



Consejo Consultivo de Canarias

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

La Laguna, a 13 de febrero de 1998.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *Resolución del contrato de servicios suscritos con la empresa C.I.N.S.A para el desarrollo informático del sistema de gestión de Secretaría del Cabildo de Tenerife (EXP. 91/1997 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

El Excmo. Sr. Presidente del Gobierno interesa del Consejo Consultivo la preceptiva emisión de Dictamen -que fundamenta en los arts. 10.7 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, de este Consejo Consultivo, y 55.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP)- en relación con la Propuesta de Acuerdo (elaborada por el Consejero insular del Área de Presidencia y Planificación y a adoptar en su caso por la Comisión insular de Gobierno del Cabildo insular de Tenerife) por el que se pretende la resolución del contrato suscrito entre la mencionada Corporación insular y la empresa C.I.N.S.A. para el desarrollo informático del sistema de gestión de Secretaría. Resolución contractual que se fundamenta (consideración jurídica 4.) en "el incumplimiento en la ejecución del objeto del contrato por una causa imputable al contratista". El concurso real de esta causa resolutoria (art. 111 y siguientes LCAP) exige una sucinta recapitulación de los hechos cuya sucesión a la postre ha determinado la necesidad -así apreciada por la Administración contratante- de resolver el contrato de referencia.

* **PONENTE:** Sr. Yanes Herrerros.

II

Las incidencias más relevantes del expediente incoado a destacar a los efectos que ahora interesa son las siguientes:

- Mediante Acuerdo de 20 de mayo de 1996, la Comisión de Gobierno del Cabildo Insular de Tenerife adjudicó el contrato a la empresa citada con un plazo de 4 meses para la ejecución del proyecto a contar de la formalización del contrato, de número 102 (cláusula 8 del Pliego de Prescripciones Técnicas, PPT), debiendo efectuarse "todas las aclaraciones, subsanaciones o ampliaciones de extremos concretos del mismo (...) dentro del plazo de un mes a contar desde la entrega del proyecto" (id.), transcurrido el cual se "levantará acta de recepción provisional que se firmará por el Jefe de la Unidad de informática de gestión del Cabildo y un representante de la empresa adjudicataria" (id.). Levantada el acta, comenzará "un período de garantía de seis meses, durante el cual el adjudicatario deberá efectuar gratuitamente cuantas aclaraciones, subsanaciones de extremos concretos".

- El 16 de agosto de 1996, se procedió a la firma del 'Acta de recepción' del "análisis del proyecto de acuerdo a la cláusula sexta (debiera decir quinta) del contrato 102 de desarrollo informático de la gestión de la Secretaría de esta Excma. Corporación Insular", dándose por recibido "el material y la instalación, una vez comprobado su correcto funcionamiento que se responde a las especificaciones técnicas señaladas en el contrato". Acta que suscriben el Jefe de la Unidad informática de gestión del Cabildo, el representante de la empresa C.I.N.S.A. (tal y como exige la cláusula quinta del contrato para el Acta de recepción) y el Jefe del Servicio administrativo de Secretaría (cuando para la firma de la mencionada Acta se señala al Consejero del Área de Hacienda, Presupuestos y Finanzas del Cabildo). Obra en el expediente (pág. 75) propuesta de gasto, comprobada, fiscalizada e intervenida, por importe de 2.990.400, 30% del precio (cláusula novena del PPT) que se debía abonar a la entrega del análisis del proyecto, debiendo abonarse el resto "a la implementación de la solución y una vez formalizada el acta de recepción provisional".

- Mediante escrito de 29 de enero de 1997, C.I.N.S.A. manifiesta que toda vez que "con posterioridad a la entrega del análisis funcional y diseño técnico (han surgido) necesidades nuevas que debían abordarse en aras del interés público, acordamos llevar a cabo el estudio de las modificaciones precisas, con aceptación

