



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 8 / 1 9 9 8

La Laguna, a 8 de junio de 1998.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre la *resolución del contrato de obras "Construcción del Centro de Educación Secundaria de 16 unidades y dos talleres en Maspalomas-San Bartolomé de Tirajana" (EXP. 28/1998 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado preceptivamente por la Presidencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma (CAC), de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.7 y 11.1 de la Ley del Consejo consultivo, formaliza la opinión de este Organismo sobre la adecuación al Ordenamiento Jurídico de la actuación proyectada por la Administración autonómica, que tiene por objeto la resolución del contrato de obras referenciado por incumplimiento del plazo de ejecución imputable al contratista.

2. A dicha resolución contractual le es de aplicación, a juicio de la Administración, el art. 96.3 de carácter básico y el art. 112, de eficacia supletoria por ausencia de normativa autonómica (disposición final primera), de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

Es de señalar al respecto que el contrato a resolver se adjudicó, formalizó y entró en fase de ejecución, antes de la entrada en vigor de la LCAP, en junio de 1995.

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

La disposición transitoria primera de la LCAP establece que los expedientes de contratación en curso en los que no haya recaído adjudicación se registrarán por esa Ley, sin que sea obligatorio reajustar a ella las actuaciones ya realizadas. De lo que se infiere que los contratos adjudicados y formalizados han de regirse por la normativa contractual vigente al formalizarse. Es decir, por la Ley de Contratos del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, modificado por la Ley 5/1973, de 17 de marzo y por el RDL 93/1996, de 2 de mayo.

No obstante ello, de esta misma disposición puesta en relación con lo ordenado en la disposición transitoria segunda, Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), se deduce que, en lo que concierne a los procedimientos a seguir, la normativa a observar es la vigente en el momento de iniciarse o producirse el incidente contractual correspondiente, de modo que aquí serían aplicables las normas procedimentales sobre resolución contractual contenidas en la LCAP y sus Reglamentos de desarrollo.

3. Desde una perspectiva procedimental ha de reseñarse que el órgano de contratación es efectivamente quien actúa en este supuesto, habiendo sido la Dirección General productora de la Propuesta de Resolución el órgano que adjudicó y formalizó la contratación ahora a resolver, como consta en el expediente, habilitado al afecto por delegación del titular del Departamento administrativo competente en la materia (cfr. artículo 29.1, Ley autonómica 14/1990).

4. En cuanto a la tramitación del procedimiento de resolución contractual previsto en el art. 26 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP, se ha cumplido formal y materialmente el trámite de audiencia al interesado. Igualmente se ha realizado el Informe del Servicio Jurídico, pero ni sitúa el caso planteado en el supuesto normativo de aplicación ni razona la concurrencia de la demora imputable al contratista como causa de resolución contractual; por demás, y en cuanto forma parte del procedimiento de resolución, la autorización del Consejo de Gobierno ha de solicitarse y obtenerse antes de que el órgano competente, el de contratación, adopte su decisión sobre el particular.

5. Es de señalar, que según se pone de manifiesto a continuación en los Fundamentos II y III, se producen en el proceso de ejecución del contrato de obras unas situaciones de hecho y deficiencias que no se compadecen con las previsiones

de la normativa aplicable, así como con el interés público, ratio del régimen jurídico de la contratación pública.

II

La sucesión de hechos relevantes a los efectos de centrar la cuestión que se plantea en la Propuesta de Resolución, tiene lugar en tres periodos o fases claramente diferenciados.

1. La primera fase se inicia con la comprobación del Acta de replanteo de 30 de noviembre de 1994. A partir de esta fecha se aprecia un inicial incumplimiento de sus obligaciones contractuales por la empresa. Es significativo al respecto el escrito del Arquitecto de la Unidad Técnica, que a su vez es el director facultativo de las obras, de 7 de febrero de 1995, dirigido al Director General de Infraestructura Educativa y asimismo el de éste a la empresa de 25 de abril de 1995, recordándole la irregularidad de que las obras no hubiesen comenzado y las consecuencias que de ello podrían derivarse.

Puede inferirse que el incumplimiento de la empresa se debe a su pretensión de introducir modificaciones al proyecto original, que finalmente formula en escrito de 31 de agosto de 1995, confirmado por otro de 9 de noviembre de 1995.

