mediante la ejecución de las distintas fases del proceso constructivo, ni la Administración queda obligada al pago hasta que no se le entregue la obra completamente terminada, tal como resulta del art. 215 LCSP que establece que los abonos al contratista por las operaciones preparatorias y por las certificaciones de la obra ejecutada mensualmente tienen la naturaleza de pagos a cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, por lo que en ningún caso suponen la aprobación y recepción de las obras parciales que comprenden. Únicamente después de que el contratista cuando éste haya ejecutado, a satisfacción de la Administración, la totalidad de la obra con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato, lo cual se constata por el acto formal y positivo de recepción o conformidad, cuya fecha de realización representa el dies a quo tanto del plazo de tres meses para aprobar la certificación final de las obras y abonarla al contratista a cuenta de la liquidación del

contrato, como del plazo de garantía a cuyo término, si el estado de las obras es el adecuado, surge su derecho a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes que deberá efectuarse en el plazo de sesenta días (art. 218 LCSP). (...)

3.2. Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones contractuales (por todos, Dictámenes 300/2020, de 16 de julio; 243/2019, de 20 de junio; y 106/2020, de 14 de mayo), sobre qué debe entenderse por “incumplimiento de la obligación principal del contrato”, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, la STS de 1 de octubre de 1999, que señala que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de “denominación” que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato.

3.3. Por lo demás, se ha de recordar -tal y como ha manifestado de forma reiterada este Organismo Consultivo, v.gr., Dictamen 158/2014, de 29 de abril; o 300/2014, de 3 de septiembre-, que la resolución es el último remedio ante un contrato en crisis y, conforme indica la STS de 26 de marzo de 1987, existen otras alternativas de aplicación previa como es la aplicación de penalidades que, como en la resolución, sólo podrían imponerse “cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra (...) pues, como añade esta misma sentencia, “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista” (...)».

4. Por tanto, procede analizar si en el presente caso, concurre la causa de resolución prevista en el art. 211.1.f) LCSP para lo cual es preciso examinar el contenido del expediente de contratación.

4.1. El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Estamos ante un contrato de obras cuyo objeto lo constituye la ejecución de obras de reforma y rehabilitación de una edificación existente, que albergaba las dependencias del antiguo Hospital de Nuestra Señora de las Nieves, en Santa Cruz de La Palma, para adaptar los espacios interiores y exteriores a las necesidades del nuevo Hospital de Nuestra Señora de Los Dolores y a la aplicación de la nueva normativa, especialmente, la referida a accesibilidad y supresión de barreras físicas.

Su finalidad desde el punto de vista del interés público que subyace en toda obra pública, no sólo aumentar el número de camas, sino mejorar la calidad, especializando la asistencia, disponiendo de una unidad de hospitalización de media estancia o recuperación funcional, una unidad de hospitalización de larga estancia o asistencia socio-sanitaria y una unidad de cuidados paliativos. También se prevé espacios para la incorporación de otras posibles unidades específicas como psicogeriatría y salud mental.

Y en cuanto al plazo de ejecución del contrato, se estipula en de 36 meses, cuyo cómputo se iniciará a partir del día siguiente a la firma del acta de comprobación de replanteo de la obra.

De acuerdo con lo que hemos señalado en la doctrina citada anteriormente, el contrato de obras es un contrato de resultado, de modo que sólo se cumple cuando se entrega la obra, es decir, el contratista se obliga a entregar la obra totalmente terminada, por un precio alzado, en el plazo estipulado.

En estos casos, el tiempo opera como simple circunstancia de la prestación. Por ello, el contrato no se extingue porque llegue una determinada fecha, sino cuando se concluye la prestación pactada, es decir, cuando se entrega la obra.

En los contratos con plazo de ejecución, como es el contrato de obras, cuando expira el plazo inicial pactado sin que todavía se haya realizado totalmente la prestación pactada:

- No puede considerarse extinguido el contrato por cumplimiento, puesto que estos contratos sólo se cumplen cuando se realiza la prestación pactada (con independencia de si se esto ocurre antes o después de la fecha inicial señalada en el contrato).

