



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 100/2000

La Laguna, a 7 de julio de 2000.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *la resolución del contrato adjudicado a la "E.C.H., S.A.", para la ejecución de la obra de construcción del Centro de Secundaria y Bachillerato El Paso, en La Palma (EXP. 108/2000 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Presidencia del Gobierno, es el proyecto de Orden Departamental de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes dirigida a resolver un contrato para la construcción de un centro de Educación Secundaria y Bachillerato en el término municipal de El Paso, en la Isla de La Palma; contrato que fue adjudicado por Orden Departamental, de 13 de noviembre de 1998, a la entidad mercantil E.C.H., S.A., la cual en el curso del procedimiento se ha opuesto a la resolución contractual exponiendo sus razones en el preceptivo trámite de audiencia.

2. La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 11.1 y 10.7 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias en relación este último precepto con el art. 97.1, de carácter básico, de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

3. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en vicios procedimentales que obsten la emisión de un Dictamen de fondo.

* PONENTE: Sr. Cabrera Ramírez.

4. El contrato cuya resolución se pretende fue adjudicado el 13 de noviembre de 1998, antes de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modificó la LCAP.

Según la única Disposición Transitoria de la Ley 53/1999 y la primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, el presente contrato se rige por la normativa anterior; por consiguiente, los preceptos de ésta sobre la resolución contractual son los aplicables; por ello se citarán según su tenor primitivo para la fundamentación del presente Dictamen.

II

Se destacan los siguientes antecedentes del expediente de especial repercusión en el Dictamen a emitir.

Según la cláusula 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, los plazos parciales de ejecución de la obra eran los siguientes: el 30% a los seis meses y el 60% a los 12 meses; y el plazo total era de 19 meses a cuyo término había de estar ejecutada la obra en su totalidad.

La cláusula 26 faculta a la Administración a resolver el contrato cuando el incumplimiento de los plazos parciales o la demora en su cumplimiento haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento parcial.

El 3 de diciembre de 1998 se levantó el acta de comprobación del replanteo y se aprobó el programa de trabajo, quedando así establecido el inicio y término de las obras en el 4 de diciembre de 1998 y en el 3 de julio del 2000.

El 10 de marzo de 1999, la Dirección Facultativa informa a la Administración de que se está produciendo un retraso importante en la ejecución del programa de trabajo y acompaña informe del Arquitecto Técnico, de 4 de marzo de 1999.

El 28 de abril de 1999, el Director General de Infraestructura Educativa dictó una resolución en la que se afirma que el programa de trabajo ha sido revisado y en consecuencia procede a su aprobación. Sin embargo, a esta resolución no le acompaña un programa de trabajo que sustituya al que figura acompañando la resolución de 3 de diciembre de 1998, aprobatoria del programa de trabajo, sino que simplemente es acompañada de un documento en que se recoge una propuesta de

reajuste de anualidades, firmada por la contratista, la Dirección Facultativa, el Jefe del Servicio de Programación y a cuyo pie figura la firma del Director General de Infraestructura aprobando esa propuesta. Este reajuste de anualidades, según el tenor de ese documento, no altera el plazo de ejecución de la obra que sigue siendo de 19 meses ni su término que sigue fijado en el 3 de julio de 2000.

El 3 de junio de 1999, el Arquitecto Técnico remite a la Administración informe sobre el grave retraso en las obras, en las que la empresa contratista sólo emplea a seis operarios y advierte de que la empresa está o puede estar preparando la suspensión de las obras.

El 25 de junio de 1999, la contratista presentó una propuesta que denominó modificado nº 1 de modificaciones y mejoras al proyecto, que no se fundamentaba en causas técnicas imprevistas por el proyecto ni en nuevas necesidades surgidas en el curso de la ejecución de la obra, sino que consistían fundamentalmente en ampliaciones de la obra y en sustituciones de los materiales previstos en el proyecto por otros. La Dirección Facultativa consideró que no estaba justificado técnicamente acceder a la propuesta de modificado de la contratista.

