



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 6 / 1 9 8 9

La Laguna, a 29 de junio de 1989.

Dictamen requerido por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, *a solicitud del Excmo. Ayuntamiento de Arrecife de Lanzarote, en relación con un expediente de resolución de contrato de obras (EXP. 4/1989 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El presente dictamen expresa la opinión de este Consejo respecto de la adecuación de la propuesta de resolución que culmina el referido expediente a las previsiones normativas que resulten de aplicación, contenidas en el pliego de condiciones suscrito por las partes, el Reglamento de contratación de las Corporaciones locales, en lo que no resulte afectado por la regulación posterior de la materia, particularmente la Ley de Contratos del Estado (LCE) y su Reglamento (RCE), así como la Ley reguladora de las Bases de Régimen local (LRBRL) y el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en aquél (TR), aprobado por el RDL 781/1986, de 18 de abril.

2. En lo que se refiere a la competencia de este Organismo para emitir el dictamen que se le solicita, se señala que la misma se ampara en lo que dispone el art. 114.3 del TR citado, según el cual los acuerdos que dicte el órgano de contratación competente -previos los informes de la Secretaría e Intervención de la Corporación- en materia de resolución de contratos, cuando el precio de estos exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal, será además preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiere. En la Comunidad Autónoma canaria esta circunstancia se ha materializado con la creación del Organismo previsto en el art. 43 de su Estatuto de Autonomía por la Ley

---

\* **PONENTE:** Sr. Trujillo Fernández.

autonómica 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias, norma a su vez modificada, por la Ley autonómica 13/1986, de 30 de diciembre.

Debe advertirse que aunque esta última Ley fue en su momento impugnada por el Gobierno de Estado ante el Tribunal Constitucional por supuesta inconstitucionalidad, y con los efectos previstos en el art. 161.2, CE, la eficacia obstativa de esta última circunstancia no afecta a la competencia del Consejo para dictaminar el asunto que en el presente caso se somete a su consideración, toda vez que, como se ha visto, la legislación del Estado posibilita su intervención, aunque dado el interés que se dilucida en el expediente analizado -en el que interviene una Corporación Local-, aquella previsión debe armonizarse con lo que al respecto disponga la Ley constitutiva de este Consejo, que debe inexcusablemente posibilitar su participación en un expediente como el reseñado. En tal sentido, el art. 10.7 de la Ley 4/1984, no afectado por la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional - que sólo interesó a la redacción dada por la Ley 13/1986 a los arts.3.3 y 10.6 de aquella Ley 4/1984- regula la preceptividad de la intervención de dicho Consejo en todo asunto en el que por precepto legal haya de consultársele, condición que se satisface con lo dispuesto en el art. 114.3 del TR.

## II

A los efectos de determinar la corrección técnico jurídica de la propuesta de resolución que culmina el expediente dictaminado, es necesario efectuar, con carácter previo, un breve resumen de los hechos, haciendo especial mención de aquellos que, por su especial relevancia, pueden tener o pueden haber tenido algún tipo de incidencia en la correcta delimitación de las obligaciones y responsabilidades de las partes, lo que resulta determinante tanto para calificar la conducta del contratista, como para comprobar si la Administración ha obrado con la debida diligencia.

1. El contrato al que se refiere el expediente fue adjudicado el 24 de noviembre de 1986 y suscrito por las partes el 22 de diciembre del mismo año, por una cuantía de 127.812.899 ptas. Cuando en diciembre de 1986 se pretendió levantar acta de comprobación del replanteo, no se pudo efectuar por existir líneas eléctricas y telefónicas sin retirar y edificaciones que debían ser demolidas, lo que retrasó el efectivo comienzo de las obras hasta el 1 de marzo siguiente. Debe significarse en este punto que el Pleno de la Corporación aprobó el gasto para su ejecutado en tres