expresa de lo solicitado"; solicitando al efecto una prórroga del contrato que C.I.N.S.A. entendía tácitamente. Tal petición fue favorablemente informada por el Jefe de la Unidad de informática que hace constar que "durante el desarrollo del análisis del proyecto se han detectado nuevas necesidades que desde el punto de vista funcional y técnico que se han ido exponiendo y solicitando a la empresa adjudicataria". Entre ellas, se hace constar "la posibilidad de desarrollar la aplicación en un nuevo entorno tecnológico que permitiera un posterior traslado de la misma a los sistemas informáticos de los Ayuntamientos". La "aceptación" por C.I.N.S.A. de introducir "estas modificaciones ha producido un retraso en la implantación de la aplicación (...) que ha sido producido por peticiones realizadas por los técnicos del Cabildo". La prórroga fue finalmente concedida por la Comisión de Gobierno el 7 de marzo de 1997, con fecha límite para "la entrega de la aplicación" el 30 de abril de 1997 (pág. 90).

- Mediante escrito de 13 de marzo de 1997, C.I.N.S.A. hace saber al Servicio de informática que "de acuerdo con los nuevos requerimientos detectados durante el desarrollo del proyecto S.I.G.A.C., que implican programar en entorno de 16 bits, cuidando especialmente la futura migración a 32 bits, para que ésta sea fácil y rápida, nos vemos en la necesidad de ajustar la planificación del proyecto" (pág. 104).

- Finalizado el plazo, por C.I.N.S.A. se informa que "aunque la aplicación no estaba finalizada sólo quedaban pequeños retoques". El personal del Cabildo comprobó sin embargo que "el desarrollo estaba inconcluso", lo que dio lugar a que en una de las reuniones habidas se conviniera concluir (resolver) el contrato "de mutuo acuerdo". Tras pedirse, y concederse, una semana más de plazo, no se consiguió "dejar operativa la aplicación", proponiéndose la "cancelación" del contrato dado que "el proyecto está realizado sólo parcialmente" (págs.90 y 91). C.I.N.S.A., mediante escrito de 22 de mayo de 1997 manifiesta su conformidad a la resolución de mutuo acuerdo ("de acuerdo con las conversaciones mantenidas") solicitando el reconocimiento del 75% del precio y manifestando que "la no conclusión del contrato [se debió] a causas tecnológicas en el interface de aplicación con la herramienta de Microsoft Word, en un entorno de 16 Bits, que impiden la completa finalización del proyecto tal y como se definió en su día". La propuesta se informa favorablemente por el Jefe de la Unidad de informática, pero no se asume por el Jefe del Servicio

(que estima que ha habido incumplimiento en la ejecución del contrato por causa imputable al contratista; págs. 95 a 97) quien propone la resolución contractual, la liquidación del contrato y la incautación de la fianza definitiva.

- Evacuado trámite de alegaciones, C.I.N.S.A. refuta el incumplimiento que se le imputa pues "el aplicativo fue presentado en el plazo previsto (30 de abril de 1997) quedando pendiente por voluntad de la Dirección de informática la implementación y el plan de formación" (págs. 101 y 102).

III

La Propuesta de Resolución, plantea las siguientes cuestiones:

Primera: Análisis funcional y diseño técnico, desarrollo informático, desarrollo del análisis, desarrollo de la aplicación en un nuevo entorno tecnológico, implantación de la aplicación, problemas tecnológicos en el interface de la aplicación en un entorno de 16 bits, implementación y plan de formación, migración a 32 bits etc. son conceptos utilizados durante la instrucción del expediente, tanto por C.I.N.S.A. como por los distintos Servicios del Cabildos, para justificar la existencia o no del incumplimiento que finalmente se imputa al contratista. Se carece de conocimientos técnicos para determinar si el incumplimiento del contratista que el imputa a "causas tecnológicas en el interface de la aplicación (...) en un entorno de 16 bits" es razonable o no como para esgrimirse como obstativa de una resolución contractual por incumplimiento como pretende el Cabildo. Cuestión ésta que, por lo demás, no fue objeto de pronunciamiento expreso en los informes desfavorables a la resolución de mutuo acuerdo, ni en la Propuesta que culmina el expediente. Para el Cabildo ha habido incumplimiento, pues finalizado el plazo la aplicación no era operativa. La resolución definitiva debe, sin embargo, dar respuesta a todas las cuestiones planteadas por la parte en la sustanciación del expediente, lo que no ha acontecido en el presente por lo que respecta al paso de 16 bits a 32, y que el contratista apunta como causa del incumplimiento.