El 9 de septiembre de 1999 la Administración autorizó la redacción de un reformado. Es importante destacar que, como resulta del propio escrito de la contratista de 11 de noviembre de 1999 por el que formula observaciones al proyecto de modificado, este reformado no tenía por objeto la introducción de unidades de obra diferentes de las contempladas en el proyecto, sino el establecimiento al alza de nuevos precios para las unidades de obra que permanecían siendo las mismas que se contemplaban en el proyecto original. La única que se podía considerar como obra nueva era la obra señalada bajo el epígrafe PC 01 que es expresamente aceptada por la contratista en dicho escrito de alegaciones y que se corresponde exactamente con la que había propuesto en su proyecto de modificado.

La explicación y demostración de que no se trata, salvo la señalada como PC 01, de unidades de obra nueva no contempladas en el proyecto, sino modificación del precio de las ya previstas en el proyecto, se contienen en los informes de la Dirección Facultativa de 26 de noviembre de 1999, en el informe del Jefe de la Sección de Construcciones de la Dirección General de Infraestructura Educativa, de 15 de noviembre de 1999, en el escrito de la contratista de 17 de noviembre de 1999 y en el informe pericial que la propia contratista aporta.

Los informes de la Dirección Facultativa, de 13 de marzo de 2000 y de 2 de mayo de 2000, reiteran y explican pormenorizadamente como esas modificaciones introducidas con el modificado -que posteriormente se aprobaría como se señala más adelante- no eran unidades de obra nuevas no previstas en el proyecto, salvo la contemplada en el PC 01 para el desmonte de una zona próxima a una vivienda unifamiliar, desmonte que la contratista se negaba a realizar con los medios previstos en el proyecto.

El 22 de septiembre de 1999, la Dirección Facultativa emite informe en el que expresa que en su visita del 20 de septiembre la obra se encontraba prácticamente paralizada sin justificación ni autorización, hallándose en la obra únicamente dos obreros y un encargado, además del Jefe de obra y del Jefe de Producción de la contratista; y que de las conversaciones con estos dos deduce que la Contratista presiona con la paralización de la obra para obtener una variación al alza del precio adjudicado. El 20 de octubre de 1999 el Arquitecto Técnico director de las obras emite informe en el mismo sentido.

La Administración requirió el 28 de octubre de 1999 a la contratista para que tomara las medidas pertinentes para el cumplimiento de sus compromisos contractuales a fin de poder disponer del centro educativo en la fecha programada. La contratista solicitó la suspensión de las obras el 29 de octubre de 1999 hasta la aprobación del modificado. El 4 de noviembre de 1999, la Administración la denegó porque no existían motivos; constató que, con independencia de las unidades de obra cuyos precios solicitaba modificar la contratista, había numerosos tajos de la obra que no estaban afectados por esa modificación y que estaban sin ejecutar; advirtió de que la empresa estaba llevando un ritmo lentísimo de ejecución, sin los medios humanos y materiales apropiados e incumpliendo sistemáticamente el programa de trabajo, lo que suponía que no se cumpliera el plazo de ejecución del contrato y que en consecuencia el Centro educativo no pudiera entrar en funcionamiento para el curso 2000-2001, y la apercibía de que en caso de persistir en el incumplimiento contractual aplicaría las penalidades previstas en el art. 96 LCAP.

En el expediente no figura la solicitud del Director Facultativo de la obra solicitando autorización para iniciar el procedimiento de modificado (art. 146.3 LCAP). En cambio, sí obra el escrito que, en el trámite de audiencia previsto por el art. 146.3, b) LCAP, presenta el 11 de noviembre de 1999 la contratista, en el que acepta expresamente el precio contradictorio nº 1, junto con otros y rechaza otros,

pero en ningún momento alega que se trate de unidades nuevas no contempladas en el proyecto. Sobre dicho escrito, el 15 de noviembre de 1999 rinde informe el Jefe de la Sección de Construcciones de la Consejería de Educación en el que se expresa que sólo existe un precio contradictorio propiamente dicho, el PC 01, aceptado por la empresa y que los demás precios existen en el proyecto pero han sido adoptados "en referencia y reconocimiento a las solicitudes de la empresa (...) sin dejar de reconocer que por legislación en vigor se podría exigir a la empresa su ejecución (...)".