anualidades -años 1986, 1987 y 1988-. Se señala asimismo que en febrero de 1987 -es decir, un mes antes del comienzo efectivo de las obras- la empresa adjudicataria puso en conocimiento de la Corporación, por escrito, veintiséis deficiencias que se deducían de la documentación que obraba en su poder, cuestión respecto de la que el Arquitecto municipal informó poniendo de manifiesto la insuficiencia presupuestaria de algunas unidades de obra y ciertas indeterminaciones en distintos aspectos constructivos del diseño del proyecto, acordándose por ambas partes cuantificar las carencias detectadas, comprometiéndose la Dirección facultativa a aportar la planimetría que faltaba. Este incidente se concluyó con la redacción de un proyecto modificado resultante de excluir del proyecto original ciertas partidas - electricidad y pintura-, a fin de cubrir otras relativas a movimiento de tierras, albañilería y estructura, posponiéndose a la redacción de un proyecto adicional la cobertura de las partidas comprensivas de las unidades de obras excluidas con ocasión del modificado y de las que no tenían cobertura presupuestaria en el proyecto original. Todo ello sin variar el precio de aquél, como así se señala en el correspondiente acuerdo municipal. En junio de 1988, el contratista presenta una certificación de precios contradictorios de una cuantía superior a los trece millones de pesetas, justificativa de ciertas obras, de las que unas fueron realizar por exigirlo así la buena marcha de la construcción en tanto que otras lo fueron por así ordenárselo el director facultativo. Esta certificación no fue aceptada por la Corporación, al estimar que las partidas cuyo abono se pretendía se habían incorporado en anteriores certificaciones.

Por otra parte, desde marzo de 1988, la Corporación denuncia al contratista el notorio retraso con que marcha la ejecución de la obra, de lo que da constancia el nivel de realización efectivamente certificado, siendo significativo señalar que la empresa contratista se encuentra ya entonces incurso en un expediente de suspensión de pagos que, según parece, aun en esta fecha no ha sido resuelto.

En consecuencia, y dado que al parecer la obra se paralizó, la Corporación inicia un expediente de resolución del contrato, que es favorablemente informado por la Secretaría de la Corporación, constando asimismo informe de la Intervención. En dos ocasiones se da, asimismo, audiencia al contratista para que compareciera en el expediente y alegara lo que estimase oportuno -lo que le fue fehacientemente comunicado en septiembre y octubre de 1988-, teniendo entrada en la Corporación en noviembre escrito suyo de alegaciones en el que, aunque básicamente se opone a

la no aprobación de la certificación de precios contradictorios, especifica que este expediente debe ser acumulado al de resolución contractual, solicitando que le sea liquidada la obra efectivamente realizada -remitiéndose a lo que disponen los arts. 178 y siguientes del RCE, respecto de los efectos de la resolución del contrato- así como la revisión de precios por la "cuantía del contrato y por la demora imputable únicamente a la Administración contratante en el inicio de las obras", lo que no es aceptado por la Corporación, concluyéndose el expediente de resolución con la propuesta sobre cuya adecuación técnico-jurídica debe pronunciarse este Consejo.

2. En esta propuesta se especifica que las obras contratadas han estado paralizadas desde el mes de enero de 1988, sin que se hayan vuelto a reanudar, venciendo el plazo contractual el 1 de septiembre del mismo año, concretándose en la misma los efectos de la medida propuesta: pérdida de la fianza, inhabilitación del contratista y exigencia de daños y perjuicios causados al Ayuntamiento, que se concretarán en el correspondiente expediente.

