



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 135/2000

La Laguna, a 16 de noviembre de 2000.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *la resolución del contrato de la obra "Ampliación del I.E.S. Lomo Apolinario", de Las Palmas de Gran Canaria, adjudicado a la empresa "A.T., S.A." (EXP. 132/2000 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

Mediante oficio de 10 de agosto de 2000, 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 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, interesa por el procedimiento ordinario [arts. 12.a) y 15.1 Ley 4/1984] preceptivo dictamen sobre la Propuesta de Orden Departamental culmina el expediente de resolución del contrato de obras de ampliación del I.E.S. Lomo Apolinario, de Las Palmas de Gran Canaria, adjudicado a la empresa A.T., S.A. [la contrata].

II

1. Por lo que respecta al procedimiento seguido, ha de señalarse que se han cumplido las previsiones legales de aplicación en expedientes como el referenciado, 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 la audiencia al contratista por diez días y el informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los arts. 42 y 97 LCAP.

* PONENTE: Sr. Cabrera Ramírez.

La audiencia al contratista es trámite inexcusable, y resulta en efecto cumplidamente realizado. En cuanto al preceptivo informe del Servicio Jurídico, no es exigible en este caso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26 del R.D. 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la LCAP, en relación con lo dispuesto, en este caso, el art. 97 LCAP, relativo a la resolución contractual por demora en la ejecución del contrato.

2. La Propuesta de Resolución fundamenta la pretensión resolutoria del contrato en las siguientes razones:

A. No dar comienzo a la ejecución de las obras tras la firma del acta de comprobación de replanteo, pese a constarle la urgencia de la misma.

B. La obra carecía de acceso, aunque se le comunicó que había un acceso alternativo por la calle trasera.

Ha de significarse que a los 8 meses de la firma de la mencionada Acta -fecha de inicio de la ejecución del contrato- se había ejecutado un 8% de la obra, iniciándose consecuentemente expediente de resolución contractual, al haberse producido un "incumplimiento de los plazos contractuales que hacen presumir razonablemente la imposibilidad de cumplimiento del plazo total", de conformidad con lo dispuesto en los arts. 112.e) y 96.5 LCAP, con los efectos que señala el art. 114.4 LCAP.

3. Desde que se adjudicó el contrato, éste pasó por múltiples incidencias cuyos efectos en la irregular ejecución del contrato se imputan mutuamente la Administración y la contrata. La contrata, desde el primer momento, alegó contra toda orden o instrucción que le diera la Dirección Facultativa, planteando objeciones, reparos e inconvenientes cuya resolución iba dilatando lenta pero inevitablemente el plazo de ejecución.

Por otra parte, señalar que algunas de las objeciones de la contrata para no empezar las obras carecían de fundamento legal alguno. Más aún, en ocasiones la norma le obligaba a actuar, pero paralizaba la ejecución en base a un entendimiento de lo que creía obligación contractual asumida, desconociendo e ignorando que, entre otras prerrogativas, la Administración cuenta con las de interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su incumplimiento, acuerdos que serán inmediatamente ejecutivos poniendo asimismo fin a la vía administrativa, lo que

permitiría a la contrata su cuestionamiento en el orden jurisdiccional competente (art. 60.1 LCAP).

III

1. La obra fue adjudicada por Orden de 4 de junio de 1999. El plazo máximo de ejecución es de 8 meses, debiendo cumplir con un 30% de ejecución a los 3 meses y del 60% a los 5 meses (cláusula 9). Como la obra fue declarada de urgencia, la comprobación del replanteo tendría lugar desde el momento en que se hubiera constituido la garantía definitiva (cláusula 19.2) y no desde la formalización del contrato (cláusula 19.1). La fianza definitiva se constituyó el 25 de junio de 1999, fecha asimismo de la formalización del contrato. El Acta de comprobación de replanteo, sin embargo, tuvo lugar el 17 de septiembre de 1999. Es decir, casi tres meses después de la constitución de la fianza, y es asimismo el plazo en el que se debía ejecutar el 30% de la obra.

Procede seguidamente analizar, aisladamente, las razones alegadas en que se fundamenta la resolución, en base a las alegaciones de ambas partes para oponerse o exigir el cumplimiento del contrato en sus propios términos.

