



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 4 2 / 2 0 0 2

(Sección 1ª)

La Laguna, a 11 de octubre de 2002.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *resolución del contrato de la obra "Alumbrado Público y Repavimentación de Arona casco", adjudicado con fecha 25 de octubre de 1999, a la empresa UTE P.T.C., S.A. - O. (O.V., S.A.) [UTE A.], por importe de 158.990.960 ptas. (EXP. 98/2002 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Por escrito de 8 de julio de 2002, la Presidencia del Cabildo insular de Tenerife solicita -de conformidad con lo dispuesto en los arts. 12.3 y 11.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo; art. 60.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP); y art. 26.1.c) del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de Desarrollo parcial de la LCAL- preceptivo dictamen respecto de la Propuesta de Resolución, bajo la forma de Propuesta de Acuerdo a someter a la Comisión de Gobierno de la Corporación insular, del contrato de obras "Alumbrado Público y Repavimentación de Arona Casco". Resolución que se pretende fundamentar en el "incumplimiento de los plazos por parte del contratista" (FJ 2, folio 3), aunque en el Antecedente 5 de la Propuesta se señala "abandono total de la obra"; y en el 6 también se expresa "numerosos desperfectos, produciéndose una situación de inseguridad para los ciudadanos". Causas que deberían tener acomodo no tanto en la parte expositiva de la Propuesta, como, fundamentalmente, en la dispositiva.

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

Tal resolución ha sido elevada a la Comisión de Gobierno insular, que fue el órgano de contratación (193) y por ello el órgano competente para adoptar su resolución y sus efectos (art. 60.1 LCAP), que, en efecto, es la Ley aplicable, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

La Propuesta formulada cumple, por lo demás, con las cautelas de procedimiento previstas por la LCAP y legislación complementaria; particularmente, no sólo la intervención de este Consejo por cuanto ha habido oposición del contratista [arts. 60.3.a) LCAP y 26.1.c) del Decreto 390/1996], sino también la preceptiva audiencia al contratista [arts. 60.1 LCAP y 26.1.a) del Decreto 390/1996].

2. La Propuesta de Resolución elevada a la consideración de la Comisión de Gobierno acuerda la resolución del contrato; la incautación de la garantía definitiva, así como la incoación de expediente de indemnización de daños y perjuicios a la empresa contratista por el "importe que, en su caso, resulte de la diferencia entre el precio de las unidades de obra pendientes de ejecutar conforme al presupuesto de adjudicación y el precio de dichas unidades en la nueva contratación". También se acordó el inicio de expediente al efecto de declarar al adjudicatario en situación de prohibición temporal de contratar con el Cabildo insular.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 112.e) y g) de la LCAP, son causas genéricas de resolución contractual "la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista" y el "incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales". Como causa específica de resolución del contrato de obras hay que significar que lo es "el desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a seis meses acordada por la Administración" [art. 150.c) LCAP].

Los efectos de la resolución del contrato de obras pueden ser: la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto (art. 152.1 LCAP); además, "cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada".

Efectos que son, con carácter general, los que se han incorporado a la propuesta resolutoria contractual.

II

1. El planteamiento de los términos legales de la resolución, en este caso, es complejo pues a lo largo de la ejecución del contrato ha habido diversos incidentes - que han tenido acomodo en la Propuesta-. Debe, por ello, efectuarse un análisis de las incidencias más importantes que ha habido en la mencionada ejecución contractual, predisponente de la resolución que ahora se dictamina.

2. El presupuesto de licitación fue de 187.070196 de pesetas (cláusula 4, folio 29), siendo de 12 meses el plazo de ejecución (cláusula 5, folio 30), plazo que se computaba en su inicio al siguiente al de la firma de comprobación de replanteo (cláusula 5.1) y ésta tendrá lugar en el plazo de un mes a contar del siguiente a la constitución de la garantía definitiva (cláusula 12, folio 37). La adjudicación, que lo fue por un importe de 158.900.960 de pesetas (193), fue notificada el 3 de diciembre de 1999 (201, vto.); el acta de comprobación del replanteo tuvo lugar el 3 de febrero de 2000 (245); y el contrato se firmó el 19 de enero de 2000 (231). Con tales cláusulas, **el contrato debía estar ejecutado conforme al Pliego el 4 de febrero de 2001.**

