



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de marzo de 2012.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de obras denominado "Centro de Salud y Unidad de Salud Mental La Laguna-Mercedes" (EXP. 77/2012 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

Mediante escrito de 1 de febrero de 2012, la Consejera de Sanidad interesa preceptivamente dictamen por el procedimiento ordinario -de conformidad con los arts. 11.1.D.c), 12.1 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1098/2011, de 12 de octubre, y los 194 y 195 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)- sobre la Propuesta de Resolución por la que se insta la resolución del contrato de obras -de construcción de un Centro de Salud y Unidad de Salud Mental, en La Laguna, adjudicado a la empresa B.C., S.A.- causa imputable al contratista, al producirse la paralización de la obra, que ha quedado en situación de abandono con el consecuente incumplimiento de los plazos.

Así, se argumenta al respecto la productividad en términos de obra ejecutada desde el mes de julio de 2010 es cero, sin preverse avances en los diversos capítulos de la obra, de modo que, siendo la cifra que habría que certificar este año de 2.974.579, 36 euros, resulta imposible de ejecutar la correspondiente obra al ritmo actual.

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

La Propuesta de Resolución también determina la incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista para responder del cumplimiento del referido contrato, contemplándose asimismo la realización de los actos conducentes 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, a cuyo efecto se citará a éste en el domicilio que figure en el expediente de contratación.

II

1. Por Orden de La Consejera de Sanidad, de 12 de noviembre de 2007, se inicia expediente de contratación para la ejecución de las obras del referido Centro de Salud por un importe de 5.543.084,75 euros.

Por Orden de 23 de enero de 2008 se adapta el Pliego al Plan Regional de Infraestructuras y se distribuye el costo por anualidades de la siguiente forma: Año 2007: 55.430 euros (1 % interés cultural); año 2008: 1.019.633,00 euros; año 2009: 2.643.022,00 euros; año 2010: 1.142.928,00 euros; año 2011: 737.501,75 euros; y año 2012: 554.308,48 euros.

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

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

Por Orden de 3 de octubre de 2008 se adjudica provisionalmente el contrato de las obras a la empresa B.C., S.A., por un importe de 4.711,622, 03 euros.

Por Orden de 22 de octubre de 2008 se adjudica definitivamente el contrato.

El 27 de octubre de 2008, se firma el contrato administrativo por el importe de adjudicación y un plazo de ejecución de 40 meses a partir del día siguiente de la firma del acta de replanteo, que tiene lugar el 20 de noviembre de 2008, autorizándose su inicio.

2. La obra se empieza a ejecutar, emitiéndose un total 26 certificaciones de obra; la primera de ellas el 1 de noviembre de 2008 y la última el 26 de diciembre de 2010, con un importe total de 2.874.529 euros, no realizándose a partir de esta fecha

ninguna actuación más. Por eso, la obra se encuentra en situación de abandono, con un 58% de porcentaje de ejecución aproximadamente; razón por la que el contratista ha incumplido los plazos parciales acordados para la ejecución de la obra y, en consecuencia, existe la razonable presunción de que se incumpla la fecha de finalización, habida cuenta que el plazo de ejecución, de cuarenta meses, vence en marzo de 2011.

3. En este sentido, el 3 de noviembre de 2010 se emite informe del Servicio de Infraestructuras señalando tanto la imposibilidad de concluir las obras en la fecha prevista en el contrato como los referidos incumplimientos parciales con reflejo en el planing vigente.

El 15 de diciembre de 2010 se dicta Orden de inicio de expediente de resolución de contrato de las obras, notificándose al contratista, que realiza alegaciones, de 23 de diciembre de 2010. Este procedimiento caduca por transcurrir el plazo previsto para resolver, y así se resuelve.

