



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 5 / 1 9 9 8

La Laguna, a 3 de julio 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 Infantil y Primaria, Los Pozos de Puerto del Rosario" (EXP. 29/1998 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El Excmo. Sr. Presidente del Gobierno -al amparo de lo dispuesto en los arts. 10.7 de la Ley 4/1984, del Consejo Consultivo y 60.3.a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP)- interesa, por el procedimiento ordinario [arts. 12.a) y 15.1 Ley 4/1984], preceptivo dictamen sobre la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de obras de construcción del Centro de infantil y primaria Los Pozos de Puerto del Rosario, toda vez que se ha producido oposición del contratista. Debe señalarse al respecto que el contratista está de acuerdo en que el contrato se resuelva, pero no por culpa suya sino imputable a la Administración. La oposición, pues, lo es a la causa de resolución finalmente propuesta no a la resolución propiamente dicha.

2. Por lo que respecta al procedimiento seguido, ha de señalarse que se han cumplido las previsiones legales de aplicación, pues ha sido resuelto provisionalmente por el Órgano de contratación, que es quien ostenta la facultad resolutoria (art. 113.1 LCAP). Según el art. 26.1 del Reglamento de desarrollo parcial de la LCAP (aprobado por Decreto 390/1986, de 1 de marzo, RCAP) tal resolución requiere, en su caso, la autorización gubernativa a que hace referencia al art. 12.2

* PONENTE: Sr. Cabrera Ramírez.

LCAP, la audiencia al contratista por diez días y el informe del Servicio Jurídico, salvo en los caso previstos en los arts. 42 y 97 LCAP.

En cuanto a la autorización gubernativa, la misma procede cuando se trata de resolver contratos que en su día fueron autorizados por el Gobierno en razón a su carácter plurianual, como es el caso, como por otra parte se expresa en el último párrafo del art. 12.2 LCAP. Cuando se trata de contratar, tal autorización "se producirá con carácter previo a la aprobación del expediente de contratación" (art. 12.2, segundo párrafo LCAP); es decir, antes de la apertura del procedimiento de adjudicación (art. 70.1 LCAP). Cuando como en el presente caso se trata de resolver el contrato adjudicado, tal autorización *-mutatis mutandis-* debería producirse con 'carácter previo a la aprobación del expediente de resolución', lo que parece reconducir al momento inmediatamente anterior a la elevación a definitiva de la Propuesta de Resolución, tras el dictamen del Consejo Consultivo. Es decir, evacuado el dictamen -a favor o en contra de lo que en el mismo se opina, pues en esta ocasión el dictamen no es obstativo- si la Administración confirma su voluntad de resolver el contrato de referencia, entonces y antes de dictar el actor resolutorio deberá solicitar la preceptiva autorización gubernativa, cuya omisión determinaría que la Resolución incurriera en causa de anulabilidad.

Esta interpretación se entiende no contraría el art. 6.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo por las siguientes razones: La primera, de carácter normativo, porque la autorización gubernativa no es técnicamente un informe, sino una exigencia legal que se cumple una vez que el procedimiento -del que forma parte el dictamen del Consejo- se ha concluido. La segunda, de carácter funcional, porque si tal preceptiva y previa autorización se emitiera antes del dictamen del Consejo, éste podría pronunciarse -por ejemplo- en contra de la resolución con razones y argumentos de tal autoridad que no pueden ser soslayados por el órgano de contratación, que, a resultas, no eleva a definitiva la Propuesta resolutoria del contrato, sino que adopta otra decisión, como la continuación en la ejecución del contrato. Y en tal tesitura, se ha interesado, y obtenido, una autorización gubernativa no sólo inocua, en relación a sus pretendidos efectos, sino innecesaria.

La audiencia al contratista es trámite inexcusable y resulta en efecto cumplidamente realizado. En cuanto al preceptivo informe del Servicio Jurídico, que

obra en el expediente, es exigible no por las disposiciones de la LCAP (que lo excepciona cuando se dé el supuesto previsto en el art. 97 LCAP, que es el caso) sino por el art. 20.k) del Reglamento del Servicio Jurídico (aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero).