Ahora bien, sin perjuicio de reconocer que el supuesto que motiva el expediente de resolución encuentra fácil acomodo en lo que al respecto dispone la normativa que regula esta figura contractual -art. 157, RCE, en relación con la cláusula del pliego de condiciones que fija el plazo de ejecución de las obras-, es preciso indicar que en el inicio y tramitación del expediente de obras concurren ciertos elementos de hecho cuya concreta valoración debiera quizá tenerse en cuenta en el expediente de determinación de daños y perjuicios y, en su caso, de depuración de responsabilidades, lo que no obsta para que, asimismo, se reconozca la apreciación del interés público que ha efectuado la Corporación, que tiene ésta el derecho y la obligación de defender, valoración en la que este Consejo no puede ni debe incidir, aunque precisamente, por la función que le encomienda el Ordenamiento, sí debe manifestar que la mejor defensa de tal interés es aquella que aborta o reconduce los conflictos que inciden en la correcta ejecución del contrato en cuanto los mismos aparecen.

Estas observaciones, en lo que respecta al presente contrato, pueden ser referidas tanto a su fase preparatoria como a la de ejecución, fases ambas en las que el incumplimiento del contratista pudo al parecer tener la colaboración omisiva de la propia Corporación, en los términos que se exponen a continuación.

A) Por lo que a la primera respecta, se ha de recordar ante todo que según resulta de la normativa aplicable, los proyectos de obras deben referirse a obras

completas, que son las susceptibles de ser destinadas al uso general, o al servicio correspondiente, comprendiendo los elementos precisos para su utilización (art. 58, RCE), circunstancia que deberá quedar perfectamente acreditada en la memoria que se redacte, en la que debe asimismo justificarse la solución propuesta desde el punto de vista técnico-económico, así como los datos y cálculos básicos correspondientes (art. 61.1 RCE), debiendo formar parte del anteproyecto, los planos de situación general y de conjunto, necesarios para la definición de la obra en sus aspectos esenciales y para basar en los mismos las mediciones suficientes para la confección del presupuesto (art. 61.2, RCE).

Aprobado el proyecto, y lógicamente antes de la adjudicación, procede efectuar el replanteo de la obra, con el fin de comprobar la realidad geométrica de la misma y la disponibilidad de los terrenos precisos para su ejecución normal, a cuyo fin deberá certificarse la plena posesión y disposición real de los terrenos necesarios para la normal ejecución del contrato (art. 81 RCE). Con posterioridad a la formalización del contrato, se procederá a efectuar la comprobación del replanteo; y si este no pudiera efectuarse por culpa o negligencia de la Administración, el contratista tendrá derecho a una indemnización y a la resolución del contrato en los términos del art. 127 RCE, significándose que cuando el resultado de tal comprobación demuestre la posesión y disposición real de los terrenos, su idoneidad y la viabilidad del proyecto, el director facultativo de las obras dará la autorización de su inicio; y que en el caso de que el retraso en el comienzo de aquéllas produjere desajuste en las anualidades establecidas, debe la propia Administración proceder a su reajuste, lo que exige no sólo consentimiento del contratista, sino la revisión del programa de trabajo.

No consta que en la fase preparatoria del contrato se efectuara el replanteo de la obra, pues cuando el contratista compareció con la Administración a comprobar la plena disponibilidad de los terrenos, se hubo de convenir en aplazar el comienzo efectivo de aquéllas hasta tanto se procediera al desescombro de la zona. Esta circunstancia parece relacionarse con las incidencias surgidas en la fase de ejecución, al no serle aprobada al contratista una certificación de precios contradictorios correspondiente a la realización de ciertas obras que aquél debió afrontar y cuya causa parece encontrarse en las especiales características del terreno, circunstancia que provocó dificultades imprevisibles en las obras de excavación y cimentación. A este respecto debe recordarse que la cláusula 1ª del

Pliego de Prescripciones Técnicas dispone que antes de comenzar las obras de cimentación se determinaran las características del terreno que ha de quedar bajo la superficie de los cimientos, previéndose incluso que los ensayos pertinentes geotécnicos se realizarán en laboratorios si la dirección facultativa lo estima oportuno, siendo su abono a cargo de la propiedad. No consta sin embargo en el expediente que se hubieran realizado tales ensayos, cuya efectiva práctica hubiera generado seguramente una modificación de las previsiones técnicas del proyecto incluso antes de comenzar a ejecutar las obras, impidiendo el incidente que posteriormente se produjo. Ahora bien, iniciadas éstas, la circunstancia indicada justificaría plenamente una modificación del proyecto debido a defecto o imprevisión de su redacción del proyecto (art. 154, RCE).