Por medio de un escrito fechado el 24 de noviembre de 1999 y presentado el día siguiente, la contratista tornó a solicitar la suspensión de las obras. El 26 de noviembre de 1999, la Dirección Facultativa emite informe de la visita de inspección a las obras girada el 24 del mismo mes en el sentido de que las obras estaban prácticamente paralizadas y de que no había motivos que justificaran la suspensión de las obras. El 3 de enero de 2000 la Administración denegó la suspensión de las obras, apercibió a la contratista de su incumplimiento y le señaló que éste constituía las causas de resolución del contrato previstas en el art. 112, e) y g) LCAP.

El 17 de enero de 2000 la empresa presentó un escrito donde reconoce que no ha procedido a la ejecución de las unidades de obra porque no están aprobados los precios de esas unidades por estar pendientes la aprobación del modificado. Que por esta razón la obra está paralizada parcialmente y que en breve plazo lo estará totalmente.

Por Orden Departamental de 19 de enero de 2000 se aprobó el proyecto del primer reformado adicional del contrato en cuyo segundo resultando se expresaba:

a) Que solamente era propiamente precio contradictorio el PC 01 correspondiente a la perforación-taladros el cual es aceptado por la empresa.

b) Que los demás precios en discrepancia del PC 02 y del PC 05 al PC 09 correspondían a unidades de obras incluidas en el proyecto por lo que eran de obligado cumplimiento para el contratista.

c) Que los precios PC 03 y PC 04 eran aceptados por la contratista.

Por Orden Departamental, de 9 de febrero de 2000, se adjudicó el Reformado Adicional a la contratista por importe de 36.781.626 ptas. Contra esta Orden

Departamental de adjudicación del modificado la contratista presentó un escrito, el 28 de febrero del 2000 en Correos en Madrid y con entrada en la Administración autonómica el 4 de abril, por considerar que se trataba de unidades de obra nueva y que, en virtud del art. 150 del Reglamento General de Contratación del Estado, le asistía la facultad de negarse a su ejecución y solicitaba además la suspensión temporal de las obras por la indisponibilidad de los terrenos.

El 22 de febrero de 2000, la Dirección Facultativa emite informe, tras su inspección de las obras el día anterior, en el que señala que las obras continúan a ritmo lentísimo con sólo siete empleados de la contratista. El 29 de febrero de 2000, el Servicio de Construcciones de la Consejería de Educación emite informe en el que hace constar que, según el programa de trabajo, en el pasado mes de octubre de 1999 debía estar ejecutado ya el 30% de la obra, y que sin embargo estaba ejecutado sólo el 8%, de lo que se derivaba que la obra no podía ejecutarse en su totalidad en el plazo contractual previsto.

El 1 de marzo de 2000 se dictó Orden Departamental, en la que tras constatar que en la actualidad no se había llegado al 10% de la ejecución de la obra, pese a que estaba próximo el vencimiento del segundo plazo parcial, a cuyo término tenía que estar ejecutada la obra en un 60%, en aplicación del art. 95 LCAP, impuso una penalidad de 75.000 ptas. diarias a la contratista. Esta Orden Departamental fue recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El 8 de marzo de 2000 la empresa presentó ante la Consejería de Educación el mismo escrito que le había remitido desde Madrid por correo certificado. El 13 de marzo de 2000 la Dirección Facultativa emitió informe sobre la solicitud de la contratista.

El 22 de marzo de 2000 se dictó la Orden Departamental de inicio del procedimiento de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista de los plazos parciales y ante la presunción razonable de la imposibilidad de dar cumplimiento al plazo total.

El 4 de abril, como se señaló, tuvo entrada en la Consejería de Educación el escrito remitido por la contratista desde Madrid por correo certificado, que fue trasladado a la Dirección Facultativa y al Servicio de Construcciones para que informaran.