II

Antes de analizar la fundamentación y congruencia de la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de referencia, conviene extractar la secuencia de hechos y depurar las causas de resolución alegadas de una y otra parte. La cuestión se ciñe a determinar si el contratista disponía -como alega la Administración- o no -como sostiene la contrata- de los terrenos idóneos para que el proyecto fuera viable.

Debemos partir de lo que dispone al efecto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato (pags. 39 y ss. de las actuaciones). La cláusula 19.1 remite al art. 142 LCAP, para el cual la ejecución de la obra comienza con la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, en presencia del contratista. En el apartado 3 de la citada cláusula se precisa, no obstante, que "cuando a juicio del facultativo director de las obras, y sin reserva por parte del contratista, el resultado de la comprobación del replanteo demuestre la posesión y disposición real de los terrenos, su idoneidad y la viabilidad del proyecto, se dará por el director de la obra la autorización para iniciarlas, haciéndose constar este extremo explícitamente en el acta extendida, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla y empezándose a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la firma del acta". Sobre esta base, la secuencia de hechos es la siguiente:

El 17 de febrero de 1997, se levanta Acta de comprobación del replanteo con reservas efectuadas por la contrata, en el sentido de que "el Ayuntamiento deberá definir las alineaciones de la parcela". En la misma Acta el arquitecto director considera infundada la reserva por lo que "autoriza y ordena" el inicio de la obra.

Con fecha 12 de mayo de 1997, el arquitecto director de las obras emite informe a petición de la Consejería sobre el estado de las obras (pags. 71 y 75) del que se desprenden los siguientes hechos:

A) Al parecer, antes de la firma del Acta de comprobación del replanteo -con reservas- se efectuó reunión en el Ayuntamiento entre las partes del contrato y representantes del Ayuntamiento -que era quien cedía el suelo- para tratar de las "dificultades de disponibilidad de la totalidad del suelo", acordándose a instancia del Ayuntamiento "no realizar obras en la franja norte de la parcela (que se reflejaría en el terreno) para evitar problemas en la negociación que realizaba para su registro, por ser una adquisición por cesión mediante un convenio urbanístico no formalizado" y que, en consecuencia, el contratista hiciera constar en el Acta de comprobación del replanteo la reserva que finalmente formuló. Lo que se hizo tras comprobar "las dimensiones aproximadas de la parcela, así como la delimitación del terreno en la que se recomendaba no actuar".

B) El 3 de marzo de 1997, tras visita a las obras de la dirección facultativa se observó "ligeras variaciones respecto a la parcela proporcionada para la confección del proyecto, así como la delimitación del terreno objeto de formalización municipal". Tras nueva reunión del personal municipal y de la oficina técnica, "se acordó rectificar las delimitaciones de la parcela, comunicándose a la dirección facultativa que ya era disponible por los acuerdos que se habían establecido con la propiedad". En visita al lugar de las obras, el representante de la contrata "expresó las dificultades de ejecutar las obras en el interior de la misma (...) y se entrega a la dirección facultativa un escrito (...) con el levantamiento topográfico del trazado municipal, argumentando que afecta a las obras y solicitando que se reconsidere la calificación de reserva del Acta de replanteo, por no ser viable su comienzo". Petición que la dirección facultativa responde de forma verbal en el sentido de que se posee la "disponibilidad de la totalidad del suelo comunicada por el Ayuntamiento, por lo que no tenía razón de ser el escrito presentado, considerado ya innecesario y contestado verbalmente con lo manifestado".