2. Causas alegadas de resolución contractual.

2.1. Acta de comprobación del replanteo.

El 7 de septiembre de 1999 la Unidad Técnica de la Consejería de Educación manifestó a la contrata su preocupación por la firma del Acta de replanteo. Tal preocupación fue trasladada al Gerente de la contrata que manifestó la "necesidad de dejar aclarado y solucionado las liquidaciones de C.P. Mirafior, C.P. Cataluña e I.E.S. Doramas". Mediante escrito de 10 de septiembre de 1999 se le dio a la contrata un plazo de 5 días para la mencionada formalización, indicando la improcedencia de anudar el contrato a incidencias de contratos distintos. La contrata alega que hasta esa fecha no había sido reclamada para firmar la citada Acta, a lo que responde la Consejería de Educación que el Acta es un documento que suscribe la Dirección Facultativa y la empresa adjudicataria, confirmando el plazo de 5 días para que tal Acta sea firmada, lo que tiene lugar el 17 de septiembre de 1999. Como se dijo antes, casi tres meses después de la adjudicación.

La cláusula 19 del Pliego da a entender que los intervinientes en el trámite de comprobación del replanteo son la Dirección Facultativa y la empresa. No puede obviarse, sin embargo, que el propio Pliego llama (cláusula 3) a lo dispuesto en la LCAP así como, para lo no previsto en él, al Reglamento de Contratación del Estado (aprobado por R.D. 3.410/1975, de 25 de noviembre) y al Pliego de Cláusulas Administrativas Generales (aprobadas por Decreto 3.854/1970, de 31 de diciembre). Según el art. 142 LCAP es el "servicio de la Administración encargada de las obras" la que "procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo". Es la Administración titular de la obra o el Director facultativo de las mismas quienes deben tomar la iniciativa de convocar a la contrata en día y hora precisos para que la comprobación del Acta tenga lugar. En cualquier caso, la Administración actúa a través del Director facultativo, por lo que la Administración no puede excusarse amparándose en que es responsabilidad de éste la correcta realización del trámite.

Siendo ello así, tenemos que el plazo para efectuar esa comprobación era el comprendido entre el 26 de junio y el 26 de julio de 1999. La primera referencia que en las actuaciones hay sobre el interés de la Administración en que el Acta se suscribiera data del 7 de septiembre de 1999. La Administración, sin embargo, no actuó las potestades que el Ordenamiento le atribuye, contribuyendo con ello a que la contrata mantuviera su conducta omisiva. En efecto, la Administración parece desconocer que en los expedientes de contratación de carácter urgente -como es el caso- puede acordar "el comienzo de la ejecución del contrato, aunque no se haya formalizado, siempre que se haya constituido la garantía definitiva correspondiente" [art. 77.2.c) LCAP]. En efecto, en los contratos declarados de urgencia, "el plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a dos meses desde la fecha de adjudicación, quedando resuelto el contrato en caso contrario". Adjudicado el contrato el 4 de junio de 1999, el 4 de agosto de 1999, como fecha tope el contrato debía estar ya ejecutándose. En caso contrario, la Ley prescribe su resolución, que a diferencia de otros supuestos no es potestativa, sino que se impone ex lege. Resolución a la que no se procedió.

La Administración, pues, no ejerció las potestades que el Ordenamiento le asigna. La contrata, por su parte, adoptó a sabiendas el papel pasivo de esperar a que la Administración tomara la iniciativa, momento en el que recordó que el trámite debía ser impulsado por la Administración, no por la contrata. Siendo ello cierto, el

comportamiento de la contrata no se atempera a la exigible buena fe que debe regir las relaciones contractuales en general y las administrativas en particular.

Que esa buena fe no existió plenamente en la conducta de la contrata se acredita por el hecho de que en la primera vez que la Administración manifestó su preocupación por el Acta de replanteo la contrata manifestó la necesidad de dejar aclarado y solucionado ciertas liquidaciones correspondientes a otras obras.

No parece, pues, que la resolución del contrato se fundamente en la conducta de la contrata en relación al Acta de replanteo. La contrata, desde luego, pudo y debió actuar con más diligencia e interés, pero era la Administración la que debió tomar la iniciativa del trámite.

2.2. Accesos a la obra.

Firmada el Acta de comprobación del replanteo previo (17 de septiembre), la contrata planteó directamente a la Consejería pocos días más tarde (29 de septiembre) un nuevo inconveniente que, a su juicio, le impedía abordar la ejecución del contrato. Eran dos los problemas planteados:

A). El director del Centro docente negaba a la contrata el paso de los transportes por la salida del centro, lo cual implicaba, además, un coste adicional no contemplado inicialmente.

B). En segundo lugar, planteaba la inexistencia en proyecto de la unidad M3 de hormigón en pilares. Problemas sin cuya resolución la contrata "no podrá empezar dicha obra".