Segunda: El "análisis del proyecto" fue entregado el 16 de agosto de 1996, firmándose un Acta de recepción en la que se acredita la recepción del "material y la instalación" y que, "una vez comprobado su correcto funcionamiento" se aprecia que "responde a las especificaciones técnicas señaladas en el contrato". Y ello, en virtud de lo dispuesto en la "cláusula sexta (es quinta) del contrato 102". En la mencionada

cláusula y en la anterior, se dispone la siguiente cadencia: a) ejecución del contrato en 4 meses a contar de la formalización del contrato; b) a contar de la entrega, hay un plazo de 1 mes en el que el adjudicatario deberá "efectuar aclaraciones, subsanaciones o ampliaciones" que les sean requeridos por el Director del trabajo; c) finalizado el plazo, se formalizará la "recepción provisional"; d) levantada el acta, "comenzará un período de garantía de 6 meses durante el cual el adjudicatario deberá efectuar gratuitamente cuantas aclaraciones y subsanaciones de extremos concretos del proyecto se le soliciten por el Director del trabajo". Se distingue, pues, entre ejecución del contrato, "entrega del proyecto" y "recepción provisional" como momentos o fases sucesivos que, sin embargo, en el presente caso parecen confundirse y confluir en un único acto. El 16 de agosto de 1996 se firma Acta de recepción una vez cumplimentado el objeto del contrato en plazo. Este Acta de "recepción" es -en realidad es lo que debiera ser- un Acta que diligenciara la "entrega" del proyecto, simplemente conforme disponen los pliegos y el contrato, que remite a aquéllos, de forma que la "recepción provisional" se realizaría un mes después de la entrega (plazo en el que el Cabildo comprobaría la bondad de la aplicación entregada). Pues bien, debe hacerse constar que la mencionada Acta de recepción diligencia no sólo la entrega en plazo sino el "correcto funcionamiento del material (...) (que) responde a las especificaciones técnicas señaladas en el contrato"; lo que en puridad debiera ser objeto del Acta de recepción provisional, refundiéndose así en un mismo acto (el Acta de recepción) lo que en el contrato son dos distintos pero sucesivos. Al margen de esta irregularidad formal, lo relevante es la declaración de voluntad que expresa el Acta de referencia, que va suscrita por aquéllos a quienes el Pliego de Condiciones (cláusula decimoséptima) llama para la suscripción del Acta provisional (con la salvedad de que en vez del Consejero del Área de Hacienda suscribe el Jefe del Servicio administrativo de Secretaría, incompetente para ello, salvo que haya habido alguna suplencia o delegación de firma cuya efectiva realidad no consta en las actuaciones).

Desde esta perspectiva, cumplido el contrato en los términos convenidos y en el plazo acordado, en modo alguno cabe su resolución. Ahora bien, esta 'apariencia' documental queda rectificadas en el informe que el Jefe de la Unidad de Informática de Gestión emite (precisamente, a requerimiento de este Consejo con suspensión del plazo de emisión) del que resulta que "el Acta de recepción firmada con fecha 16 de

agosto de 1996 es la correspondiente a la entrega y aceptación del Análisis funcional y Diseño de la aplicación, es decir, a la entrega de un documento en el que se recogía, como fase previa a la elaboración material de la aplicación, que era exactamente lo que el sistema informático que se había de programar debía realizar, así como el diseño de las bases de datos que habían de componer el núcleo de los programas a realizar", lo que constituía el núcleo inicial del contrato, siendo el "desarrollo material de los programas" el objeto de una segunda fase de la ejecución del contrato. Afirmación que, ciertamente, desdice el contenido del Acta de referencia suscrita el 16 de agosto de 1996, en la que expresamente se hace constar que dándose por recibido "el material y la instalación, una vez comprobado su correcto funcionamiento que se corresponde a las especificaciones técnicas señaladas en el contrato", lo que, ciertamente, no coincide exactamente con lo dispuesto en el Antecedente 2 de la Propuesta de Resolución en el que se manifiesta que "los programas objeto del contrato se han entregado a esta Corporación en un porcentaje de un 75 por ciento, funcionando éstos correctamente". Lógicamente, este Consejo carece de la pericia necesaria para determinar -en caso de que pudiera acceder a ese material- el grado de cumplimiento de las correspondientes obligaciones contractuales, por lo que desde esta perspectiva sólo puede exigir coherencia interna entre los antecedentes de hecho y las consecuencias jurídicas, de resolución contractual, que pretenden deducirse de los mismos, siendo en este punto determinante que la Propuesta de Resolución no posea contradicciones internas y refleje con certeza los hechos acontecidos.