C) En visitas giradas los días 7 y 21 de abril se comprobó que las obras no se habían iniciado, pues para la contrata "continuaban las dificultades planteadas inicialmente". En conversación informal, la dirección facultativa informa que el "problema real era el presupuesto de la obra (...) toda vez que el la oferta de adjudicación que se presentó no fue realizada con el rigor que tenía que haberse hecho", proponiendo la contrata [según informa la dirección facultativa] la redacción de un proyecto modificado, de cuantía superior a 50 millones de pesetas, o bien modificar el proyecto durante la ejecución de la obra para aproximar el presupuesto

al precio de adjudicación del contrato. A estas consideraciones se añadía que, según la contrata [tal y como informa la dirección facultativa], "de todas formas, no se podía iniciar las obras por no contar con la licencia debido a dificultades de formalización con el Ayuntamiento, y no sólo por las delimitaciones de la parcela"

D) En visita nuevamente girada el 29 de abril de 1997, se confirma la "reticencia a iniciar las obras por parte" de la contrata, proponiendo sus representantes "la renuncia a la ejecución de las obras o su traspaso a otra empresa que se había presentado a la licitación (M.F., S.L.).

E) Concluye la relación de hechos con la elevación por director facultativo del mencionado informe a la Dirección General de Infraestructura educativa, a fin de que adopte las medidas que considere más oportunas para resolver la cuestión planteada.

2. De las actuaciones resulta que fue el 16 de mayo de 1997 cuando el órgano de contratación pudo tener conocimiento de los incidentes contractuales habidos hasta entonces, a resultas del mencionado informe de la dirección facultativa; órgano (el Consejero de Educación) que es el que por ley está facultado para interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos y, en su caso, resolverlos (art. 60.1 LCAP). En este punto, no está de más recordar que el director de las obras es "directamente responsable de la comprobación y vigilancia de la correcta realización de la obra contratada" (cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras (PCAG), pero no le corresponde el ejercicio de ninguna de las facultades que por la LCAP le corresponden al órgano de contratación. Del texto del informe parece que las incidencias habidas fueron puestas en conocimiento de la Administración competente por parte de director facultativo, pero no hay constancia documental alguna -salvo el mencionado informe- contradictoriamente fijada en orden a la propuesta y negativa razonada de modificar el contrato adjudicado; o de que la oferta fue erróneamente realizada por la empresa entonces licitadora, o de que la contrata proponía reducir unidades de obra para que de esta manera le quedara mayor margen de beneficio. Cuestiones que, de ser ciertas, tenían que ser analizadas en su momento por el órgano de contratación en cuanto el director facultativo las detectara o fuera informado de las mismas por el contratista, siempre por escrito y mediando la pertinente contradicción administrativa.

Debe tenerse en cuenta que la cláusula 3.1 del PCAP precisa que "cuando [las instrucciones de la dirección facultativa] fueren de carácter verbal deberán ser ratificadas por escrito en el más breve plazo posible, para que sean vinculantes para las partes". Y en este sentido, no se hace referencia en las actuaciones que estos incidentes se hicieran constar en el Libro de Órdenes (cláusula 8 del PCAG), que preceptivamente hubiera debido abrirse en la fecha de comprobación de replanteo. Ahora bien, la causa en que se fundamenta la resolución es una muy concreta -no comenzar las obras- y que la oposición del contratista también es diáfana -no tener la disponibilidad del terreno- por lo que estos incidentes, que no han tenido acomodo en la Propuesta de Resolución, no interfieren en el expediente de resolución incoado.

III

Con estos antecedentes debemos entrar a examinar las dos cuestiones fundamentales que plantea la Propuesta de Resolución contractual sometida a la opinión de este Consejo: una, la disponibilidad de los terrenos a favor de la Administración, para desecharla; y la otra, el incumplimiento de los plazos de ejecución de la obra, para aceptarla y fundamentar la resolución del contrato de obra. Examinemos, pues, estas dos cuestiones empezando, en primer lugar, por la una y luego por la otra, no sólo por razones cronológicas sino también de causalidad.