El 12 de abril de 2000, en trámite de audiencia en el presente procedimiento de resolución contractual, la contratista presentó un escrito en el que alegaba:

a) Que las obras se habían paralizado porque los terrenos no estaban disponibles.

b) Que, en uso de las facultades que le atribuye el art. 150 RCE, se había opuesto a la Orden Departamental de 9 de febrero de 2000 de adjudicación del modificado, porque se trataba de unidades de obra nueva.

c) Que la Administración no resolvió en un plazo de 3 meses sobre su solicitud de 25 de noviembre de 1999 de ampliación del plazo de ejecución y de suspensión parcial de las obras, por lo que, en virtud del art. 43 LPAC, esa solicitud estaba estimada por silencio administrativo positivo.

d) Que el programa de trabajo que es el que establece los plazos es inexigible porque no recoge las modificaciones del proyecto.

e) Que el 30 de junio de 2000 no es la fecha de finalización de las obras porque, primero, al haberse opuesto la contratista al modificado no se sabe en qué fecha acabarán las obras porque depende del tiempo que conlleve la tramitación de la adjudicación; y, segundo, porque las obras estaban suspendidas parcialmente y el plazo de finalización estaba prorrogado.

f) Que los plazos parciales de ejecución no son los que se señalan en la Orden Departamental, de 22 de marzo de 2000, iniciadora del procedimiento de resolución contractual porque tales plazos parciales se corresponden con la distribución del presupuesto de la obra en anualidades según la Cláusula VI del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares y que, como dichas anualidades presupuestarias variaron al inicio de la obra, variaron también dichos plazos.

g) Que la Orden Departamental iniciadora del procedimiento de resolución le origina indefensión porque se apoya en un informe de 29 de febrero del año 2000 del Servicio de Construcción de la Consejería de Educación del que no se le ha dado traslado ni se transcribe su contenido literal.

El 19 de abril, la Dirección Facultativa emitió su informe en el cual argumenta técnicamente que no existe la indisponibilidad de terrenos alegada para pedir la

suspensión y que existen numerosas e importantes unidades de obra que no está afectadas por el modificado y que no se han ejecutado presentado un retraso grave.

El 26 de abril, el Servicio de Construcciones de la Consejería de Educación emite informe que acredita la disponibilidad del terreno, reitera la inexistencia de impedimentos para el desarrollo con normalidad de los trabajos, destaca que la actitud de la contratista responde a su voluntad de imponer a la Administración un incremento injustificado del precio de la obra y que en la visita del 18 de febrero de 2000 comprobó que la obra había sido paralizada en su totalidad de forma unilateral por la empresa, que existían unidades de obras semiejecutadas con elementos metálicos de armadura oxidándose, que la piedra basáltica extraída de la excavación y necesaria para la construcción de muros había sido retirada por la contratista.

El 26 de abril de 2000 se dictó Orden Departamental que, calificando como recurso de reposición al escrito remitido desde Madrid, lo desestimó por considerar que, conforme al art. 146.3 LCAP, la ejecución de las obras adjudicadas era obligatoria para el contratista y que la única que podía ser considerada obra nueva, la representada por el PC 01, había sido aceptada por la contratista, e igualmente desestimó la solicitud de suspensión de las obras.

La propuesta de resolución, tras constatar, con base en los numerosos informes técnicos anteriormente citados, el gravísimo retraso en la ejecución de la obra que fundamentan razonablemente la presunción de la imposibilidad de dar cumplimiento al plazo total, lo que constituye la causa de resolución del contrato imputable al contratista, declara en su parte dispositiva la resolución del contrato, la incautación de la garantía definitiva, la obligación de indemnizar a la Administración los daños ocasionados y proceder conforme al art. 152 LCAP.

III

1. La contratista ha alegado para justificar su retraso en la ejecución de las obras, primero, que era necesario la aprobación de un modificado del proyecto; y que una vez aprobado éste, como introducía unidades nuevas de obras, le asistía la facultad que le atribuye el segundo párrafo del art. 150 de Reglamento General de Contratación del Estado, RCE (aprobado por el Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre), para negarse a ejecutarlas; y que, como esas unidades de obra nueva eran imprescindibles para que pudiera ejecutar a las que estaba obligada, el retraso no le es imputable a ella sino a la Administración.