4. El 21 de noviembre de 2011 se inicia nuevo procedimiento resolutorio, notificándose la Orden que lo acuerda al avalista y al contratista el 24 de noviembre de 2011. Por tanto, una vez más y en aplicación de lo dispuesto en el art. 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), en relación con lo previsto en el art. 42.2 y 3.a) de la misma Ley, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, asumida en sus efectos tanto por este Organismo como por el Consejo de Estado, pese a su doctrina contraria a la procedencia jurídica de la misma al no entenderse técnicamente aplicable tal precepto, por su carácter y fin, a la resolución contractual, resulta que el procedimiento se ha caducado al transcurrir tres meses desde su inicio sin haberse resuelto y notificado la resolución al interesado.

Al respecto se observa que, producida la caducidad el 21 de febrero de 2011, la solicitud de Dictamen en este supuesto tuvo entrada en este Organismo el 15 de ese mes, sin apenas tiempo para admitirla y remitirla a la Sección competente a los efectos oportunos, y aun menos lógicamente para elaborar, debatir y aprobar el correspondiente Proyecto de Dictamen a la luz del expediente remitido, antes de que ocurriera. En todo caso, no sólo no se recaba el Dictamen haciendo constar su urgencia, justificándola si fuere posible, siendo por cierto relevante al efecto la fecha en la que se realiza la solicitud, sino que, procediendo las subsanaciones

procedimentales que a continuación se indican, el efecto referido se hubiese producido inevitablemente.

En consecuencia, ha de resolverse señalando esta circunstancia de caducidad, con indicación de los hechos producidos (art. 42.1 LRJAP-PAC), sin perjuicio de iniciar otro procedimiento contractual de resolución, formalmente y con audiencia, a la vista de todo lo actuado hasta entonces, al contratista y, en su caso y según se ha procedido ya, al avalista, formulándose la consiguiente Propuesta de Resolución (art. 89 LRJAP-PAC) para ser dictaminada, debiéndose al efecto tener en cuenta lo que se expone en el Fundamento IV de este Dictamen sobre trámites a realizar, en especial en relación con informe determinante emitido tras la audiencia concedida, y la motivación de la resolución.

III

El 5 de diciembre de 2011 se recibe escrito del contratista en el que manifiesta que la obra ha sido ejecutada conforme al proyecto y a las órdenes e instrucciones de la Dirección facultativa, cumpliendo en todo momento con lo estipulado en el contrato firmado entre las partes. Por ello, entiende improcedente la incoación de un nuevo expediente de resolución, máxime cuando la contrata no ha incurrido en causa alguna de incumplimiento contractual. Es más, manifiesta que ha sido la propiedad quien ha incumplido el contrato porque, en esa fecha, adeuda el pago de certificaciones por importe de 21.033,04 euros y debe indemnizar al contratista por daños derivados de la paralización de la obra, que se acordó como medida de seguridad por colocación de una línea subterránea de media tensión, desde el 9 junio de 2009 hasta el 15 de septiembre de 2009, evaluándose tales daños en 277.095, 88 euros. En definitiva, la Administración no puede, a su juicio, acordar en forma alguna la resolución del contrato de acuerdo con lo establecido en el art. 1124 del Código Civil.

A mayor abundamiento, el contratista alega que han sido las dificultades presupuestarias de la Administración las que le obligaron a adaptar el ritmo de la obra, aunque ello no impide que finalice en el plazo estipulado, cumpliéndose el plazo de ejecución el 20/3/2012. Al respecto la Administración no ha tenido en cuenta el tiempo que la obra estuvo paralizada, 98 días, por orden de la Dirección Facultativa, de modo que tal plazo debe ampliarse en ese tiempo.

El 9 de diciembre de 2011 se reciben las alegaciones del avalista, según las cuales no se acredita el incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones contractuales que motive la incautación de la garantía, ni, subsiguientemente, la procedencia de la

propuesta de comprobación, medición y liquidación del contrato de obras por resolución del mismo. Además, solicita la remisión de documentación con suspensión del trámite de audiencia, para poder formular nuevas alegaciones a su vista, siéndole remitida la documentación solicitada.