1. En cuanto a la disponibilidad de los terrenos, sólo podía darse inicio a las obras cuando sin reserva por parte de contratista se demostrara la posesión y disposición real de los terrenos, su idoneidad y la viabilidad del proyecto. Es decir, aunque concurren las condiciones finalmente citadas [para el director facultativo es evidente que concurren] lo relevante para que se dé autorización al inicio de las obras es que no haya reserva del contratista. Y, esté o no fundamentada la reserva, es evidente que el contratista, desde el primer momento formuló la pertinente reserva, pues, se recuerda, la contrata hizo constar que el Ayuntamiento deberá definir las alineaciones de la parcela.

Se recuerda también que, efectuada la reserva, hubo conversaciones entre las partes más los representantes municipales -pues la naturaleza de la reserva les afectaba directamente- y de las que ya antes se dio cuenta, a resultas de las cuales se acordó, a instancia del Ayuntamiento, no realizar obras en determinada parte de la parcela, a fin de "evitar problemas" en la negociación que "realizaba para su

registro, por ser una adquisición por cesión mediante un convenio urbanístico no formalizado". Este Acuerdo evidencia los siguientes extremos:

A) En esa fecha (17 de febrero de 1997, en la que se firma el Acta de replanteo) no se poseía la plena disponibilidad de los terrenos, lo que acredita lo fundada de la reserva de la contrata, cuando manifestaba que en su opinión debían definirse las alineaciones, es decir, sus límites.

B) La disponibilidad no era aún efectiva y se constata porque se estaba negociando con los propietarios, mediante el pertinente convenio urbanístico, la cesión de terrenos sobre los que se construiría el colegio. La referencia al "registro" no puede ser sino al Registro de la Propiedad, en el que se procedería al pertinente asiento a resultas del mencionado convenio urbanístico. Convenio que fue acordado por el Pleno en sesión celebrada el 18 de diciembre de 1989, facultando al Alcalde para su firma. Se sabe que los promotores del convenio son los mismos que, posteriormente, fueron objeto de expediente expropiatorio. Consta asimismo en la documentación remitida que los promotores de convenio pusieron a disposición del Ayuntamiento los solares pertinentes. Es obvio que esa puesta a disposición estaba intrínsecamente relacionada con que el convenio llegara a buen fin; fin que no se alcanzó, por lo que es dudoso que el mencionado escrito pueda tener los efectos que se pretenden. Pero es más, el escrito de puesta a disposición está firmado por uno de los promotores en su propio nombre y en el de los demás promotores, sin que conste documento que evidencie qué clase de representación aducía para llevar el negocio en esos términos, siendo así que el mandato general sólo habilita para llevar a cabo actos de administración, de forma que para realizar actos de disposición de dominio, como transigir sobre el mismo, se requiere mandato expreso (art. 1.713 del Código Civil), lo que no consta; ni parece que exista, pues el escrito de propuesta de convenio se presenta en nombre propio y como "mandatario verbal" de los demás interesados.

En cualquier caso, del expediente se desprende que el mencionado convenio no llegó a fructificar, pues se acudió a la vía expropiatoria, de lo cual hay constancia en las actuaciones. Lo que acredita, ciertamente, que no se disponía en el momento de la comprobación del replanteo de la totalidad del terreno.

C) Mas adelante (3 de marzo de 1997) tras reunión con los representantes municipales, se acordó rectificar las delimitaciones de la parcela, siendo ya presuntamente disponible la parcela "por los acuerdos que se habían establecido con la propiedad". Este acuerdo sugiere las siguientes consideraciones:

a) Era fundada la reserva inicial de la contrata, pues de hecho se rectificó la alineación de la parcela.

b) La disponibilidad real de la parcela, una vez delimitada sus alineaciones, derivaba de la circunstancia de la suscripción del pertinente convenio -o convenios- con los propietarios colindantes. Ahora bien, como se señaló anteriormente, la vía del convenio no llegó a buen fin, pues se acudió al procedimiento expropiatorio.

c) Si como parece no se pudo llegar a acuerdo alguno, seguía viva la reserva de la contrata, aunque ya con otro cariz. No es que las alineaciones de la parcela no estuvieran definidas. Es que tras su definición resulta que en la misma se incluían terrenos de los propietarios colindantes, por lo que era cuestionable que se tuviera entonces "la posesión y la disponibilidad real de los terrenos" (cláusula 19.3 PCAP). De forma que ahora se incumplían las dos condiciones que el PCAP exige para que el director facultativo diera la autorización de inicio de los trabajos.