Esta alegación carece de consistencia por lo siguiente:

En el expediente está acreditado que desde el 4 de marzo de 1999, sólo tres meses después del inicio de la obra, la contratista había retrasado injustificadamente los trabajos y que venía manteniendo deliberadamente desde dicha fecha esa gravísima demora, como medio de presión sobre la Administración para que accediera a la aprobación de un modificado del proyecto que solicitaba y que en absoluto era necesario para la ejecución de las obras porque:

a) El modificado que pretendía la contratista, como resulta de la memoria descriptiva que presentó para justificar su solicitud, consistía fundamentalmente en sustituir materiales contemplados en el proyecto por otros de mayor precio.

b) El modificado finalmente aprobado no introducía unidades nuevas de obra, sino incremento de los precios descompuestos de unidades de obras, atinentes fundamentalmente a la cimentación y estructura que estaban contempladas en el proyecto.

No siendo en absoluto necesario un modificado del proyecto para la ejecución de la obra, la demora voluntaria en la ejecución de los plazos parciales que ha llevado al incumplimiento del plazo total, ha violado directamente las cláusulas 9 y 26.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP, del contrato en relación con el art. 96.1 LCAP.

Está igualmente acreditado que numerosas unidades de obra que no estaban afectadas ni por el modificado pretendido por la empresa ni por el finalmente aprobado no han sido ejecutadas y que ha desobedecido contumazmente las instrucciones escritas en el Libro de Órdenes por la Dirección Facultativa, lo que representa la violación de una obligación esencial del contratista dimanante de la cláusula 23.1 del PCAP en relación con los arts. 143.1 LCAP y 130 RCE.

Estos incumplimientos contractuales, demora voluntaria e injustificada de los plazos parciales y del plazo total, no ejecución de las obras conforme al proyecto y desobediencia a las órdenes escritas de la Dirección Facultativa, son anteriores a la aprobación del modificado y constituyen por sí solas las causas de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista contempladas en las letras e) y g) del art. 112 LCAP.

2. En cuanto a la alegación de que el modificado introducía nuevas unidades de obra a cuya ejecución se niega en uso de la facultad que le atribuye el segundo párrafo del art. 150 RCE, cuya vigencia mantiene la Disposición Transitoria IIIª del Reglamento de Desarrollo Parcial de la LCAP (aprobado por el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo), tampoco es aceptable por lo siguiente:

Para que la contratista pueda negarse a la ejecución es necesario que se trate de nuevas unidades de obra; pero la calificación de si se está ante ellas o por el contrario de unidades contempladas en el proyecto no le corresponde hacerla a la contratista sino a la Administración, porque, tal como se repite en la cláusula quinta del documento de formalización del contrato, el art. 60.1 LCAP le atribuye la potestad de interpretar y modificar unilateralmente los contratos por razones de interés público siendo inmediatamente ejecutivos los acuerdos correspondientes los cuales agotan la vía administrativa.

Como el proyecto forma parte del contrato (cláusula primera del documento de formalización, cláusulas 18.1 y 23.1 PCAP, en relación todas ellas con el art. 143.1 LCAP) corresponde a la Administración interpretar unilateral, ejecutiva y definitivamente en vía administrativa si determinadas unidades de obra están o no contempladas en el proyecto; quedando vinculado el contratista por esa decisión de la Administración en tanto no sea anulada judicialmente. Igualmente, si en uso del *ius variandi* que le atribuyen los arts. 60.1 y 146 LCAP, la Administración dicta sendos actos administrativos por los que, sucesivamente, aprueba un modificado y lo adjudica al contratista, y en los que niega expresamente, como ha sido el caso aquí, que ese modificado introduzca unidades de obra nueva, salvo la comprendida bajo el Precio Contradictorio 01 que fue aceptado previamente por el contratista y que en virtud de ese consentimiento le vincula, y en los que se afirma que no implica un incremento superior al 20 por ciento del precio del contrato, es incontestable que se está ante actos administrativos que califican las unidades de obras como comprendidas en el proyecto y ordenan unilateral, ejecutiva y definitivamente en vía administrativa su realización al contratista en cumplimiento del contrato; actos administrativos que, en virtud del art. 60.1 LCAP y concordantes arts. 56, 57 y 94 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), están revestidos de ejecutividad, ejecutoriedad y de presunción de legalidad, y, por consiguiente, la contratista, desde que se le notificó la adjudicación, estaba obligada a su cumplimiento, sin perjuicio de su derecho a pretender ante la jurisdicción

contencioso-administrativa la revisión de dicho acto con las inherentes consecuencias jurídicas y solicitar cautelarmente su suspensión.

