



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 112/1997

La Laguna, a 18 de diciembre de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *Resolución del contrato celebrado entre el Excmo. Cabildo Insular de Tenerife y la empresa C. para la ejecución de las obras de red de saneamiento en el barrio de San Bernardo, II Fase-Los Silos (EXP. 84/1997 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno se ha interesado el preceptivo parecer de este Consejo -solicitud que fundamenta en los arts. 10.6 de la Ley 4/84, de 6/7, (LCC), en relación con el art. 97 de la Ley 13/95, de 18/5, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP)- respecto del Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife por el que se pretende resolver el contrato suscrito entre la mencionada Corporación insular y la empresa C. para la ejecución de las obras relativas al proyecto 'Red de Saneamiento en el barrio de San Bernardo 2ª fase, en el término municipal de Los Silos' ["habida cuenta del incumplimiento de plazos en el que ha incurrido la empresa adjudicataria de las obras por causas imputables a la misma"] con expreso pronunciamiento de los efectos legalmente previstos para tal clase de incidente contractual (págs. 163 a 166).

De los preceptos antes referenciados resulta, en efecto, el preceptivo parecer del Consejo Consultivo cuando optando la Administración (art. 96 LCAP) por la resolución contractual se formulare 'oposición' por parte del contratista, "sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista" (art. 97.1 LCAP). Tales exigencias se hacen constar asimismo en el art. 26 del Reglamento de desarrollo parcial de la

* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

LCAP (aprobado por Real Decreto 390/96, de 1 de marzo, RCAP) añadiendo el preceptivo informe del Servicio Jurídico que, sin embargo, puede excepcionarse cuando la resolución se fundamente en la 'demora en la ejecución' del contrato, lo que es precisamente el caso. Aunque en la Propuesta de Acuerdo se hace constar que su adopción ha venido precedida por el informe de la Secretaría, que no consta en las actuaciones, sin embargo, por lo expresado, no es exigible en esta ocasión.

Son dos, como se ha visto, las condiciones a las que la legislación contractual anuda la preceptiva solicitud de Dictamen a este Consejo cuando de resoluciones contractuales se trate. La primera, que haya 'oposición del contratista'; la segunda, que en el expediente que se incoe se dé 'audiencia al contratista'. Por lo que a la 'oposición del contratista' respecta, debe señalarse que mediante escrito 3 de junio de 1997 el Director de las obras puso en conocimiento del órgano de contratación los "síntomas de evidente paralización de la obra", constatando, por información recibida por algunos empleados a pie de obra, que algunos de tales empleados han recibido "formalmente preaviso de despido de lo que parece desprenderse una paralización total de los trabajos"; paralización que fue confirmada por personal del Servicio competente. El 16 de junio de 1997 se hizo entrega en las oficinas de la empresa contratista de escrito de 11 de junio de 1997 en el que "a los efectos de la instrucción de un expediente de resolución de contrato por incumplimiento de plazos" se interesaba del contratista formulara "las alegaciones que estime conveniente en el plazo de DIEZ DIAS"; alegaciones que se evacuan mediante escrito de 17 de junio de 1997 con entrada en el Cabildo Insular el 19 de junio. En el mencionado escrito se efectúan las siguientes alegaciones:

- Que tras el comienzo de los trabajos y toda vez que en el proyecto de obra no había "estudio geotécnico" alguno se constató que "prácticamente el 100% de los terrenos (...) era roca" y no el 20% como preveía el proyecto, según "se deduce en el precio descompuesto que figura en [su] página 12"; lo que ha producido "enormes retrasos así como cuantiosas pérdidas económicas, agravadas éstas por la imposibilidad de meter en los diferentes tajos maquinaria pesada, ya que el trazado de las conducciones discurre a través de cascos urbanos y con calles de enormes pendientes".

- Que "no siendo posible encontrar una solución a través de la Ingeniería, nos hemos visto obligados a paralizar momentáneamente las obras, en el pensamiento de

poder llegar a una solución razonable directamente con el Departamento de Obras" del Cabildo; interesando el "encontrar una solución para la rápida terminación de las obras contratadas".

Si entendemos por 'oposición' el acto por el que una persona intenta que no se lleve a cabo lo que por otra se propone, es indudable que en esta ocasión hay 'oposición' del contratista, pues frente a la pretensión de iniciar el expediente de resolución alega su intención final -al margen de las causas que expresa como justificativas del retraso habido- de terminar las obras contratadas. Ahora bien, la 'oposición' no parece que se manifieste sólo en relación con la pretensión resolutoria contractual por incumplimiento de plazos sino también respecto de los hechos o circunstancias concurrentes. Según la Administración, se justifica tal radical efecto en la vida del contrato por haber incurrido el contratista en demora e incumplimiento del plazo total fijado para la conclusión de la obra cuya ejecución quedó paralizada por causa sólo imputable a dicha parte. Desde esta perspectiva, aunque no haya controversia sobre el hecho cierto de la paralización de las obras, en cambio sí la hay en cuanto a su causa, al haber imputado la Empresa contratista a "vicios del proyecto" el motivo de la interrupción de la ejecución de las obras contratadas, lo que no ha sido apreciado ni por el redactor del mismo ni por el órgano de contratación, al entender, al margen de otras consideraciones, que "las previsiones de 20% en roca y 80% en tránsito no se alejan demasiado de la realidad del terreno".