Tercera: Desde el 19 de agosto de 1996 (fecha del Acta de recepción) hasta el 29 de enero de 1997 (fecha del escrito de C.I.N.S.A. solicitando prórroga del contrato a la vista del surgimiento de nuevas necesidades) no hay constancia documental de actuación alguna salvo la orden de pago correspondiente al 30% del precio del contrato al recibo del material). Se supone que en ese tiempo se estarían verificando las aclaraciones y subsanaciones pertinentes a petición del Director del trabajo. En esta cuestión, hay un matiz. En el plazo de un mes a contar de la entrega del proyecto el adjudicatario debería realizar "aclaraciones, subsanaciones y ampliaciones de extremos concretos" del proyecto. Firmada el Acta de recepción provisional comenzaba un plazo de 6 meses en el que el adjudicatario debería realizar gratuitamente "aclaraciones y subsanaciones". Entregado el proyecto el 16 de agosto de 1996 el plazo para ampliar extremos concretos -se entiende que gratuitamente y sin que ello suponga una modificación contractual- acababa el 16 de

septiembre de 1996. Tras la firma del Acta de recepción provisional, se podrían solicitar aclaraciones o subsanaciones durante 6 meses. Como el Acta de entrega acredita el correcto funcionamiento del proyecto, conforme a las especificaciones del contrato, la misma parece que cumple las veces de recepción provisional, por lo que el plazo para hacer aclaraciones o subsanaciones finalizaría el 19 de marzo de 1997. En cualquier caso, la petición de aclaraciones y subsanaciones no suponía novación alguna del contrato, ni era menester la prórroga del mismo para pedir aclaraciones o subsanaciones. Aunque sí para introducir mejoras o modificaciones, pues su plazo en el contexto del contrato suscrito finalizaba al mes de la recepción del proyecto.

Se plantea entonces la cuestión del alcance de esas 'mejoras o modificaciones' y si esa 'ampliación' o 'modificación' del contrato debía ser articulada a través de una nueva contratación, sin que fuera -en hipótesis- lícito pedirle al contratista que asumiera las consecuencias negativas de no poder cumplir con las nuevas obligaciones complementarias impuestas (ampliaciones y modificaciones del proyecto una vez entregado el mismo a plena satisfacción del Cabildo), imposibilidad que el contratista por otra parte imputa a cuestiones técnicas, dando lugar a la resolución del contrato.

IV

Los datos más relevantes a entresacar del expediente, muy sucintamente, son los siguientes:

Recibido el material y la instalación y comprobado su correcto funcionamiento y apreciarse que se responde a las especificaciones técnicas señaladas en el contrato (pág. 75) se detectan nuevas necesidades desde el punto de vista funcional y técnico (pág. 76) -se entiende, no contempladas en los pliegos y contrato- cuya ejecución se aborda por el contratista de forma insatisfactoria, pues al final la aplicación resultó no operativa; incumplimiento que el contratista imputa a "causas tecnológicas en el interface de la aplicación (...) en un entorno de 16 bits que impiden la completa finalización del proyecto tal y como se definió en su día". Incumplimiento que es el que genera el inicio del expediente de resolución contractual con incautación de la fianza.

En el mencionado informe del Jefe de la Unidad de Informática de Gestión se concreta el alcance de estas modificaciones. A saber, "la actualización de [los sistemas informáticos del Cabildo] a nuevas versiones de los productos Microsoft adoptados como estándar en la Corporación por Acuerdo de la Comisión de Gobierno en el año 1995 [es decir, antes de la adjudicación del presente contrato] (...). La adaptación a este cambio tecnológico así como el interés de que los programas desarrollados pudieran ser utilizados posteriormente por los Ayuntamientos (...) constituían las nuevas necesidades a las que se hace mención en el expediente, las cuales sólo afectaban a la forma de abordar el desarrollo de los programas, pero no suponían ninguna modificación del contrato definido en el Pliego de prescripciones técnicas".