Con fecha 1 de febrero de 2012 se formula Propuesta de Resolución, en cuyo antecedente de hecho decimoctavo se dice que se ha emitido informe de los Servicios Jurídicos en fecha que figura en blanco, informe que, por lo demás, no obra en el expediente remitido.

IV

1. Según se indicó, el contratista se opone, en primer lugar, a la resolución al alegar incumplimiento previo de la Administración, que le adeuda cierta cantidad; lo que, a su juicio y en aplicación del art. 1224 del Código Civil, impide tal actuación, aparte de incluir en la cantidad debida por la Administración el daño que le ha causado la paralización de las obras por la razón reseñada y por orden unilateral de la Dirección facultativa. Y añade que han sido las dificultades presupuestarias de la Administración las que generan el impago y la adaptación a la baja del ritmo de la ejecución de las obras, aunque ello no impediría terminarlas en plazo, no habiéndose cumplido el de ejecución estipulado y debiendo ampliarse con los días de paralización.

En cuanto a las alegaciones de la Administración, señala el incumplimiento de plazos parciales de ejecución, pero sin precisarlos, basando su argumento de incumplimiento del plazo para ejecutar la obra en tal alegato y en la cuantía del presupuesto de obra pendiente de aplicación, haciéndolo inviable el ritmo de ejecución de la obra en ese momento. Así, no estaría terminada en la fecha correspondiente, el 20 de marzo de 2012 (informes de 14 y 15 de octubre de 2010 y de 15 de noviembre de 2011).

Pese a los datos informados y la consiguiente consecuencia antedicha, el contratista niega ésta porque considera que tales datos no implican que la obra no se finalice antes de la fecha contractualmente prevista, contando con suficientes medios materiales, técnicos y humanos para ello. Y, concretamente, advierte que la Administración ha actuado en base a hipótesis y presunciones en relación con trabajos reanudados, como le consta a aquella en diciembre de 2010, de modo que se acabara el plazo al restar un 39% de ejecución y 36.7% de plazo.

Sin embargo, en informe de 14 de febrero de 2012 se dice que la obra lleva abandonada hace más de un año y, por supuesto, no podrá finalizarse en la fecha convenida, incumpléndose sobradamente el plazo de ejecución.

Este último informe, ciertamente determinante para justificar la causa de resolución alegada por la Administración y, por ende, desactivar el argumento en contrario de la contrata, en relación tanto con supuestos incumplimientos parciales, como con la eventualidad, en diciembre de 2010, de poderse acabar la obra en fecha, según los porcentajes entonces restantes de ejecución y plazo de la obra, no parece que lo conozca el contratista, no formando parte de los expedientes resolutorios incoados que se le trasladan para su vista y audiencia; lo que supone un vicio relevante de procedimiento que le causa indefensión, particularmente al contradecir sin respuesta sus argumentos contra la resolución contractual, así como una limitación importante para el pertinente pronunciamiento de este Organismo al respecto.

2. Tampoco puede olvidarse que el contratista reclama a la Administración que le indemnice el daño que le causó la paralización de las obras y, es más, cuestionar que la Administración no haya tenido en cuenta ese tiempo, habiéndose producido por orden administrativa, para ampliar pertinentemente el plazo de ejecución, cuyo incumplimiento por esta causa añadida no puede imputarse al contratista, sin haber por ello la resolución por su culpa.

Al efecto se observa que, si la demora se produce por motivos no imputables al contratista y este ofrece cumplir sus compromisos, la Administración concederá al respecto un plazo igual, al menos, al tiempo perdido (art. 197.2 LCSP). En este sentido, la Administración rechazó la solicitud de suspensión en junio de 2009 por la paralización producida, pese a ser ordenada por la Dirección de las obras, al entender inminente el fin de su causa, aunque, además de lo antedicho, esto solo ocurrió más de tres meses después, sin ampliarse el plazo de ejecución, ni reconocerse al contratista derecho o indemnización alguna.