Más allá, pues, de si hay o no 'oposición del contratista', lo que sólo afectaría a la preceptividad del dictamen que se hubiere de solicitar al órgano consultivo, la cuestión derivaría a la procedencia de analizar si concurre en este caso o no la causa objetiva de resolución imputable al contratista prevista en el art. 96.3 LCAP, para que la Administración pueda incoar un expediente de resolución contractual y decida sobre ello, o dilucidar previamente sobre las circunstancias alegadas por la Entidad contratista justificativas de la paralización de las obras y en consecuencia determinar si existen o no errores materiales contenidos en el proyecto. En esta eventualidad y ante tal tesitura la Administración ha optado pretendiendo la resolución del contrato por el motivo señalado, desechando la justificación esgrimida por dicha parte contratista, que de haber concurrido efectivamente, podría dar lugar a la concurrencia de una causa de resolución del contrato distinta de la considerada en la

propuesta sometida al parecer de este Consejo, contemplada en el art. 150 d) LCAP, con los efectos determinados en el art. 152.1 de la propia Ley, sobre lo que se abundará en el fundamento siguiente.

Debe señalarse al respecto que la petición inicial de información al contratista lo fue "a los efectos de la instrucción de un expediente de resolución de contrato". La Administración, a la vista de la alegaciones de la parte, no sólo inició el mencionado expediente sino que lo instruyó y terminó en base exclusivamente a las manifestaciones del Director de las obras, que fue el redactor del proyecto; esto es, sin que se hubieran realizado "los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución" (art. 78.1 LRJAP-PAC); en este caso, para resolver el contrato. El contratista alega imprevisión del proyecto; el órgano de contratación entiende que las posibles consecuencias perjudiciales derivadas de la ejecución del contrato quedan amparadas por el riesgo y ventura que asume el contratista cuando procede a la ejecución de un contrato. Se menciona por ambas partes sobre la obligación, o no, de haber efectuado con carácter previo un análisis geotécnico del terreno, que podría haber evidenciado que la naturaleza del subsuelo condicionaría no sólo el tiempo de ejecución del contrato, sino también su importe, con una sustancial modificación de los precios correspondientes a la excavación de zanjas. Parece que los inconvenientes se detectaron desde el primer momento en que se procedió a la ejecución del contrato, pero oficialmente la primera noticia que tuvo el órgano de contratación de los inconvenientes surgidos fue con ocasión de la evacuación del trámite de alegaciones en relación con la instrucción del expediente de resolución contractual. Del escrito de la contrata se deduce que tales inconvenientes fueron puestos en conocimiento del Director de las obras, sin efecto alguno, lo que motiva, precisamente, aunque ya en el seno de un procedimiento resolutorio, que elevara tales alegaciones a la consideración del órgano de contratación. En fin, en el acta de replanteo previo de la obra no consta observación alguna de la contrata en relación con tales extremos, ni tampoco que desde que se advirtiera la naturaleza exacta del terreno tal circunstancia fuera puesta de manifiesto al órgano de contratación a los efectos oportunos. Al margen de todas estas cuestiones, lo relevante es que durante la ejecución del contrato, pero en el seno de un expediente resolutorio, se ha apreciado la necesidad de un mayor número de unidades de obra de 'excavación en roca' y una correlativa disminución de unidades de obra de 'terreno de tránsito'. Lo que no es sino la expresión del primero

de los supuestos de modificación de los contratos (art. 146.1 LCAP, aumento y reducción de unidades de obra) cuya ejecución es obligatoria para el contratista en los términos que allí se explicitan cuya procedencia, en última instancia, no es sino la consecuencia de no haberse realizado con carácter previo "un estudio geotécnico de los terrenos sobre los que la obra se va a ejecutar" (art. 123 LCAP), estudio cuya necesidad rechazó asimismo el redactor del proyecto y Director de las obras. No se optó, ciertamente, por el incidente de 'modificación contractual' sino por el de 'resolución'. Este Consejo no puede ir mas allá de lo que es el objeto del Dictamen, ni emitir juicios sobre la actuación administrativa posible y alternativa, sino sobre la efectivamente practicada. Desde esta limitada perspectiva, es cierto que ha habido un confeso incumplimiento del plazo de ejecución por parte del contratista y, por ello, deriva la pertinencia del inicio y tramitación del expediente resolutorio, que una vez culminada su instrucción dio cauce al trámite de audiencia a la Empresa contratista, que se cumplimentó atendiendo a la observación de este Consejo, suspendiéndose el término de emisión del dictamen requerido para que pudiese observarse dicha formalidad esencial, aunque luego la parte afectada no evacuara alegaciones en el plazo concedido al efecto.