Con fecha 7 de junio de 2000, la Dirección Facultativa de las obras pone en conocimiento del Cabildo Insular la paralización de las obras, debido según la contrata a problemas de suministro de piedra, achacable, según la Dirección, a una "mala gestión o falta de previsión de la empresa contratista" (330). Con fecha 30 de junio, la Dirección advierte el incumplimiento de plazos; el no comienzo de determinadas unidades de obra; inejecución imperfecta de otras o sin tener en cuenta las instrucciones de la Dirección (332). Observaciones que fueron contestadas y/o atendidas por la contrata (333). Con fecha 30 de agosto, la Dirección advierte deficiencias en la ejecución de las obras respecto de varias unidades de obra (341), observaciones que fueron atendidas por la contrata (336).

Mediante escrito de 15 de septiembre, la Dirección ordena la paralización de las obras por ejecución imperfecta de las canalizaciones enterradas, que se califica como falta muy grave (343). El 31 de diciembre, la Dirección advierte que la contrata está colocando unas losetas distintas de las que en su momento manifestó tener contratadas, ordenándose muestra de obra a fin de garantizar la buena calidad de los materiales (347).

Con fecha 22 de enero de 2001, la contrata interesa prórroga de la ejecución del contrato hasta el 15 de mayo de 2001, petición que formula y fundamenta en base a circunstancias como realización paralela de obras municipales; dificultades en el suministro de piedra; coincidencia con actos municipales; realización de trabajos requeridos por el Ayuntamiento; y aparición de servicios enterrados de difícil reposición (351). Tras diversos informes al respecto -motivados por la creencia, errónea, de que la contrata no había solicitado prórroga, lo que motivó que la Dirección facultativa advirtiera el desfase en la ejecución del contrato (366, 390, 392, 401)- se concedió la prórroga solicitada el 2 de abril de 2001 (411) con el parecer contrario de la Intervención corporativa (403) que estimaba que era necesario "cuantificar qué retraso es imputable al contratista a los efectos de imponer penalidades".

El 4 de junio de 2001, la Dirección facultativa advierte "errores en las mediciones" (538), tras la cual la Dirección interesó que la contrata remitiera "una programación de las obras pendientes de ejecutar" (540). Con fecha 20 de junio, reitera de la contrata el envío de tal programación, así como nueva solicitud de prórroga -pues el plazo de ejecución se venció el 15 de mayo-, así como los resultados de los ensayos solicitados; y el resultado de las "mediciones a origen de la totalidad de la obra ejecutada", advirtiéndose así mismo la paralización de las obras en una de las calles (542). El 25 de junio hubo reunión entre la contrata y la Dirección facultativa (545) constatándose diferencias en los criterios de medición que a tal fecha la Dirección estima en 110.872.387 de pesetas (549). Las discrepancias se resuelven en reunión celebrada el 3 de julio (551), aunque se advierte que la contrata debe remitir la documentación que se le requirió con fecha 20 de junio (551 y 542).

3. Hasta este momento, las relaciones entre la Dirección facultativa-Administración y la contrata habían discurrido por términos razonablemente normales y de colaboración. Las discrepancias fueron resueltas en aparente cordial contradicción.

Con fecha 8 de agosto de 2001, la Dirección facultativa detecta "serias deficiencias en los pavimentos" (555). El 24 de agosto, la Dirección hace saber a la contrata que existen "defectos inadmisibles", ordenándose la retirada del pavimento y nueva colocación bajo las instrucciones y supervisión técnica de la Dirección. La Dirección da nuevas instrucciones a la contrata el 19 de septiembre (563);

particularmente, "se evitará el paso de vehículos (...) al menos hasta que hayan transcurrido 64 horas"; y se gestionará "ante el Ayuntamiento, tanto por (la contrata) como por la Dirección facultativa el control del tráfico de vehículos pesados, limitando su peso (siendo) conveniente considerar la posibilidad de un máximo de 7 t. (aunque al folio 372, de informe de la Dirección facultativa, ese tonelaje se cifra en 12) para facilitar la extensión de la vida útil de la obra a todo el periodo del proyecto" (564).

Con fecha 9 de octubre de 2001, la Dirección facultativa interesa del laboratorio I., S.A. los resultados de la toma de testigos de la obra, conforme las instrucciones enviadas el 20 de marzo (566).