- Sí podría quedar extinguido el contrato por resolución (fundada en el incumplimiento del plazo imputable al contratista) pero para ello sería necesario tramitar el correspondiente expediente de resolución contractual.

En el caso que nos ocupa el objeto del contrato fue objeto de modificación (modificado n.º 1) por la detección durante los trabajos de demolición de elementos de fibrocemento con amianto que supuso un incremento en el precio de 46.588,40 € (0,56 %) y con un incremento del plazo de ejecución de 3 meses. Por lo que la fecha de finalización de la obra pasaría al 28 de enero de 2024. El modificado n.º 2 no llegó a aprobarse definitivamente por la oposición del contratista a la modificación del contrato.

En la fecha en que finalizó el plazo máximo de ejecución (28 de enero de 2024), dice la Dirección de Obra, entre otros, en su informe incidencias núm. 15, que la entidad contratista había ejecutado obra en un porcentaje notablemente inferior.

La ejecución de la obra comenzó el 28 de octubre de 2020 y consta, en los informes de incidencias de la Dirección Facultativa, que el ritmo y desarrollo de las obras ha estado desde el principio muy por debajo de lo previsto. De este modo, el 20 de diciembre de 2021, la Dirección facultativa emitió informe de incidencias n.º 6, dando cuenta del deficiente ritmo de ejecución. Se informa, así, que hasta la fecha de la última certificación de obra emitida (certificación n.º 13 de fecha 29 de noviembre de 2021), se ha ejecutado un total de un 10,66 % de la obra, cuando en realidad se tendría que haber ejecutado según el plan de trabajo elaborado por la propia empresa adjudicataria, un 21,83 %. Y el 18 de enero de 2022, la Directora de la Obra emitió informe de incidencias n.º 7, donde expuso que *«el ritmo y desarrollo de las obras ha estado desde el principio muy por debajo de lo previsto cuyas causas se debe principalmente a la propia organización de la empresa: la falta de medios y escasez de personal para una obra de esta envergadura»*.

La UTE atribuye el porcentaje de ejecución a la necesidad de modificar el contrato (modificación n.º 2) y, consiguientemente, reclama su suspensión debido a la afección masiva de las unidades que restaban por ejecutar en el proyecto, que imposibilitaban continuar ejecutando la obra hasta tanto no se aprobara el referido modificado.

Sin embargo la Dirección Facultativa, que fue la que solicitó la aprobación del modificado n.º 2, manifestó en reiteradas ocasiones que la tramitación de esta modificación no impedía continuar con las obras. De este modo, consta que la Dirección facultativa el día 10 de junio de 2022 en el informe de incidencias n.º 9, manifiesta que *«el ritmo de la obra sigue siendo bajo existiendo numerosas unidades de obra que aún no se han iniciado de forma injustificada, no existiendo ningún impedimento para desarrollar dichas actividades en estos momentos (...)»* y concluye *« (...) la modificación del proyecto solicitado en estos momentos no impide continuar con los trabajos, es decir, no afecta a unidades críticas a corto ni medio plazo, entiéndase por un periodo de tiempo aproximado de 9 meses, ni tampoco en estos momentos supone un retraso o ralentización del desarrollo actual de la obra toda vez que ya hemos explicado extensamente las unidades de obra que se pueden ejecutar y que aún no se están realizando por causas internas de la propia organización de la empresa, por lo tanto no procede la suspensión temporal de las obras (...)»*.

El 27 de septiembre de 2022, la Directora de Obra en el informe de incidencias n.º 11, insiste en que existe un claro y evidente retraso de la obra, así como un incumplimiento sistemático del programa de trabajo, incluso antes de que se detectaran circunstancias sobrevenidas durante el proceso de ejecución, y que ni tan siquiera las unidades detectadas que han sido objeto del modificado n.º 1 y las que son objeto del modificado n.º 2 justifican esta circunstancia. En dicho informe señala que hasta la fecha la empresa no ha sido capaz sino de ejecutar un 30,16 % de la totalidad de la obra en un plazo de 22 meses, y considera que es prácticamente imposible que sean capaces de finalizar la totalidad del contrato incluido las denominadas «mejora n.º 1» y «mejora n.º 2», en lo que resta de plazo que son 16 meses. Y recuerda que las unidades que serán objeto del modificado n.º 2, no justifica que no se ejecuten otras unidades de obra y mucho menos el bajo ritmo de los trabajos que se ha venido detectando mes tras mes desde el inicio de la obra.