D) Tras nueva visita a las obras, por la contrata se expresó "las dificultades de ejecutar las obras en el interior de la parcela (...) [haciéndose] entrega a la dirección facultativa de un escrito (...) con el levantamiento topográfico del trazado municipal [que no obra en las actuaciones], argumentando que afecta a las obras y solicitando se reconsidere la calificación de **RESERVA** del Acta de replanteo, por no ser **VIABLE** su comienzo". De aquí resultan las siguientes apreciaciones:

a) Al menos formalmente, no procede imputar a la contrata una conducta contraria a la buena fe y a las obligaciones derivadas del contrato. Es decir, su oposición no es formalmente temeraria u obstruccionista. Existe causa que fundamenta la reserva de la contrata, otra cosa es que la causa sea suficiente para que, en efecto, las obras no den comienzo. Ahora bien, no parece que la contrata tenga una "actitud de no querer ejecutar" la obra [escrito del Director General de Infraestructura Educativa]. La oposición de la contrata no es por otra parte apodíctica. Aporta razones por escrito y un levantamiento topográfico de la parcela - no contradicho, mediante instrumento de igual tenor, por la dirección facultativa-,

por lo que no cabe apreciar, desde los datos con que se cuenta, mala fe de la contrata.

b) Razones que también pone en conocimiento de la Corporación Local afectada, mediante escrito de 2 de septiembre de 1997. En el mismo expresa la inviabilidad del proyecto y la no disponibilidad de los terrenos, "habiendo recibido esta sociedad constantes advertencias de los propietarios de los mismos para que (...) se abstuviera de llevar a cabo las obras alegando dichos propietarios que [la] Consejería no es en la actualidad propietaria de los terrenos en cuestión". Parece que las advertencias fueron verbales, pues en las actuaciones no consta ninguna escrita. Mas cabe que tales advertencias en efecto se hubieran producido, pues en el mencionado escrito se precisa que "consultado el Registro de la Propiedad no consta que los terrenos hayan sido adquiridos por la Consejería de Educación, Cultura y Deportes". La contrata aprovecha tal escrito para requerir al Ayuntamiento de Puerto del Rosario para que "de forma fehaciente acrediten la completa y total disponibilidad actual de los terrenos, especificando las fechas en que han llevado a cabo las expropiaciones a los propietarios" que relaciona. Es decir, que a tal fecha la contrata aún no ha desistido formalmente de ejecutar el contrato, siempre que se le acredite la disponibilidad de los terrenos.

c) Ahora bien, si inicialmente se convino, precisamente a propuesta del Ayuntamiento, en no empezar los trabajos en la zona donde las alineaciones eran conflictivas [lo que motivó el alcance de la reserva que no afectaba al resto de la parcela donde, consecuentemente, sí se podían iniciar los trabajos pertinentes], posteriormente, tras efectuar el correspondiente levantamiento topográfico en el escrito que acompañaba al mismo se hacía constar por la contrata que si "en el momento de firma del acta de replanteo se estimó que no condicionaba el comienzo de las obras por no afectar a áreas edificadas, sí afecta a la zona del Pabellón, por lo que les rogamos se sirvan reconsiderar la calificación de las reservas que constan en el Acta de replanteo y que hacen **NO VIABLE** el comienzo de la obra hasta el momento de poder disponer libremente del área de trabajo".