La relación instrumental en que se hallan los contratos administrativos con los servicios públicos y con la consecución de los intereses generales justifica sobradamente que la LCAP haya atribuido a la Administración la potestad de decisión unilateral y ejecutiva, previa al conocimiento judicial, que obliga al contratista a su cumplimiento inmediato con la carga de recurrir judicialmente si cuestiona su legalidad. Si el contratista no recurre; sino que, lisa y llanamente, se niega a cumplir el mandato de la Administración, en este caso la realización de las obras a las que se había obligado por contrato, ello constituye un incumplimiento contractual grave y culpable de la más esencial de las obligaciones del contrato de obras que es precisamente la construcción de las obras.

3. La contratista alega también que, en virtud del art. 43 LPAC en relación con el art. 42.3 de la misma, se le ha concedido una prórroga del plazo de ejecución de la obra y una suspensión temporal solicitadas por su escrito de 25 de noviembre de 1999, solicitudes a las cuales la Administración no contestó en el plazo de tres meses.

Esta alegación no se corresponde con la realidad porque en el expediente obra la resolución de 3 de enero de 2000 de la Dirección General de Infraestructura Educativa en la que se deniega dicha solicitud, de la cual tuvo conocimiento la contratista, como lo demuestra que tornara a solicitar la suspensión temporal de las obras en su escrito presentado en Correos en Madrid el 28 de febrero de 2000 y vuelto a presentar en la Consejería de Educación el 8 de marzo de 2000.

4. Se alega también por la contratista en su escrito de oposición a la resolución que el programa de trabajo que es el que establece los plazos de ejecución es inexigible porque no recoge las modificaciones del proyecto.

También carece de fundamento esta alegación porque las modificaciones del proyecto han consistido únicamente en incrementar, a solicitud de la empresa, los precios descompuestos de unidades de obras contempladas en el proyecto, sin suponer incremento de su número, por lo que no tienen ninguna repercusión en el programa de trabajo.

Por otro lado, la elaboración del programa de trabajo y de sus modificaciones es una obligación que incumbe al contratista (arts. 128 y art. 152, último párrafo, del

RCE; cláusula 20 PCAP), y el hecho de que no haya presentado una modificación del programa de trabajo que responda al modificado corrobora que éste no tenía ninguna repercusión en aquél. Además, el incumplimiento por el contratista de la elaboración de la modificación del programa de trabajo no implica que no haya plazos parciales de realización de la obra ni término para su finalización, porque esto equivaldría a dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo cual veda el art. 1.256 del Código Civil y colide con el art. 96 LCAP. El incumplimiento por el contratista de su obligación de presentar las modificaciones del programa de trabajo produce la consecuencia prevista en el último párrafo del art. 128 RCE: El Director de la obra podrá acordar no tramitar las certificaciones de obra y el contratista no tendrá derecho a percibir intereses de demora por retraso en el pago de certificaciones.

Mientras el programa de trabajo no sea modificado se seguirá aplicando el único existente, que forma parte del contrato (cláusula 20.4 PCAP y art. 129 RCE) y, por tanto, participa de su fuerza vinculante.

5. En cuanto a la alegación de que el 30 de junio de 2000 (en realidad es el 3 de julio de 2000) no es la fecha de finalización de las obras, porque al haberse opuesto la contratista al modificado no se sabe en que fecha acabarán las obras ya que ésta depende del tiempo necesario para la adjudicación, se ha razonado anteriormente que la contratista no carece de la facultad de negarse a la realización de las unidades de obra contempladas en el modificado.