2. En la segunda fase tiene lugar la aceptación por el Arquitecto de la Unidad técnica de la solicitud de la empresa en escrito de fecha 18 de noviembre. Por la Dirección General de Infraestructura Educativa se encarga la redacción del Proyecto reformado -23 de noviembre de 1995- y se dicta Resolución de Suspensión Temporal Parcial "de las unidades afectadas hasta que se apruebe el Proyecto reformado y se puede [a] continuar con la ejecución de la totalidad de las obras -24 de noviembre de 1995-.

Levantada el Acta de Suspensión Temporal Parcial de obras, en la que se reconoce por la empresa y los técnicos de la Dirección facultativa que lo acordado es una suspensión "por causas no imputables a la contrata hasta tanto se resuelva la adjudicación del citado Proyecto reformado, suspendiéndose el plazo de ejecución" - 27 de noviembre de 1995-, tienen lugar sucesivas ampliaciones de plazo mediante Resoluciones de la Dirección General de Infraestructura Educativa -30 de abril de

1995 y 22 de noviembre de 1996-. Las dos últimas instadas por la empresa -1 de mayo de 1996 y 21 de octubre de 1996- a las que presta conformidad el Arquitecto de la Unidad técnica -28 de junio de 1996 y 22 de octubre de 1996-. La última Resolución parece que no fue comunicada a la empresa, a la vista de su escrito de 19 de diciembre de 1996. Se cita como justificación de esas Resoluciones de ampliación de plazo de ejecución que "el reformado adicional de la obra no ha sido adjudicado" y se reconoce explícitamente que se está ante "supuestos de retrasos no imputables al contratista".

Por referencias dispersas en la documentación obrante en el expediente administrativo, hay constancia de que el Proyecto reformado, cuya redacción se encargó por la Dirección General de Infraestructura Educativa a la Unidad técnica el 23 de noviembre de 1995, se presentó el 29 de julio de 1996. Por la Sección de construcciones del Servicio de Proyectos de la Dirección General de Infraestructura Educativa se solicita documentación al respecto, manifestándose determinados reparos sobre el contenido del Proyecto reformado, precios contradictorios y exceso de medición, que básicamente versan sobre el precio de las modificaciones -27 de diciembre de 1996-. De esta diferencia en cuanto al incremento del costo del proyecto reformado hay referencia en el punto noveno del informe del Director de la obra emitido en la tercera fase, según más adelante se indica.

Hasta el 15 de abril de 1997 no figura ninguna referencia documental más sobre el Proyecto reformado. La empresa en escrito de esa fecha da cuenta del Informe negativo -se afirma que es verbal- del Servicio de Supervisión de Proyectos y de la presentación de una segunda versión en marzo de 1997 con igual resultado.

En este mismo escrito la empresa, al tiempo que muestra su preocupación por la situación en que se encuentra la ejecución de la obra, interesa una nueva ampliación de plazo hasta el 30 de agosto de 1997 y la aprobación del proyecto reformado, así como la correspondiente dotación presupuestaria. Se añade que de no resolverse la situación se ejercerían los derechos que la legislación prevé sobre indemnización de daños.

Esta fase finaliza con la concesión de una nueva prórroga -sólo hasta el 30 de julio- mediante resolución del Director General de Infraestructura Educativa de 5 de mayo de 1997, registro de salida de 27 de mayo. En ella se reitera que se está en un supuesto de retraso no imputable al contratista y que la solicitud de la empresa

responde a que "el reformado no ha sido adjudicado". Paralelamente, la empresa solicita la suspensión temporal total de las obras en escrito de 5 de mayo, registro de entrada de 12 de mayo.

3. Según se infiere de las referencias documentales obrantes en el expediente, tercera fase se inicia con la elaboración de la tercera y última versión del proyecto reformado: concretamente del resultando 5º de la Propuesta de Resolución y de los escritos de julio y agosto de 1996, del Servicio de Supervisión de Proyectos, de la empresa y de la unidad técnica. En escrito de la empresa, de fecha 30 de julio de 1997, se dice que es contestación a la propuesta de precios contradictorios remitidos por la Dirección facultativa en base al art. 150 del Reglamento de Contratos del Estado. En las alegaciones que se formulan se manifiestan numerosas discrepancias.