E) Se llegó a un punto de irreductibilidad de posiciones, que concluyó con la propuesta del director facultativo de resolver el contrato. Es el momento de detenernos en las razones de la Dirección facultativa y de los diferentes Servicios

administrativos que, en suma, sustentan la Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo, efectuándose en cada caso las observaciones pertinentes.

a) El 14 de octubre de 1996 se lleva a cabo el replanteo previo que exige el art. 129 LCAP, certificándose el 14 de octubre de 1996 -a la vista de la mencionada Acta extendida por el arquitecto director de las obras- por el Arquitecto de la Sección de Proyectos la viabilidad del proyecto, "en cumplimiento de lo establecido en el artículo 81 del Reglamento General de Contratación (RCE), cuya regulación -parcialmente coincidente con la del art. 129 LCAP- debe entenderse subsistente tras la publicación de la mencionada ley, a la que no se opone.

En ambos preceptos se atribuye al mencionado replanteo la función de "comprobar la realidad geométrica de la [obra] y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución, que será requisito indispensable para la convocatoria de licitación en procedimientos abiertos" (art. 129.1 LCAP), como es el caso. Por lo que la declaración de viabilidad del proyecto ya desde el replanteo inicial poco se compadecía con las exigencias legales de aplicación, en cuanto a su función y alcance. El art. 81 RCE es aún más preciso y exigente, pues a los efectos mencionados "se unirá certificación acreditativa (...) de la plena posesión y de la disposición real de los terrenos necesarios, así como la viabilidad del proyecto".

b) Existe un certificado del Servicio de Planificación, Proyectos y Construcciones de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias en el que se apoya la Propuesta de Resolución, según el cual "a la vista de los antecedentes que obran en esta Dirección General [antecedentes que por la fecha sólo podían ser el Acuerdo plenario de 9 de marzo de 1990 y el Acta de replanteo previo de 15 de julio de 1996] resulta que el solar sobre el que ha de construirse el citado centro fue puesto a disposición de la Comunidad Autónoma de Canarias mediante Acuerdo del Pleno de la Corporación municipal, por lo que esta Consejería goza de la plena posesión y disposición real de la expresada finca".

En ese certificado se confunde entre lo que en puridad es un ofrecimiento futuro del solar preciso para la construcción del colegio, que es a lo que se contrae el mencionado Acuerdo municipal, con lo que es la efectiva cesión del solar, lo que exigiría su previa adquisición, bien por convenio o por expropiación. Nadie puede poner a disposición de otro o ceder aquello que no le pertenece. Tal puesta a

disposición o cesión exige un *prius* no sólo lógico sino jurídicamente insoslayable. Esto es, que el Ayuntamiento sea el titular dominical del terreno -sea cual fuere el título de adquisición de la propiedad- o que medie la autorización del titular registral, en los términos que se expresan en el apartado siguiente. En ese Acuerdo el Ayuntamiento se limitó a hacer un ofrecimiento de futuro y se constata por el hecho de que no se ofreció terreno concreto registralmente identificado, sino terrenos sitios en Los Pozos para construir el colegio. Si se partiera -que es la premisa de la que parte la Administración- de que la cesión de los terrenos se operó por tal Acuerdo municipal, el mismo sería, simplemente, nulo de pleno derecho.

c) En informe de 16 de febrero de 1997 del Servicio de Régimen Jurídico de la Consejería de Educación se llama a la aplicación supletoria del Real Decreto 2.274/1993, de 22 de diciembre, de Cooperación de las Corporaciones Locales con el Ministerio de Educación y Ciencia, el cual, para el ofrecimiento de terrenos para la construcción escolar, exige el concurso de las siguientes circunstancias: a) Acuerdo del Pleno en el que conste la puesta a disposición o cesión del solar; b) Garantía de la propiedad municipal o autorización del titular registral; c) Cédula urbanística o documento en el que se reflejen las circunstancias urbanísticas en vigor. Según el mencionado informe, las circunstancias a) y c) quedan acreditadas por certificación del Secretario del Ayuntamiento afectado de 16 de marzo de 1997 y por el informe técnico municipal de 22 de febrero de 1990. Informe que hace referencia a la inexistencia de "impedimentos físicos", salvo la existencia de una red de baja tensión, pero nada dice de los jurídicos. El requisito previsto en el apartado b) -la autorización de los titulares registrales- se desprende de las "declaraciones firmadas"; declaración firmada por mandato insuficiente y materialmente conexas con un convenio no suscrito finalmente, por lo que difícilmente se puede alegar como fundamento de la disponibilidad de los terrenos.