La contratista alega asimismo que el 30 de junio de 2000 tampoco es la fecha de finalización de la obra porque ésta estaba suspendida y el plazo de finalización prorrogado. Tampoco se puede compartir esta alegación porque, como se indicó atrás, ni las obras estaban suspendidas ni prorrogado el plazo de finalización.

6. La penúltima alegación de la contratista consiste en que los plazos parciales no son los que se señalan en la Orden Departamental, de 22 de marzo de 2000, iniciadora del procedimiento de resolución contractual, porque tales plazos parciales se corresponden con la distribución del presupuesto de la obra en anualidades según la Cláusula VI del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares; y que, como dichas anualidades presupuestarias variaron al inicio de la obra, variaron también dichos plazos.

Esta argumentación olvida, en primer lugar, que el contrato de obra es un negocio fijo en el que el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento culpable, no siendo necesaria la interpelación o intimación previa de la Administración para la constitución en mora del contratista [arts. 96 y 112,e) LCAP, art. 137 RCE, cláusula 9 PCAP en relación con las cláusulas 19 y 26 del mismo y con el art. 142 LCAP].

Fijado el plazo de ejecución de la obra en 19 meses contados a partir de la fecha del acta de comprobación del replanteo, que se suscribió el 3 de diciembre de 1998, el término para el cumplimiento total quedó situado en el 3 de julio de 2000, tal y como se señala en la resolución de aprobación del programa de trabajo.

Ese plazo total de 19 meses, así como sus plazos parciales, fijados ambos en la cláusula 9 PCAP y recogidos en el documento de formalización del contrato y su término fijado en el 3 de julio del 2000 (fijado por la cláusula 9 PCAP en relación con la 19 del mismo), no pueden ser alterados por las modificaciones del programa de trabajo ni por los reajustes de anualidades, excepto en el caso de que supongan un adelanto en la terminación de la obra (art. 96 LCAP, arts. 128 y 152 RCE, cláusula 20.2 PCAP).

En el expediente está acreditado que, antes de que la Administración aprobara el modificado, la contratista había retrasado voluntariamente la ejecución de la obra, actitud en la que ha persistido después de aprobado el modificado y que, a la fecha de la iniciación del presente procedimiento de resolución, era patente que la obra no iba a estar terminada el tres de julio del 2000, lo cual constituye un flagrante y voluntario incumplimiento del plazo total, independientemente de cualesquiera que sean los plazos parciales, los cuales por lo demás estaban fijados en el PCAP y en el documento de formalización del contrato.

El hecho de que la Administración, a causa del retraso en la construcción de la obra por culpa de la contratista, haya procedido a un reajuste de anualidades no supuso, como expresa el tenor literal de la resolución aprobatoria del reajuste, una alteración del término del plazo total, que continuó situado en el 3 de julio del 2000.

El incumplimiento por la contratista de su obligación de presentar un programa de trabajo adaptado a ese reajuste de anualidades no implica, como se explicó, que

no haya plazos parciales ni término para su finalización, porque esto equivaldría dejar el cumplimiento del contrato a su arbitrio. Si el contratista no presenta las modificaciones del programa de trabajo, trae como consecuencia, según el art. 128 RCE, que el Director de la obra tenga la facultad de negarse a tramitar las certificaciones de obra; pero el que el art. 128 RCE contemple que éstas existan implica que el contratista sigue obligado a ejecutar la obra. Su incumplimiento de la obligación de presentar la modificación del programa de trabajo no lo releva de su obligación principal: La ejecución de la obra.

Esta ejecución además se debe realizar conforme a los plazos parciales establecidos en el PCAP y en el programa de trabajo inicialmente aprobado, el cual forma parte del contrato y obliga al contratista en sus términos primitivos mientras no sea modificado.

7. Por último, el contratista alega que la Orden Departamental es nula porque le causa indefensión al basarse en un informe del Servicio de Construcción del que no transcribe su contenido ni se le ha dado traslado.