Esta imprevisión no es desde luego aislada, puesto que con anterioridad incluso al comienzo efectivo de las obras, la contrata puso de manifiesto a la Corporación una larga relación de defectos, algunos de los cuales concernían a las determinaciones del proyecto en sí y otros hacían referencia a la inclusión en éste de ciertos elementos para los que no había consignación presupuestaria, resolviéndose este incidente, como se vio, con la sustitución de unas partidas por otras y en el compromiso de aprobar un adicional posterior que comprendiera las unidades de obra suprimidas con el modificado y las que no fueron incluidas en el proyecto original y cuyo importe, según informe que obra en el expediente, rondaría los 100 millones de pesetas, debiendo recordarse que el contrato fue adjudicado en casi 128 millones de pesetas, desconociéndose los términos, el carácter y alcance del referido acuerdo.

**B)** En lo que se refiere a la ejecución propiamente dicha del contrato, se puede decir que las incidencias que en la misma se han producido vienen determinadas en gran medida por el insuficiente alcance del proyecto modificado que como consecuencia de las observaciones efectuadas por el contratista ambas partes convinieron. En realidad, este Proyecto no se limitó a sustituir unas partidas por otras, sino que además, alteró -sin suprimirlas- el número de ciertas unidades de obra con el fin de librar las cantidades necesarias para poder acometer otras de imprescindible realización. La cuestión se complica toda vez que, como quedó anteriormente expuesto, al contratista le fue rechazada una certificación de precios contradictorios, pues -según la Corporación- la obra a la que éste hacía referencia estaba incluida entre las que se convino en el reformado, siéndole abonada con las certificaciones ordinarias; tesis que no comparte el contratista quien entiende que procede su abono independiente.

Dilucidar si las partidas comprensivas de la certificación de precios contradictorios relativas a los Capítulos I, II y III del proyecto -movimientos de tierras, cimentación y estructura, respectivamente-, se encuentran ya incluidas en las certificaciones ordinarias justificativas de la obra efectivamente ejecutada conduce a un terreno estrictamente técnico en el que la apreciación del Consejo debe limitarse al simple contraste comparativo de las formulaciones cuestionadas, del que resulta la novedad de las partidas de agotamiento solar, mediante bombas mecánicas, incluso ayuda de mano de obra (en el Capítulo I); hormigón de limpieza; mallazo en solera y acero en solapes en muros y pilares (en el Capítulo II); formación de troquelios de hormigón, formación de molduras y red de puesta a tierra del edificio (en el Capítulo III). El resto de las unidades contenidas en la certificación cuestionada tienen un reflejo parcial en las certificaciones abonadas, suscitándose en consecuencia un problema de interpretación que aunque resuelto negativamente por el órgano de contratación al desestimar la solicitud de su abono, falta un pronunciamiento técnico expreso sobre la necesidad y alcance de las nuevas partidas.

En cualquier caso, sea cual fuere el alcance de la obra realmente certificada y la que se pretende incorporar a la nueva certificación, se constata la omisión por ambas partes de la utilización del mecanismo previsto en el pliego anejo al contrato - particularmente el relativo a las condiciones de índole legal-, cuyo artículo 4 dispone que ambas partes se comprometen a someter sus diferencias al arbitraje de amigables componedores, designados uno por el propietario, otro por la contrata y tres Arquitectos más, uno de los cuales es el director de la obra. La Corporación optó, sin embargo, por asumir el criterio negativo del Arquitecto municipal, renunciando a solventar las diferencias de criterio mediante el recurso indicado, lo que hubiera presumiblemente evitado problemas en la ejecución de las obras. Por su parte, el contratista tampoco acudió a la solución arbitral indicada.