En respuesta a dicho escrito, se le informa (30 de septiembre de 1999) de la existencia de un "acceso alternativo por la calle trasera que evita totalmente las molestias que el tráfico pesado podría representar para el normal funcionamiento del centro, tal y como se le ha indicado repetidamente en diferentes ocasiones". Por otra parte, la unidad de obra de hormigón "ya está en estudio y puede ser resuelta durante el transcurso de las obras". Se hace saber asimismo a la contrata "el grave perjuicio ocasionado por no haberse ejecutado el movimiento de tierras y cimentación existentes en proyecto durante el período de inactividad docente del centro". Se le indica que tal circunstancia se pone asimismo en conocimiento de la Dirección General de Infraestructura Educativa a fin de que "proceda en

consecuencia". La mencionada Dirección General advierte asimismo de que el incumplimiento de plazos constituye causa de resolución, sin perjuicio de la imposición de penalidades que procedan.

A partir de aquí la actuación administrativa y de la contrata es incomprensible en ambos casos.

Es cierto que la obra -sin empezar siquiera- ya acumulaba un evidente retraso respecto del plan previsto, pero a efectos de responsabilidad ese retraso sólo se puede computar desde el momento en que se firmó el Acta de comprobación de replanteo; y este Acta no se firmó antes por razones que no se aclaran en las actuaciones, pero que en cualquier caso son causas imputables a los Servicios administrativos o, en su caso, a la Dirección Facultativa de la obra. Si como resulta de las actuaciones no fue posible realizar el movimiento de tierras en periodo vacacional, de forma que iniciado el curso iban a surgir inevitables problemas por la incompatibilidad entre la obra y la actividad docente, este hecho, por ser previsible, debió ser tenido en cuenta a los efectos de que la orden de inicio de obra se diera cuanto antes.

Los requerimientos de la empresa fueron atendidos. Se le comunicó una vía alternativa y que la unidad de obra no prevista se solventaría durante la ejecución del contrato.

Pues bien, la conducta de la contrata fue la que sigue:

A. Mediante fax de 15 de octubre de 1999 dirigido a la Consejería, la contrata insiste en la prohibición de la Dirección del Centro en permitir el acceso de camiones (nada se dice respecto de la vía alternativa); el hormigón en pilares "nunca ha sido excusa para no iniciar la obra"; finalmente, "sí podría ser excusa, que no lo ha sido, el que al día de la fecha no tengamos en nuestro poder el Estudio Básico de Seguridad, para poder realizar el Plan de Seguridad; o que tampoco tengamos precios descompuestos en que basarnos cuando sea necesario, al margen de la demolición de un muro, no prevista, que también requiere de un estudio y valoración previos al inicio". Finaliza la contrata diciendo que cuando los "problemas importantes ajenos a nuestra voluntad estén solucionados daremos comienzo a la ejecución material de la obra".

B. El anterior escrito se remite por vía ordinaria el día 6 de octubre de 1999, seguido de un presupuesto del costo de la alternativa que la contrata propone para el acceso de la obra (7 de octubre de 1999), ascendiendo el mismo a 6.660.650 pts. Vía fax remitido el 13 de octubre interesa una respuesta al presupuesto presentado por la contrata. La Administración le reitera que hay un acceso alternativo por la parte trasera.

C. El 22 de octubre contrata y Dirección facultativa visitan la obra. Por fax dirigido a la Consejería de Educación, la contrata informa que la Dirección facultativa ha propuesto "una nueva alternativa de acceso que tendremos que valorar y, sobre todo, estudiar su viabilidad". En la misma fecha, el Arquitecto Jefe del Servicio informa a la Consejería que "durante la visita se ha confirmado la posibilidad de acceso por la calle posterior (...) tal y como en diferentes ocasiones se ha informado a la empresa". En escrito de 15 de noviembre dirigido a la Consejería, el Director de las obras da el visto bueno al acondicionamiento de la zona de la puerta principal de acceso al Centro de formación del profesorado y a la demolición de muro existente para abrir el acceso necesario a la obra. Obra que al día de la fecha aún no habían comenzado.

D. Mediante fax remitido el 13 de diciembre, la contrata informa a la Consejería de Educación que "para acometer los trabajos por la vía alternativa", se necesitaría lo siguiente: a) orden escrita en la que se nos indique la imposibilidad de acceder a la obra por la entrada existente, e indicación expresa de acceder a la misma por la vía alternativa; b) permiso del Ayuntamiento para ocupar zona de acera y calzada; c) solicitud a U. para que traslade el alumbrado público; d) permiso del Servicio de Saneamiento del Ayuntamiento ante la posibilidad de romper un tramo del mismo para acceder a la obra. Hechos que a juicio del arquitecto director de obras evidenciaban la voluntad de la contrata de no ejecutar la obra en base a "interminables argucias y obstáculos".