Esta alegación también carece de fundamento porque el último resultando de la mencionada Orden Departamental transcribe el contenido de ese informe de la siguiente manera: "(...) se reitera el incumplimiento de los plazos contractuales, siendo el montante ejecutado del 8% cuando tendría que estar próximo a ejecutar el 30% estimando que la obra no podrá ejecutarse en su totalidad en el plazo previsto".

La contratista tenía, pues, conocimiento suficiente de los hechos que recogía ese informe y, por tanto, posibilidad de alegar y presentar pruebas (como, por ejemplo, las certificaciones de obra) en orden a desvirtuarlos.

Por otro lado, la Orden Departamental referida es un acto de trámite, el que ha iniciado el presente procedimiento, en el cual la contratista ha tenido oportunidad de hacer alegaciones, presentar pruebas, acceder al expediente y solicitar copia de ese informe, por lo que no puede alegar indefensión (arts. 789 y ss. LPAC).

IV

1. La propuesta de resolución, tras recoger en sus resultandos el retraso deliberado de la contratista en la ejecución de la obra, retraso que se produjo con anterioridad a la aprobación y adjudicación del modificado, los apercibimientos que

le dirigió la Administración por motivo de ese retraso, la negativa de la empresa a ejecutar el modificado, su persistencia en la demora de su prestación, que ha llevado a que, por Orden Departamental, de 1 de marzo de 2000, se le impusiera una penalidad de 75.000 pesetas diarias, y la constatación de que el incumplimiento de la empresa determina la imposibilidad de la ejecución de la obra en el plazo total fijado por el contrato, subsume todos estos hechos en las causas de resolución de los arts. 112, e) y 96.5 LCAP con las consecuencias del art. 114.4 de la misma y, por consiguiente, decide la resolución del contrato, la incautación de la fianza, declara la obligación de la contratista de indemnizar los daños y ordena que se proceda conforme a lo dispuesto en el art. 152 LCAP.

El establecimiento de los hechos, su calificación como causa de resolución por incumplimiento culpable del contratista y las consecuencias jurídicas que extrae y declara su parte dispositiva son conformes a los arts. 96, 112, e) y f), 114.4 y 152 LCAP y concordantes arts. 137, 157.1 y párrafo final, 159 y 168 RCE; por lo que se debe dictaminar favorablemente.

2. Sin embargo, se le deben formular los siguientes reparos:

a) En el expediente obra certificación del acuerdo por el cual el Consejo de Gobierno, en su sesión de 5 de noviembre de 1998, aprobó el gasto plurianual para la construcción del centro educativo objeto del contrato y autorizó al Consejero de Educación, Cultura y Deporte para la celebración de dicho contrato.

Por ello, en virtud del último párrafo del apartado 2 del art. 12 LCAP y del art. 26 de su Reglamento de Desarrollo Parcial, RDPCAP (aprobado por el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo), que es de carácter básico según su Disposición Final Iª, en relación con la Disposición Final Iª de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, LG, se debe obtener la autorización previa del Consejo de Gobierno a la resolución contractual que se pretende.

b) De acuerdo con el art. 89.1 LPAC, de aplicación en virtud de la Disposición Adicional VIIª LCAP, la resolución que ponga fin a un procedimiento debe decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados. La propuesta de resolución infringe este precepto porque guarda silencio sobre las alegaciones realizadas por el contratista en trámite de audiencia oponiéndose a la resolución.

c) La propuesta en su parte dispositiva resuelve el contrato por incumplimiento culpable del contratista y por consiguiente incauta la fianza. Este pronunciamiento, por imperativo de los arts. 20, c) y 34.3, c) LCAP en relación con los arts. 12.2 y 13 RDPCAP, debe ir acompañado de la decisión de iniciar el procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar.

CONCLUSIONES

1. La propuesta de resolución es conforme a Derecho (Fundamento III), salvo en el extremo en que incurre en las dos omisiones que se señalan en las letras b) y c) del apartado 2 del Fundamento IV de este Dictamen.

2. Para proceder a la resolución contractual que se pretende es necesaria la autorización previa del Consejo de Gobierno, como se advierte en la letra a) del apartado 2 del Fundamento IV.