Esta afirmación, desde luego, no coincide con lo manifestado por la contrata en el sentido de que tales modificaciones fueron la causa de que finalmente la aplicación no fuera operativa, no constando tampoco en la Propuesta de Resolución, significándose que el Director Gerente de la empresa contratista (lo que se hace constar en el antecedente 4.2 de la Propuesta de Resolución) en trámite de alegaciones indica que "la aplicación informática objeto del contrato fue presentada en el plazo previsto (30 de abril de 1997), quedando pendiente por voluntad de la Dirección de Informática la implementación y el plan de formación", lo que es desmentido expresamente por el informe de 16 de diciembre de 1997, según el cual "el desarrollo de la aplicación estaba incompleto en la fecha prevista para su finalización", a causas que imputa a la insuficiencia de personal de la empresa contratista, por lo que fueron tales causas y no "causas técnicas, como aduce el adjudicatario (...) los motivos por los que, transcurrido el plazo de ejecución, el personal técnico del Cabildo optó por tomar la decisión de recibir el desarrollo incompleto y concluirlo con medios propios, iniciando expediente de resolución contractual. La satisfacción de esas nuevas necesidades [continúa el mencionado informe] (...) no era imprescindible para la puesta en marcha del proyecto (...) sin que de ello se derivara repercusión económica alguna".

La resolución contractual se sustenta en causa imputable al contratista, pues al mismo se imputa el incumplimiento del contrato, precisamente, por no haber puesto los medios técnicos y personales para hacer efectiva la aplicación contratada. En consecuencia, se pretende la resolución; la recepción de los trabajos realizados hasta

la fecha; efectuar la liquidación del contrato realmente ejecutado, que se cifra en el 75%; y la incautación de la fianza definitiva.

V

A la vista de lo actuado e informado en el procedimiento de referencia parece que el objeto del contrato no fue plenamente ejecutado, y en ello convienen las partes, sólo que difieren de las causas de tal incumplimiento que van desde el incumplimiento del contratista -alegado por la Administración- hasta la imposibilidad de cumplimiento por razones técnicas no imputables al contratista -como alega el adjudicatario-. Extremos estos sobre los que no cabe pronunciarse. En efecto, a este Consejo no le corresponde aclarar si la aplicación inicialmente entregada respondía a lo previstos en los pliegos y en el contrato y si su funcionamiento, como se señala en el Acta de recepción, era en verdad satisfactorio; si las nuevas necesidades suponían de *facto* una modificación del objeto de la licitación y, por ello, del proyecto objeto del contrato; si la satisfacción de estas nuevas necesidades era 'imprescindible' para optimizar el proyecto entregado o si, por el contrario, la satisfacción de tales necesidades técnicas y funcionales acreditaban una deficiente definición del objeto del contrato, lógicamente no imputable al adjudicatario; si en verdad las causas técnicas aducidas por el contratista existen y son suficientes para determinar la no operatividad de la aplicación finalmente resultante. Como tampoco determinar el alcance del concepto 'ampliación' que, se recuerda, es vinculante para el contratista en el plazo de un mes a contar de la recepción de la aplicación, mas no en el plazo de 6 meses de garantía.

No obstante esta conformidad, a la pretensión resolutoria le formula la siguiente observación:

El apartado 4 de la Propuesta de Resolución dispone la incautación de la fianza definitiva constituida por la empresa "a efectos de que con ella se haga frente a los gastos originados a esta Corporación por la demora de dicha empresa en el cumplimiento de las obligaciones que derivaban para ésta del contrato que se resuelve", lo que no coincide exactamente con lo dispuesto en la LCAP, pues 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" (art. 114.4). La pérdida de la fianza se produce siempre, sea cual fuere la entidad e importancia de los daños y perjuicios producidos, que deberán ser compensados ad extra si su importe supera el de la garantía. Daños y perjuicios que no se evalúan ni siquiera estimativamente y que de ser ciertos deben hacerse contar asimismo en la Resolución que finalmente se apruebe.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta objeto del presente Dictamen es conforme a Derecho.