Por tanto, la Dirección de obra considera injustificada la negativa constante de la empresa a ejecutar e iniciar determinados trabajos ya que existen unidades de obra que se pueden ejecutar en estos momentos y/o que no están afectadas por modificaciones del proyecto.

Por ello, mediante Resolución del Órgano de Contratación, de 20 de diciembre de 2022, se desestima la solicitud de suspensión temporal total del contrato, presentada por la unión temporal de empresas continuando con la ejecución del contrato.

Pese a todo ello, expirado el 28 de enero de 2024 el plazo máximo de ejecución, la Dirección facultativa informa el día 4 de marzo de 2024 (informe de incidencias n.º 14), que la empresa de forma unilateral ha paralizado la obra, al señalar que *«la obra se encuentra en estado casi de abandono, no se están realizando ningún tipo de trabajos, solamente se encuentra en la obra un trabajador que prácticamente lo que hace es más bien una labor de vigilancia de las instalaciones, es decir, la empresa de forma unilateral ha decidido paralizar la obra pese a que esta no se ha finalizado existiendo numerosas unidades de obra que se pueden y deben seguir ejecutando y que no se encuentran afectadas por el proyecto modificado nº2*

(...) la obra se encuentra desde hace meses sin la figura del jefe de obra y encargado de obra designados, incumpliendo la empresa contratista el compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de los medios personales del jefe de obra y encargado de obra».

Finalmente se constata que el porcentaje de ejecución, según el último programa de trabajo aprobado alcanza el 47,82 % cuando era posible, según el

informe n.º 15 de la Dirección Facultativa, alcanzar un porcentaje del 74,06 %. Y que el contratista abandona la obra, paralizando su ejecución de manera unilateral.

Si bien, es cierto que la necesidad de redacción del proyecto de modificación del contrato n.º 2 incidió en que el ritmo se ralentizara con respecto a las unidades de obras afectadas por la modificación esto no implicaba, necesariamente, declarar la suspensión de la ejecución del contrato, tal y como informó la Dirección Facultativa en su informe de incidencias n.º 9, quien exhaustivamente indicó aquellas partidas que pueden ejecutarse no afectadas por el modificado.

Finalmente, si el contratista abandona la obra, paralizando su ejecución de manera unilateral, esta circunstancia supone un evidente incumplimiento de la obligación principal del contrato.

4.2. Incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales.

Además del incumplimiento de la obligación principal del contrato, se ha producido durante la ejecución del mismo el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales del contrato.

Del tenor literal de la cláusula 32.1 PCAP, podemos afirmar que, asimismo, se cumple el segundo de los requisitos, ya que dicha cláusula enumera, de manera clara e inequívoca, aquellas obligaciones cuya vulneración considera incumplimientos de obligaciones contractuales esenciales, a efectos de apreciar la causa de resolución establecida en el art. 211.1 f). Dichos incumplimientos son:

- La desobediencia a las órdenes dadas por la Administración:

En los documentos incorporados al expediente (informes y libro de órdenes de la dirección facultativa) que, de manera reiterada, el contratista incumple las órdenes tanto verbales como escritas realizadas por la dirección facultativa.

Así en el informe jurídico incorporado al expediente se especifican los libros de órdenes donde figuran anotados los constantes y reiterados incumplimientos, y por otra parte, en los informes de incidencias constan incumplimientos reiterados de las órdenes referidas a la gestión de residuos generados en la obra, inobservancia reiterada de las órdenes para la desconexión total de la red de suministro eléctrico y agua del área de actuación, incumplimiento de las órdenes de reparación de las filtraciones de agua de la lluvia en el interior de las dependencias de la Escuela de Enfermería, que se debían a deficiencias de ejecución de la obra, negativa constante

de la empresa a ejecutar e iniciar determinados trabajos injustificadamente, desoyendo las órdenes directas de la dirección facultativa de forma reiterada.