Con fecha 15 de febrero, la Consejería recuerda a la contrata que ya desde el 4 de octubre se le hizo saber la necesidad de utilizar una vía alternativa de acceso y que los permisos que reclama son de responsabilidad de la contrata.

E. Mediante fax de 17 de diciembre, la contrata comunica que se ve en "la obligación de solicitar la paralización de los trabajos hasta que obtengamos los oportunos permisos y a su vez nos sea concedida la prórroga correspondiente, ya que

si no tenemos los precios contradictorios del acceso alternativo firmados no se nos puede exigir que realicemos esos trabajos y sin los permisos es totalmente imposible acometer los trabajos contratados". Consta que los permisos se solicitaron el 22 de diciembre; y que la obra se paró el 4 de enero de 2000, según queja del Director del Colegio. En visita celebrada el 26 de enero de 2000, se constata que las obras están paradas. El 3 de marzo se impone a la contrata una sanción de 10.000 ptas. diarias hasta la ejecución de los plazos parciales.

F. Mediante fax de 28 de marzo de 2000, la contrata informa que comenzarán las obras de cimentación el 29 de septiembre de 2000. Informa asimismo que aún carece del Plan de Seguridad y Salud y que a la fecha aún no se habían recibido los permisos solicitados al Ayuntamiento. Mediante fax de 7 de abril de 2000, la contrata informa que la Dirección facultativa ha ordenado la paralización de los trabajos hasta el 17 de abril de 2000, ya que el Director del Centro se sigue negando a dejar pasar camiones en horas lectivas.

G. En trámite de alegaciones en la sanción que le fue impuesta, la contrata (escrito de 10 de abril de 2000) imputa a la Dirección del Centro la imposibilidad de poder ejecutar los trabajos y en la ausencia de vía de acceso, pues la que se propone es distinta de la que figuraba en la licitación suponiendo un mayor costo que la Administración no puede ignorar. Sigue insistiendo en que no se ha realizado el Estudio Básico de Seguridad. Quejas que reitera en fax de 18 de abril de 2000.

H. Mediante escrito de 29 de mayo de 2000, el Arquitecto director de las obras informa a la Consejería e insiste en las razones dadas: que para la vía alternativa sólo había que tirar un muro; que el Estudio Básico de Seguridad existía y que se estaba sólo a la espera de que la contrata redactara el Plan.

I. Con fecha 14 de junio de 2000, se inicia expediente de resolución contractual en base al incumplimiento de los plazos contractuales por causa imputable al contratista.

Resulta difícilmente explicable que con la abundantísima información cruzada que ha habido entre la Consejería/Dirección facultativa y la contrata no haya habido un punto de encuentro entre las peticiones/quejas formuladas por uno y las exigencias del interés público defendido por otros. La valoración precisa de comportamientos y conductas en este caso exige, sin embargo, conocer fehacientemente qué alcance tuvieron las órdenes e instrucciones dadas por la

Dirección facultativa a la contrata, pues en ocasiones la contrata fundamenta sus peticiones en tales órdenes e instrucciones cuyo lugar idóneo de formalización es, justamente, el libro de órdenes de la obra. La consulta del mencionado libro, cuya copia fue interesada por este Consejo, no traduce fielmente la complejidad y cantidad de incidentes suscitados, aunque sí hace referencia a algunos de ellos, aunque no con el grado de contundencia y gravedad que seguramente exigiría la situación, como se acreditó posteriormente cuando se inició el expediente de resolución contractual. Hay constancia de la orden -reiterada- de apertura de acceso alternativo y de esto se trata, justamente. Las órdenes de la Dirección facultativa debían -si así lo estimaba la contrata- ser combatidas mediante la oportuna impugnación. Lo que no cabe es utilizar la obstrucción como técnica de oposición a los planteamientos de la Dirección facultativa.

Acreditada esa realidad, no cabe sino concluir en la idoneidad de la Propuesta de Orden Departamental sobre resolución del contrato con los efectos pertinentes. Resolución que, por lo expresado anteriormente, debe fundamentarse, como se hace en la Propuesta examinada, en el incumplimiento del plazo por causa imputable al contratista.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Orden Departamental es ajustada a Derecho.