Respecto de la cuestión suscitada, debe señalarse que es potestad de la Administración aumentar, reducir o suprimir unidades de obras de las previstas en el proyecto, si bien cuando se trata de introducir unidades no comprendidas en la contrata, su precio será fijado por la Administración a propuesta del director de obra y audiencia del contratista, entendiéndose que si éste no acepta los precios quedará liberado de su ejecución (art. 150 RCE), significándose que en el presente caso parece que el contratista ejecutó la obra, tras lo que presentó la certificación de

precios contradictorios, mientras que las modificaciones no autorizadas -como al parecer ocurre parcialmente en este caso- producirán su no abono al empresario, viniendo obligado éste a su demolición a su consta si así se le ordena, además de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados, responsabilidad que no exime de exigir si procediera el tanto de culpa que pueda eventualmente corresponder a los funcionarios encargados de la inspección y vigilancia de las obras (art. 155 RCE).

Sin embargo, en la nota aclaratoria que acompaña a la certificación de precios contradictorios se explica que la cimentación se encuentra en cota inferior a la del nivel del mar, lo cual unido a las características del subsuelo -bloques de rocas disgregados entre gravas- provocó la inundación del solar, haciendo imprescindible la colocación de un sistema permanente de bombeo. En relación con esta cuestión hay que precisar que aunque esta partida se computa como alzada, no figura en la certificación concernida desglose del gasto; y que resulta asimismo sorprendente que, afectando las obras a la cimentación del edificio, se proponga su abono en fecha tan tardía como la que consta en el expediente.

Cierto que, por otra parte, resulta forzado intentar subsumir en el riesgo y ventura del contratista las consecuencias de una imprevisión como la indicada, pues, como se ha dicho, en la documentación técnica del proyecto no se hace mención a la naturaleza del terreno, ni al hecho de que por tal condición y por radicar la cimentación bajo el nivel del mar se produciría inevitablemente la inundación del solar. Si esto fue lo que ocurrió desde un principio, sorprende que la Corporación no haya ejercido sus facultades inspectoras y que, obrando en consecuencia, no hubiera tomado las oportunas medidas para corregir tal imprevisto. Igual género de consideraciones habría que formular en relación con los demás elementos de obra introducidos por el contratista, algunos de los cuales -según se dice- fueron ordenados por la dirección facultativa, y, en consecuencia, de obligada ejecución, debiendo en consecuencia tener derecho a su abono, de conformidad con lo antes expuesto.

Estos extremos son, sin embargo, rebatidos por la Corporación, que, asumiendo el informe del técnico municipal, se pronuncia en contra de considerar tales unidades de obra como de novedosa realización, estimando que se encuentran incluidas en las certificaciones de obra ya libradas, señalándose incluso que las



mismas fueron ejecutadas para corregir errores de la construcción, de los que la Corporación no es responsable.

### III

1. Dado el manifiesto incumplimiento del plazo en el que debía efectuarse la ejecución del contrato, es de todo punto incuestionable la concurrencia de la causa resolutoria que se invoca. En este sentido, procede recordar que, según previene el art. 157, RCE, el incumplimiento por el contratista de las cláusulas contenidas en el contrato será causa de resolución estando éste obligado a cumplir los plazos de la ejecución del contrato, de modo que si la demora le fuera imputable de forma tal que se pueda racionalmente pensar que no podrá cumplir el plazo final o que éste quedará incumplido, ello faculta a la Administración a instar la resolución del contrato o bien a imponer penalidades; y que de conformidad con el art. 147 RCE, dicha resolución compete al órgano de contratación, lo que precisa el art. 114.1, TR, disponiendo su número 3 la preceptividad de la concurrencia de los Informes de la Secretaría y la Intervención de la Corporación, extremos todos que resultan suficientemente acreditados en el expediente.