En principio, parece que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la supletoriedad del Derecho del Estado (cfr. STC 61/1997) en este caso no hay obstáculo para que el mencionado R.D. sea aplicado al amparo de lo dispuesto en el art. 149.3 CE. En efecto, mediante Decreto 119/1995, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las Escuelas de Educación Infantil y de los Colegios de Educación Primaria, cuyo art. 2 regula la proposición por parte de las Corporaciones locales de la creación de tales escuelas y centros, debiéndose firmar

con carácter previo un convenio interadministrativo [apartado c)]; y en el apartado 4 se remite a un futuro "Decreto del Gobierno de Canarias [la regulación del] procedimiento para la creación de estos centros públicos"; regulación que en esta fecha aún no se ha producido.

Dicho esto, el mencionado informe del Servicio de Régimen Jurídico da pie a formular las siguientes observaciones.

El requisito b) puede tener un doble cumplimiento: garantía de propiedad municipal o autorización de los titulares registrales. Según tal informe, el requisito se ha cumplido mediante las declaraciones de los titulares registrales, lo que quiere decir, simplemente, que el Ayuntamiento no era propietario de los terrenos.

Consta con fehaciencia la relación exacta de propietarios afectados por la expropiación de terrenos necesarios para "la ejecución de la obra denominada Colegio Infantil y Primaria Nueve unidades"; expediente que fue iniciado por Acuerdo plenario de 21 de julio de 1997, y pese a haber sido requerido, por este Organismo, el anexo del acta de ocupación, si ya se hubiera dado, no se ha remitido. Luego no consta tampoco el acta de ocupación, que sí hubiera sido título bastante para la toma de razón de la transmisión del dominio.

Por todas las consideraciones expuestas, este Consejo cree suficientemente acreditado que no ha existido la disponibilidad de los terrenos a favor de la Administración.

2. Respecto al incumplimiento de los plazos de ejecución de la obra imputable al contratista, mediante Resolución 1.141, de 30 de diciembre de 1997, se incoa expediente de resolución contractual "por demora en el cumplimiento de los plazos, por causa imputable al contratista". Esta pretensión se fundamenta en actuaciones que constan iniciadas pero cuyo final se desconoce, y que tienen unas consecuencias determinantes en la legalidad de la Resolución que en su caso se adopte. Independientemente de lo expuesto, la regulación contractual -particularmente el RCE- aporta la solución al conflicto que ha surgido entre partes; solución que estaba disponible desde el principio y cuyo carácter formal hubiera anticipado -por ello, sin padecimiento excesivo de los intereses públicos en juego- una posible solución.

En efecto, si el art. 127. C) RCE delimita la naturaleza y alcance del replanteo - en términos luego recogidos por el art. 129 LCAP-, el apartado D) del mismo precepto

reglamentario -vigente, en tanto no se opone a las disposiciones de la LCAP- va más allá, al contemplar los efectos o las consecuencias de la no acreditación o de la formulación de reservas por parte del contratista, que es precisamente la eventualidad en la que estamos. Así, claramente se dice que "cuando no resulten acreditadas las circunstancias a que se refiere el precedente párrafo [posesión y disponibilidad real de los terrenos, su idoneidad y la viabilidad del proyecto] o el contratista haga o presente reservas se hará constar en el Acta que queda suspendida la iniciación de las obras hasta que por la Autoridad u órgano que celebró el contrato se dicte la Resolución que estime oportuno dentro de las facultades que le están conferidas por la legislación de contratos del Estado [previstas en el art. 60 LCAP]".