- La ejecución gravemente deficiente de las obras:

El incumplimiento de esta obligación contractual esencial está documentado en el expediente en diversos informes emitidos por la Dirección de Obra, como en los siguientes:

En el informe de incidencias n.º 5 (mayo 2021), con respecto a daños provocados en la Escuela de Enfermería, por las obras de demolición:

«- Que tras la visita diaria de obra realizada la mañana del día 28 de abril de 2021 y como consecuencia de la ejecución de los trabajos de demolición que se están realizando en la planta primera en la zona de hospitalización general que se encuentra justo sobre la escuela de enfermería, se detecta en el recinto de obra una fuga de agua originada por la rotura de las tuberías existentes, ocasionando daños en las dependencias de la escuela de enfermería donde además se detecta la caída de cascotes.

Ante esta situación la dirección facultativa ordena de forma verbal a la empresa contratista que proceda de inmediato a ejecutar los trabajos oportunos para detener la fuga de agua y emplear los medios de seguridad necesarios para evitar la caída de cascotes, así como también, reparar los daños ocasionados.

Posteriormente, ese mismo día y finalizada la visita de obra, los trabajadores que acudían a la escuela de enfermería (personal de seguridad y limpieza) nos alertan de que en el interior de dichas dependencias se siguen produciendo los hechos antes mencionados y que además han aumentado las filtraciones de agua, es decir, no se ha resuelto la situación por parte de la empresa contratista e incluso se ha agravado».

En el informe de incidencias n.º 14 se dice que se han detectado unidades de obra ya ejecutadas que presentan deficiencias como consecuencia de una mala ejecución y/o elementos que se han visto dañados en el proceso de ejecución de otras unidades, como es la defectuosa ejecución de la capa de hormigón que servirá de base para la posterior ejecución del pavimento, detectados en la totalidad de la planta primera y parte de la planta baja, filtraciones de agua de lluvia a través de la cubierta en algunas zonas de la edificación, mala ejecución de los acabados de la totalidad de las fachadas.

- La interrupción o abandono de las obras sin causa justificada ni autorización:

La escasa actividad desarrollada quedó reflejada, primeramente, en la certificación ordinaria de diciembre de 2023. La certificación emitida en concepto de los trabajos realizados en enero de 2024 ascendió a 0 €. La propia entidad contratista

reconoce el cese de la actividad de construcción en el mes de diciembre de 2023, en su escrito de 21 de marzo de 2024 (pág. 4), cuando reitera su solicitud de suspensión de forma inmediata

Y en el informe de incidencias n.º 14 (marzo 2024), la Dirección de Obra dice: *«que actualmente, la obra se encuentra en estado casi de abandono, no se están realizando ningún tipo de trabajos, solamente se encuentra en la obra un trabajador, que prácticamente lo que hace es más bien una labor de vigilancia de las instalaciones, es decir, la empresa de forma unilateral ha decidido paralizar la obra pese a que esta no ha finalizado existiendo numerosas unidades de obra que se pueden y deben seguir ejecutando y que no se encuentran afectadas por el proyecto modificado N°2 y que de forma genérica se enumerar a continuación: Instalaciones (...) Edificación (...) Urbanización exterior (...) y Actuaciones de mejora (...)».*

- El incumplimiento de la adscripción a la ejecución del contrato del Jefe de Obra y del Encargado de Obra.

El PCAP contempla la presencia en la obra del Jefe de Obras y del Encargado de Obra, *«con dedicación plena»*, como condición especial de ejecución y, en virtud de lo previsto en el cuadro resumen y la cláusula 32.1 PCAP, son consideradas obligaciones contractuales esenciales, cuyo incumplimiento constituye causa de resolución del contrato.