Debe también señalarse el peculiar seguimiento efectuado de la ejecución de la obra contratada, pues habiéndose apreciado desde comienzos de año un notorio retraso, no se acudió preventivamente a la imposición de pena alguna -que asimismo contempla la cláusula 17ª del Pliego de condiciones-, prefiriéndose acudir al mecanismo resolutorio automático por incumplimiento efectivo del plazo. A lo que se añade que tras la primera notificación a la empresa del retraso en la ejecución de las obras, aquélla contestó informando que le había sido admitido el expediente de suspensión de pagos en que se encontraba incurso -que una vez declarada es asimismo causa de resolución del contrato-, situación que hacía intuir la precariedad en la que iba a entrar la ejecución del contrato, o obstante lo cual no se tomó medida alguna al respecto.

No cabe, sin embargo, desconocer que la empresa no ha alegado en el expediente causa alguna que justifique el retraso -aunque en el escrito de alegaciones que presenta en respuesta a la negativa de abono de la certificación de precios contradictorios hacer referencia a la demora inicial en el comienzo de las obras-, por más que, como queda expuesto, se le notificó por dos veces la incoación

del expediente resolutorio, dándosele audiencia para alegar lo que estimara pertinente, sin que conste en el expediente examinado que tales alegaciones se hayan producido, desconociendo asimismo este Consejo la incidencia que en el mencionado incumplimiento han tenido o podido tener los defectos de proyecto detectados inicialmente, o la redacción insuficiente del modificado, o la no aprobación del expediente de precios contradictorios; y, particularmente, si la complejidad y dificultad en la realización de las obras imprevistas incidió de manera determinante en la lentitud y paralización final del trabajo y, en consecuencia, motivó un incumplimiento forzado de los plazos. Ninguna de estas circunstancias, como se ha dicho, queda acreditada en el expediente, sin que, por otra parte, haya constancia en el mismo de que el contratista ha obrado con diligencia, personándose en el expediente de resolución, limitándose a solicitar en su escrito de alegaciones la revisión de precios -que no procede por su expresa proscripción por la cláusula 22ª del pliego- y la liquidación de la obra efectivamente ejecutada integrante de la mencionada certificación.

Desde una perspectiva estrictamente objetiva, resulta, pues, acreditado el manifiesto incumplimiento del plazo de ejecución de la obra, sin que conste expresamente causa justificativa alguna de tal dilación, razón por la que queda suficientemente acreditada la concurrencia incuestionada de causa suficiente de resolución, supuesto en el que además de la incautación de la fianza al contratista éste deberá indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios producidos, para cuya determinación se tendrá en cuenta el retraso en la inversión proyectada y a los mayores gastos económicos y administrativos ocasionados a la Administración (art. 160 RCE), según se hace constar asimismo en la propuesta resolución que ha sido objeto del presente dictamen.

Ha de insistirse, no obstante, en la conveniencia de que en el expediente en el que se diluciden las responsabilidades a que haya lugar se dé audiencia al contratista, debiéndose además reiterar la conveniencia de acudir a la solución arbitral prevista en el pliego.

## CONCLUSIONES

1. La propuesta de resolución que culmina el expediente contractual remitido a este Consejo es formal y materialmente conforme al Ordenamiento jurídico, según se ha expresado en el Fundamento III de este Dictamen.

2. No obstante, es preciso señalar que, en la preparación del contrato y en los incidentes que siguieron, existen ciertas deficiencias que, debidamente valoradas en su momento, hubieran hecho aconsejable una modificación más profunda de aquél o, incluso, una nueva licitación, según se ha expuesto en el Fundamento II.

3. La concurrencia de la referida circunstancia no justifica el incumplimiento contractual, pero pueden haber tenido alguna influencia en que sobreviniera la causa resolutoria considerada, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de cuantificar los daños y perjuicios, así como de exigir las responsabilidades a las que eventualmente hubiere lugar.