II

La Propuesta resolutoria contractual se fundamenta en lo dispuesto en el art. 96.3 LCAP (haber incurrido el contratista, por causa imputable al mismo, en demora respecto al cumplimiento total del plazo, con opción expresa a favor de la resolución contractual) y con los efectos que al respecto dispone el art. 114.4 LCAP; es decir, incautación de la garantía definitiva. Tal y como se expresó en el apartado anterior, la contrata era consciente del incumplimiento mencionado, pues reconoce que, en efecto, procedió a la paralización de la obra, por lo que da el supuesto de hecho contemplado en el mencionado art. 96.3 LCAP, esto es, demora respecto del cumplimiento del plazo total, siendo legal la opción por la que se pronunciado la Administración (resolver el contrato, en vez de imponer penalidades).

En relación con esta cuestión se significa que el plazo de ejecución era de 10 meses a contar del siguiente de la firma del Acta de replanteo (art. 3 del Pliego de condiciones económico administrativas), lo que tuvo lugar el 11 de abril de 1996, por lo que inicialmente el plazo vencía el 12 de febrero de 1997; plazo que fue ampliado

en 4 meses (Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 7 de marzo de 1996) por lo que finalmente el plazo de ejecución del contrato acababa el 12 de junio de 1997. Fue el 18 de julio de 1997 cuando la Comisión de Gobierno del Cabildo Insular adoptó el acuerdo de inicio de expediente de resolución contractual, es decir, una vez vencido el plazo total. Ningún obstáculo hay pues a la resolución contractual que se pretende, siendo por ello ajustada a Derecho la Propuesta resolutoria que culmina el expediente resolutorio incoado.

Ahora bien, en el mencionado expediente resolutorio existen ciertas variables no contempladas por la Administración contratante. En efecto, la contrata -que reconoce la paralización de la obra- alega en su defensa que la paralización, y con ella el incumplimiento final del plazo, se debió a defecto del proyecto de una calidad tal que hace inviable la ejecución de la obra tal cual fue proyectada, por lo que el incumplimiento contractual -en suma, la resolución del contrato- obedece a causa no imputable a la contrata, sino al proyecto encargado por la Administración, que no contempló la necesidad de realizar estudio geotécnico del terreno. El proyecto, sin embargo, es defendido por su redactor, defensa que es asumida por la propia Administración, pues se dice que "la realización de estudios geológicos y geotécnicos no eran preceptivos en la fecha de realización del proyecto de referencia", lo que parece estar haciendo referencia al art. 124.3 LCAP, que entró en vigor el 7 de junio de 1996, siendo así que el proyecto está fechado en mayo de 1995.

Admitiendo que ello es así, es lo cierto que el art. 150.d) LCAP contempla como causa de resolución de contrato de obras "los errores materiales del proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra al menos en un 20 por 100", causa que no sería imputable al contratista, con los lógicos efectos en las consecuencias de la resolución contractual que se pretende. Para la contrata las magnitudes de ciertas unidades de obra están invertidas en el proyecto a cómo resultan en la realidad, por lo que propuso un modificado contractual que no fue considerado. Lógicamente, nada de esto puede ser objeto de consideración ahora, pues la Administración contratante ha interpretado el contrato y resuelto los incidentes planteados por el contratista de forma contraria a sus intereses, lo que entra de lleno en el ámbito de actuación administrativa que le permite la legislación de contratos. Se carece de datos técnicos precisos para determinar si hubo o no errores de redacción del proyecto; si el supuesto entra o no de lleno en alguno de los casos de modificación contractual, por lo que el contratista ha de pasar íntegramente

por las consecuencia del riesgo y ventura. Evidentemente, la contrata ha preferido, previa resolución contractual, perder la garantía definitiva a ejecutar una obra que, al final, va a resultar económicamente gravosa para sus intereses. Ello, con la incidencia que la paralización de la obra tiene en los intereses generales, habrá sido convenientemente valorado por la Administración, por lo que ningún reproche puede efectuársele.

III

Los Considerandos 2, 4 y 5 de la Propuesta resolutoria hacen referencia a la culpabilidad de la empresa, que deduce de la mala fe con la que actuó en la paralización de la obra, por lo que se considera de aplicación lo dispuesto en los arts. 20.c) de la LCAP y 13 del RCAP, referentes a la prohibición de contratar con contratistas declarados culpables por resolución firme. Consideraciones que luego no tienen reflejo en el Resuelvo, lo que tiene su propia lógica, pues se está ante un nuevo expediente, distinto del de resolución contractual, en el que incluso ha de darse audiencia al contratista, por lo que no tiene sentido que se efectúen en este expediente.

CONCLUSIONES

La Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo se dictamina favorablemente. No obstante, en el supuesto de que la Administración contratante advierta la existencia de errores materiales que pueda contener el proyecto y que afecten al presupuesto de la obra al menos en un veinte por ciento, tal circunstancia implica la concurrencia de la causa de resolución prevista en el art. 150 de la LCAP, con los efectos determinados en el art. 152.1 de la misma Ley.