En la misma fecha la empresa dirige un segundo escrito a la Consejería, en este caso, a la Secretaría General Técnica, no a la Dirección General de Infraestructura. Tiene por objeto la reclamación de las compensaciones económicas a que se entiende tiene derecho en base a los arts. 49 de la Ley de Contratos de 1965, 148 del Reglamento de Contratos y del art. 40.1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. No consta en el expediente respuesta alguna al respecto.

Según se afirma en su escrito de 7 de agosto de 1997, a petición de la Dirección General de Infraestructura Educativa, el arquitecto de la Unidad Técnica emite informe sobre las alegaciones de la empresa "referentes al proyecto reformado del C.E.S. Maspalomas III", en el que se explican los criterios que han guiado la redacción del proyecto reformado y se efectúan observaciones de índole general y puntual al escrito de la empresa.

El 1 de septiembre de 1997, la Dirección General de Infraestructura, a propuesta del Servicio de Planificación, Proyectos y Construcciones -que no figura en el expediente-, acuerda la aprobación técnica y la tramitación del proyecto reformado, una vez comprobados los requisitos reglamentarios a cumplir. Posteriormente, en nota interior, el Servicio de Planificación, Proyecto y Construcciones comunica al Servicio de Contratación, Programación y Equipamiento la aprobación técnica del proyecto reformado, con indicación de la cuantía en la variación económica y del plazo de ejecución, fijado en un mes.

Tres meses después -en el interín no hay constancia documental de actuación administrativa alguna interna o en relación con la empresa- en escrito de 24 de noviembre de 1997, registro de entrada de 18 de diciembre de 1997, el arquitecto de la Unidad Técnica informa al Director General de diversos extremos en relación al estado de las obras, totalmente paralizadas y ejecutadas, se dice, en "un 80% aproximadamente de las obras adjudicadas" y a la liquidación de "las obras ejecutadas hasta el día de la fecha", advirtiéndole de la "paralización temporal parcial, según Acta suscrita el 27 de noviembre de 1995, aun vigente".

Incoado expediente para la resolución del contrato por Resolución de 27 de diciembre de 1997 -el día anterior a la entrada por registro del escrito antes citado-, se cumplimenta el trámite de alegaciones. La empresa, en escrito de 19 de enero de 1998, y en base a una detallada enumeración de hechos, formula dos grupos de alegaciones referidas respectivamente a "suspensión temporal parcial de las obras acordada por la Administración no habiendo acordado la reanudación de las mismas" y "deber de indemnizar al contratista por los perjuicios causados".

Finalmente, previa a la formulación de la Propuesta de Resolución se emiten dos informes sobre las alegaciones de la empresa, uno del Jefe de Servicio de Programación, Contratación y Equipamiento de 20 de febrero de 1998 y el otro del arquitecto Director de las obras de 16 de febrero de 1998, con registro de entrada de 25 de febrero.

III

Como complemento a la sucinta relación de antecedentes del Fundamento anterior, procede seguidamente efectuar unas consideraciones finales en orden a fijar la fundamentación jurídica del Dictamen a emitir sobre la Propuesta de Resolución.

a. Por lo sucedido durante la práctica totalidad de 1996, la obra técnicamente está en estado de abandono. Concurren, sin lugar a dudas, las circunstancias de hecho previstas en el Ordenamiento Jurídico sobre retraso imputable al contratista como fundamento de la resolución contractual. Es significativo al respecto el escrito conminatorio del Director General de Infraestructura educativa de 27 de abril y el retraso en su contestación, que tiene lugar el 31 de agosto. La Administración, por su

parte, consiente el incumplimiento y finalmente, se aviene a la pretensión de la empresa.

b. La tramitación de modificaciones del contrato de obras requiere la concurrencia de unos requisitos cuya apreciación por la Administración es objetable, tanto técnica como jurídicamente. Las certificaciones sobre viabilidad de la obra y las prescripciones aplicables (art. 50 LCE de 1965, art. 149 RGC) avalan este juicio que serviría de base a una declaración de nulidad o anulabilidad.

c. No queda claramente delimitado el objeto de la suspensión parcial, medida adoptada como consecuencia de la aceptación de la pretensión de la empresa sobre la aprobación de un proyecto reformado, y consecuentemente, de las unidades de obra no afectadas. Similar dificultad ocurre en relación con el alcance de las sucesivas prórrogas concedidas por la Administración.

d. Factor influyente en el desarrollo de los hechos es el retraso de la unidad técnica en el cumplimiento del encargo de redacción del Proyecto Reformado -de noviembre de 1995 a julio de 1996-. Resulta innegable su incidencia sobre la situación de suspensión de ejecución del contrato.