Sin embargo y dadas las circunstancias, la contrata cuando menos tenía derecho a la compensación en el plazo del contrato, afectando a los plazos parciales y a la fecha de terminación de la obra y, desde luego, a que se desestime su solicitud de forma debida y justificadamente motivada, habiéndose procedido en base a un mero informe y sin Resolución expresa.

Desde esta perspectiva resulta aparentemente infundado que en octubre de 2010 se aduzca retraso en la ejecución de las obras y se proponga al mes siguiente la

resolución del contrato por este motivo, antes incluso de que se reanudaran las obras paralizadas sin culpa del contratista y por orden, de nuevo, de la Dirección facultativa; lo que no es, per se y salvo justificación específica al efecto, de recibo.

En este orden de cosas, lo procedente habría de ser, aparte de lo expuesto sobre la prórroga de los plazos, que, si consta a la Administración retraso injustificado en la ejecución de la obra, se dispusiera lo legalmente determinado al respecto, incluyendo la aplicación de cláusulas penales recogidas en el pliego (Cláusula 26 bis), sin consentir supuestos incumplimientos y luego optar, sin más, por la resolución del contrato con base, por lo demás, en argumentos como los utilizados y contestados, sin fundamentación definitiva al respecto.

3. En efecto, en el expediente no acaba de aclararse la causa de la demora en la ejecución. Desde luego, el impago de certificaciones, alguna de cuantía escasa, no puede ser la razón, sin caber el argumento del contratista para oponerse por este motivo, pues la legislación administrativa de contratos, de preferente aplicación a la civil, no faculta a incumplir su obligación contractual principal por supuesto incumplimiento de la Administración en el pago. En este sentido, la cuestión ha de resolverse como prevé el art. 200 LCSP, que dispone de un mecanismo compensatorio previo a la resolución, que procede sólo en los supuestos determinados de incumplimiento del contrato.

No obstante, sin duda cabe que la situación de insolvencia del contratista y los embargos trabados haya generado la ralentización, en incremento y sin solución de continuidad hasta acabar parando la actividad, en la ejecución del contrato, habiendo cedido incluso sus derechos de crédito. Así, la Administración manifiesta que la colisión de estos derechos al cobro de certificaciones tuvieron como efecto un retraso en su abono efectivo, sin que tampoco pueda tenerse en cuenta al respecto las alegadas dificultades presupuestarias para pagar, con retraso en el ritmo de la obra, salvo prueba en contrario, pues en principio se trata de un contrato con consignación presupuestaria expresa y cuantificada en cada año de ejecución.

4. En definitiva, si el contratista incumplía, la Administración debía efectuar, desde el primero de tales incumplimientos, la pertinente advertencia y apercibimiento de sanción, de modo que, en su caso y por reiteración de conducta, cabría justificar la resolución por incumplimientos de los plazos parciales [art. 206.d) LCSP] y, por ende, del plazo de ejecución global. Pero para proceder a tal resolución

deben acreditarse todos los antedichos extremos, fundándose de manera rigurosa previa depuración de los hechos que motivan la incoación de tal procedimiento.

En cualquier caso, ha de significarse que, por la fecha de adjudicación del contrato, 22 de octubre de 2008, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera.2 y la disposición final duodécima LCSP (entrada en vigor el 30 de abril de 2008), la legislación aplicable a este procedimiento resolutorio es la citada Ley y no el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyos preceptos se citan en el expediente y la Propuesta de Resolución, por más que haya coincidencias notables entre ambos textos legales.

C O N C L U S I Ó N

Sin perjuicio de las observaciones expresadas en los Fundamentos III y, sobre todo, IV, a tener en cuenta en su caso, el procedimiento resolutorio del contrato de referencia tramitado ha caducado, debiéndose proceder según se expone en el Fundamento II.4, con ulterior solicitud de Dictamen de fondo sobre la Propuesta de Resolución que se formule pertinentemente de iniciarse y tramitarse, debidamente, nuevo procedimiento con la finalidad pretendida.