Pues bien, la Dirección Facultativa, mediante informe de incidencias n.º 13, de enero 2024, dice: *«Que tras intentar contactar y localizar en la obra, sin éxito, con el actual jefe de obra designado(...) según consta en la resolución del Excmo. Cabildo Insular de la Palma nº 2022/11338 de fecha 29/11/2022, el pasado día 9 de enero de 2024 (...) siendo el gerente de la empresa contratista conformada por la unión temporal de empresas denominada UTE (...), me comunica por vía telefónica que dicho jefe de obra ha finalizado su contrato de trabajo y ya no se encuentra desempeñando dichas funciones.*

Que tras varias visitas de obra realizadas a finales del mes de noviembre (año 2023), diciembre (año 2023) y enero (año 2024), se detecta que tampoco se encuentra desempeñando sus funciones el encargado de la obra designado hasta el momento, (...), con el cual hemos intentado contactar y localizar también sin éxito para trasladar algunos aspectos técnicos de la obra.

Que actualmente no se encuentran disponibles en la obra ni el jefe de obra ni el encargado de obra designados hasta el momento por la empresa contratista la UTE (...).

Por su parte, el informe de incidencias n.º 14, menciona igualmente el incumplimiento cuando afirma: *«Que como ya se informó el pasado 11 de enero de 2024*

(informe de incidencias nº 13) la obra se encuentra desde hace meses sin la figura del jefe de obra y encargado de obra designados, incumpliendo la empresa contratista el compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de los medios personales del jefe de obra y encargado de obra».

La UTE no comunicó la sustitución de dicho personal por otro con cualificación suficiente. Según manifestó la Dirección de Obra (informe de incidencias n.º 13), la ausencia del encargado se produjo desde finales del mes de noviembre y la del Jefe de Obra desde el mes de diciembre. Por tanto, estamos ante un incumplimiento claro de una condición especial de ejecución que se prolongó en el tiempo

Debe matizarse, no obstante, que la cláusula 27.1 PCAP prevé que no toda vulneración de las condiciones especiales de ejecución puede ser causa de resolución del contrato. Exceptúa aquellos casos en que se considere que la actuación es aislada y susceptible de reconducción y que la resolución del contrato no resulta conveniente para el interés público, en cuyo caso se sustituirá por el régimen de penalidades previsto en dicha cláusula. Sin embargo, en este caso, los incumplimientos detectados en la ejecución del contrato son reiterados en el tiempo, no puntuales, sino en cierta forma sistemáticos y además injustificados, lo que revela una actitud de la UTE contratista contraria a la terminación de la obra conforme al proyecto y al contrato suscrito.

Esos defectos e incumplimientos en la ejecución del contrato por parte del contratista, que terminan con una abandono de la obra de manera unilateral, son lo suficientemente graves como para acarrear la resolución del contrato, teniendo en cuenta además la necesidad del interés público en su pronta finalización al tratarse de un nuevo centro hospitalario que pretende hacer frente a la demanda asistencial aumentando el número de camas y mejorando la calidad de la asistencia sanitaria y sociosanitaria.

4.3. En relación a la pretensión de la UTE de justificar el indiscutible incumplimiento del objeto del contrato por vía de trasladar la demora significativa en realización de la obra a la propia Administración contratante, y en particular a supuestas deficiencias/insuficiencias en el proyecto constructivo que harían necesaria su modificación (que por otra parte, la propia UTE manifiesta su oposición al modificado n.º 2), conviene tener presente que el proyecto fue elaborado por técnicos y aprobado y supervisado por técnicos de la Administración y sobre tal proyecto constructivo la UTE decidió, voluntariamente y previa su labor de estudio técnico/económico, participar en la contratación como así hicieron otras empresas,

por lo que tal proyecto no le parecería tan irrealista a la UTE contratista en su posibilidad económica, técnica y temporal y sin perjuicio de que haya algunos elementos constructivos cuyo estado real sólo se puede determinar con precisión una vez que quedan descubiertos y de que hayan de implementarse/adaptarse las soluciones técnico/constructivas conforme a las indicaciones concretas de la Dirección Facultativa e incluso llegando, si es necesario, a modificados del proyecto y en su caso del contrato en cuanto puedan implicar sobrecostes imprevistos e imprevisibles o nuevas unidades de obra.