Igualmente lo es, por la misma razón, el retraso de la Sección de Construcciones para informar sobre el Proyecto Reformado -finales de julio a finales de noviembre de 1996-.

Este retraso, imputable a la Administración, se conecta precisamente con el cumplimiento de la condición resolutoria de la suspensión, que es la aprobación/adjudicación del Proyecto Reformado. De ahí su importancia en la dinámica contractual relativa a la construcción del centro educativo afectado.

e. La reclamación de daños, formalmente ajustada a las previsiones normativas sobre suspensión temporal de obras (art. 49 LCE de 1965), se formula con ocasión de la manifestación de la empresa de su disconformidad a las condiciones de Proyecto Reformado, apoyada en una situación que ha solicitado de la Administración y, muy posteriormente, al vencimiento de los plazos reglamentarios para plantearla.

f. Está previsto en la normativa aplicable el supuesto de disconformidad del contratista a la propuesta de precios contradictorios o de aplicación dentro del

procedimiento de aprobación de modificaciones a un proyecto de obras (art. 150, segundo apartado, RCE). No consta que la Administración haya actuado en consecuencia. La actividad que realiza consiste en la aprobación técnica del Proyecto Reformado, que pudiera encontrar fundamento en el principio de obligatoriedad de las modificaciones (art. 50 LCE) y que parece resulta de la aplicación e interpretación del artículo 146 LCE. En todo caso, no hay constancia de actuaciones administrativas contempladas en los apartados 2, 3 y 4 de este artículo.

g. A la inactividad de la Administración, reseñada en el apartado anterior, se suma la relativa a la situación de suspensión. Resulta incontestable la exigencia normativa de una Resolución administrativa que declare el cumplimiento de la condición resolutoria de la suspensión -la aprobación/adjudicación del Proyecto Reformado- así como su notificación al contratista o aquella que tenga dicho efecto.

h. Cabe apreciar, finalmente, que parece que de hecho se han ejecutado las modificaciones al Proyecto original, contenidas en un Proyecto reformado que se redacta a principios del verano y se aprueba técnicamente en septiembre de 1997. Altamente significativo al respecto es que en los meses de abril-mayo de ese año, tanto la empresa como la Administración reconocen que la obra está prácticamente finalizada, puesto que proponen como fechas de la última ampliación de plazo las de 30 de agosto y 30 de julio, respectivamente. Hay, pues, un reconocimiento implícito de una práctica frecuente en la dinámica de la contratación pública, contemplada en el artículo 155 del RCE, y, en todo caso, a resolver según la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los efectos patrimoniales de las modificaciones irregulares de los contratos de obras.

IV

1. La cuestión a dilucidar en relación con la Propuesta de Resolución objeto de Dictamen es simple, en cuanto versa sobre la legitimidad del ejercicio por la Administración de una de sus prerrogativas en el ámbito de la contratación pública. A la Administración (de la Comunidad Autónoma) el Ordenamiento jurídico le atribuye la potestad de extinguir una relación contractual de obras en distintos supuestos o causas de resolución; entre ellos figura la demora o retraso en la ejecución de la obra por causa imputable al contratista [art. 96.3, 102.e) LCAP]. Tal supuesto entiende la Administración que se da en la ejecución del contrato de obras al que se refiere la propuesta de resolución.

2. En la Propuesta de Resolución se cita, entre sus fundamentos de hecho, el incumplimiento de los plazos de ejecución de la obra por el contratista (resultandos 3º y 6º). Tal aseveración no puede compartirse a la vista de que, como queda constancia en el expediente administrativo y se explicita en la fundamentación de la propuesta, el plazo final de ejecución fue ampliado mediante sucesivas resoluciones de la Dirección General de Infraestructura en las que, por reconocer que el retraso no es imputable al contratista, se concede la procedente prórroga.