Aún más, el mencionado precepto reglamentario también contempla las consecuencias de la inacción administrativa en la adecuada resolución del mencionado incidente contractual. Y así, "en tanto sea dictada esta resolución, y salvo el caso en que resulten infundadas las reservas del contratista, quedará suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, a los fines de reconocimiento de los derechos que cuando se produce esta situación concede el primer párrafo del art. 148 de este Reglamento a los contratistas"; es decir, la Administración deberá abonar al contratista los daños y perjuicios que deba sufrir, si la suspensión temporal excede de la 1/5 parte o, en todo caso, 6 meses. Si la situación se prolonga, el RCE (art. 127, F) también contempla las consecuencias. "Si la suspensión de la iniciación de las obras tuviere carácter definitivo por causa imputable a la Administración (...) o (...) dejare transcurrir seis meses de la suspensión sin dictar y notificar al contratista la Resolución que estime oportuna, éste tendrá derecho a la resolución del contrato y a percibir por todos los conceptos una única indemnización del 3 por ciento del precio de adjudicación". Por si cupiera alguna duda, estas previsiones se contienen en los arts. 150.b), 151.2 y 3 LCAP. Y debe añadirse que según el art. 152.4 LCAP, si el aplazamiento fuere superior a un año [el acta de comprobación de replanteo es el 17 de febrero de 1997] el contratista "tendrá derecho al 6 por ciento del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial".

Al margen de lo que hipotéticamente resulte, lo manifestado en este apartado sugiere los siguientes comentarios y matizaciones a lo ya manifestado en apartados anteriores.

A) Cuando la legislación contractual exige (LCAP y RCE) la "posesión y disposición real de los terrenos" o, en la formulación legal, "la realidad geométrica (...) y la disponibilidad de los terrenos precisos", como requisito indispensable para la convocatoria de la licitación se está refiriendo a algo sustancialmente diferente a una simple expectativa de disponibilidad. La disponibilidad debe ser "real". Y para ello no puede ser sino jurídica, lo que reconduce, simplemente, a los arts. 430 y siguientes del Código Civil. Es decir, no es admisible una posesión y disposición 'ideales', configurada sobre el papel de la parcela que en su día, tras su adquisición, sería cedida a la Comunidad Autónoma para que ésta construyera un colegio. Esa 'realidad' sólo puede ser aquélla que resulte de la titularidad dominical debidamente acreditada, o la que se sustente en las autorizaciones concedidas legalmente por los titulares dominicales.

B) Desde que se inició el incidente, el órgano de contratación no ha dictado resolución alguna en orden a su adecuada solución. Sí ha dictado dos Resoluciones, que no aclaran el problema, sino que lo ahondan aún más. La primera de imposición de sanción a la contrata de 1,5 millones de pesetas por incumplimiento del primer plazo parcial de la obra. La segunda de incoación de expediente de resolución contractual por demora en el cumplimiento de plazos. El incidente inicial planteado por la contrata se acaba solventando mediante expediente resolutorio, que no aclara, por cierto, el grado de bondad de las reservas formuladas por la contrata, o de la actuación de la dirección facultativa, o del órgano de contratación o, incluso, de la Corporación Local afectada.

C) La ausencia de Resolución expresa al incidente de referencia no enerva la aplicación de los preceptos citados, pues la paralización material se equipara a la suspensión expresa (Dictámenes del Consejo de Estado 44.795, de 13 de enero de 1983 y 52.451, de 10 de marzo de 1989, con soporte en la doctrina del Tribunal Supremo).

En resumen, no parece que se hubiera cumplido el requisito legal de efectiva puesta a disposición del contratista de los terrenos necesarios para acometer la ejecución del contrato, por lo que la Propuesta de Resolución no se ajusta a Derecho desde el momento en que no resulta acreditado el incumplimiento del contratista, sino, a lo sumo, imposibilidad de cumplimiento, por causa no imputable al mismo.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no resulta conforme a Derecho, pues no se ha acreditado la puesta a disposición de los terrenos (Fundamento III.1) ni, consecuentemente, el incumplimiento de contrato que se imputa al contratista (Fundamento III.2).