Además, consta en el expediente que con fecha 27 de octubre de 2020, se firma el acta de comprobación del replanteo (art. 237 LCSP), en la cual se hizo constar la viabilidad de la obra, con la única observación relativa al acceso temporal por la puerta trasera del edificio. Por tanto, con la citada salvedad del acceso temporal, la entidad contratista no formuló ninguna alegación, oposición o reserva, mostrando así su plena conformidad con el proyecto y a la viabilidad del mismo. Siendo, además, ese el momento procedimental adecuado para oponer todos los defectos del proyecto que pudieran dificultar notablemente o impedir la ejecución del mismo.

La UTE contratista ha solicitado la suspensión total del contrato en dos momentos:

1º. El 18 de mayo de 2022, cuyos argumentos basó en la necesidad de modificar el proyecto (modificado n.º 2) y la imposibilidad de continuar ejecutando obras conforme al proyecto original, por encontrarse afectado masivamente por la referida modificación.

2º. El 1 de febrero de 2024, cuando se le dio traslado del documento proyecto modificado n.º 2, en el trámite de audiencia concedido previo a la aprobación de la modificación del contrato. Esta última solicitud, que fue reiterada el 21 de marzo de 2024, aludió a las insuficiencias del proyecto modificado que, desde su punto de vista, resultó inadecuado para poder continuar con las unidades de obra pendientes de ejecutar.

Sin embargo, no se acordó tal suspensión total de la obra por cuanto no estaba justificada con base a los informes emitidos por la Dirección Facultativa (informes de incidencias n.º 9 y 11), cuyo sentido fue ratificado por el técnico designado como representante de la Administración. Estos informes concluyen que la tramitación de la modificación no exigía la suspensión temporal total de la ejecución de las obras en un horizonte a corto y medio plazo, describiendo aquellas obras que podían ser

ejecutadas y que no estaban afectadas por el modificado n.º 2. Por tanto, no nos encontrábamos, por tanto, en el escenario del art. 242.5 LCSP, previsto para cuando la tramitación de una modificación exija la suspensión temporal total de la ejecución de las obras. A pesar de ello la UTE, frente a la negativa de la Administración a su solicitud de suspensión total de la obra, se limitó a paralizar una obra ya sobradamente retrasada.

Por todo lo señalado, este Consejo considera que procede la resolución del contrato por causa imputable al contratista, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 211.1 f) LCSP.

5. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, se encuentran previstos en los arts. 213 y 246 de la LCSP.

En este sentido, de acuerdo con el art. 213.3 LCSP, «cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada». En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida (art. 213.5 LCSP). El importe de los daños y perjuicios se determinará de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto, quedando entre tanto retenida la garantía (art. 113 RGLCAP).

Este Consejo Consultivo ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declare el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que si el importe de los daños y perjuicios causados supera el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación (por todos, Dictámenes 510/2020 de 3 de diciembre, 363/2018, de 12 de septiembre y 196/2015, de 21 de mayo).

En el caso que nos ocupa, la Administración en la propia Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato, acuerda el inicio de expediente contradictorio para determinar el importe a reclamar en concepto de indemnización por daños y perjuicios, a los efectos previstos en el art. 213 LCSP.

Sobre esta última cuestión, no debe olvidarse que, aun cuando en el acuerdo de resolución contractual se inicie el expediente para la determinación de los posibles daños y perjuicios que ocasione la resolución del contrato por incumplimiento

culpable del contratista, con posterioridad, para su determinación, debe tramitarse un procedimiento contradictorio con una decisión motivada y previa audiencia al contratista, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 113 RGLCAP.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se procede a la resolución del contrato administrativo de obras denominado «*Nuevo Hospital de Nuestra Señora de Los Dolores (Santa Cruz de La Palma)*», suscrito con la «UTE (...)», se considera conforme a Derecho, al incurrir en la causa de resolución prevista en el art. 211.1.f) LCSP, tal como se razona en el Fundamento IV del presente Dictamen.