3. El incumplimiento, en todo caso, podría ser apreciado a partir del vencimiento del plazo concedido en la última resolución de 27 de mayo de 1997, es decir, el 31 de julio de 1997. Pero esta posibilidad resulta difícilmente aceptable por cuanto consta asimismo en el expediente, como en el texto de la Propuesta de Resolución, que próximo al vencimiento de este plazo se elabora la última versión del proyecto reformado, que se somete al trámite de alegaciones del contratista (art. 146.3, Ley 13/1995). Lo que cabría considerar que implica la concesión de una prórroga tácita.

4. Cabría alegar ciertamente que el incumplimiento se produce no a partir del vencimiento del último plazo de ejecución sino a partir de la primera quincena de septiembre de 1997, en la que, según consta en el expediente, tuvo lugar la aprobación del proyecto reformado (Resolución de la Dirección General de 1 de septiembre de 1997; nota interior del Servicio de Planificación, Proyectos y Construcciones de 15 de septiembre de 1997). Mantener que concurre el supuesto de hecho normativo del incumplimiento culpable del contratista, determinante de la resolución, supondría desconocer los términos del acuerdo contenidos en el Acta de suspensión temporal parcial de obras de mantener esta situación "hasta tanto se resuelva la adjudicación del citado proyecto reformado", confirmados por Resoluciones posteriores de la Dirección General de Infraestructura Educativa en cuyos resultandos se reconoce que "dado que el reformado adicional de la obra no ha sido adjudicado, es necesario que se amplíe el plazo de ejecución de la obra hasta (...)" (Resolución de 22 de noviembre de 1996, Resultando 3), y que "se dictó dicha Resolución por la que se concedía ampliación de plazo (...) como consecuencia (...) del reformado adicional" (Resolución de 6 de mayo de 1997, Resultando 2). Desconocer, por tanto, que la adjudicación del reformado es la causa extintiva de la suspensión acordada en la inicial Resolución de la Dirección General de Infraestructura Educativa de 22 de noviembre de 1995.

5. En todo caso, el cumplimiento de la condición resolutoria de la situación de suspensión no resulta acreditada documentalmente. Aún cuando se cumplimentó el trámite de audiencia del contratista a efectos de la formulación de las observaciones a la última versión del Proyecto reformado (Artículo 146.2 LCAP), es incontestable, ante la disconformidad manifestada -según se desprende del escrito de aquél de 30 de julio de 1997, en cuyo *petitum* se indica que "sean tenidas en cuenta cuantas alegaciones se incorporan al mismo [escrito] al objeto de dar cumplimiento al trámite de audiencia otorgado en relación a la ejecución de las obras (...)"-, la ausencia de referencia alguna a actuaciones administrativas posteriores a la segunda quincena de septiembre de 1997, previstas en el Ordenamiento Jurídico para afrontar ese particular supuesto de hecho del procedimiento de modificación del contrato de obras. De especial relevancia es la comunicación a la empresa de la aprobación del Proyecto reformado a efectos de las consecuencias jurídicas que de ella pudieran desprenderse en orden a sus derechos y deberes en el marco de la relación contractual.

CONCLUSIÓN

A la vista de los antecedentes y consideraciones explicitados en los Fundamentos II y III y según se razona en el Fundamento IV, se entiende que no se da el supuesto de hecho normativo determinante de la resolución contractual por cuanto:

1º. Dada la Resolución del Director General de Infraestructura educativa de 24 de noviembre de 1995, sobre suspensión temporal parcial de obra así como sus consecuentes de 30 de abril de 1996, 22 de noviembre de 1996 y 27 de mayo de 1997 de prórroga o ampliación de plazo de ejecución, la apreciación del supuesto de hecho normativo de incumplimiento de los plazos contractuales por causa imputable al contratista cabe efectuarlo sólo a partir del momento en que se aprueba el proyecto reformado.

2º. En la documentación obrante en el expediente no hay constancia de las debidas actuaciones administrativas posteriores a la aprobación del reformado que sirvan para fundamentar la causa en que se funda la resolución contractual propuesta.