El 11 de octubre tiene entrada en el Cabildo Insular escrito de la contrata, del que resultan los siguientes extremos:

- Los resultados de los ensayos "en la explanada y los materiales" han sido satisfactorios (573); aunque no se expresa cuál fue el objeto del ensayo. Sin embargo, al folio 592 se expresa que "para la compactación de la explanada refinada" los resultados "no resultaron satisfactorios como consecuencia de la excesiva humedad del terreno, como ya se advirtió en obra a la Dirección facultativa" (592).

- Los certificados de calidad de los materiales son satisfactorios (573).

- El deterioro de las aceras ha sido debido a la circulación de los vehículos sobre las mismas, tras la apertura de las calles sin la colocación de las pilonas que delimitan la calzada (573).

- Calles previstas en el proyecto como peatonales en realidad son para la circulación de vehículos (575).

- Los deterioros del acerado son producto de una mala elección en el proyecto (575).

- En relación con el firme, la contrata aporta informe pericial (576), según el cual el firme que se hace constar en el proyecto "no es válido" por lo que el firme instalado "está siendo sometido a esfuerzos superiores a su capacidad" (577). Todo ello, debido a "grave negligencia del autor del proyecto y de la Dirección facultativa" (578), la cual, además, ha ocultado a la contrata el resultado de las catas realizadas.

- La "demanda pública llevaron a la entrega al uso de las calles sin transcurrir los veintiocho días que son necesarios para que alcance su resistencia característica y por tanto su capacidad portante se veía mermada" (578).

- El proyecto no siguió las recomendaciones para del proyecto y diseño del viario urbano, respecto del sellado de juntas (578).

Al folio 581 figura escrito de solicitud de prórroga, que no se corresponde con la que sería segunda, pues es la que en su día se presentó como primera prórroga. De hecho la fecha que se insta como finalización de la ejecución del contrato es la de 15 de mayo de 2001 (581). Este documento, pues, no se corresponde con la realidad que pretende documentar.

A los folios 593 a 638 figuran los resultados de diversos ensayos realizados por el Laboratorio L., a instancia de la contrata -cuyo significado técnico se desconoce-, así como diversos certificados relativos a los materiales empleados, aunque se desconoce si tales especificaciones son concordantes con las exigidas por el Pliego.

Con fecha 15 de enero la contrata remite fax a la Dirección facultativa -se entiende- en el que "advierde que (la base de zorra artificial) es inadecuada para el tráfico rodado" (639).

Al folio 641 aparece una pericia, emitida a instancia de la contrata, fechada en abril del 2001, de la que resultan los siguientes extremos explicativos, según la pericia, de los hundimientos y desbaldosado:

- A pesar de que el tráfico en el casco de Arona el tráfico está restringido a vehículos de peso inferior a 12 toneladas, se contabilizó -de 8 a 18 horas- "un alto número de vehículos que superaban tal tonelaje" (644).

- El firme recomendable, dada las características de las vías, "difiere bastante de la incluida en el proyecto, puesto que requiere de una base de hormigón magro" (648).

- En todos los casos, "el elemento de nivelación es siempre portero de cemento y nunca arena como así se establece en el proyecto" (649).

La Dirección facultativa interesa del Laboratorio C. con cargo a la contrata -a lo que ésta está obligada de conformidad con la cláusula 17.3 del Pliego; 686- ensayo de arrancamiento de revestimientos (morteros, pavimentos, alicatados, aplacados etc.) realizados en obra; ensayos cuyo costo se niega a asumir la contrata (657). A

instancia de la misma Dirección, se interesa del Laboratorio S. (659) en septiembre de 2001 "inspección visual de pavimentos en calle y plaza". El resultado de la pericia es (662):

- "Poca regularidad en el mortero colocado.
- El mortero no es el idóneo a simple vista.
- En la colocación de la piedra falta regularidad".

Se recomienda "recompactar la base" y "limitar el tonelaje a estos lugares ya que muchas zonas están estropeadas por accesos a la misma por vehículos pesados" (662).

El 18 de octubre la Dirección facultativa comunica al Cabildo el abandono completo de la obra por la contrata, lo que se califica como incumplimiento grave (689). Asimismo, se ha "solicitado a la empresa contratista de las obras la colocación de las pilonas contempladas en el proyecto para proteger las aceras y evitar la continuación del deterioro tan importante que están sufriendo éstas debido a la circulación del tráfico rodado por ellas, sin que hasta la fecha haya producido efecto esta solicitud" (689); también la existencia de un acopio de adoquines en situación de peligro para terceros (689); advertencia esta última reiterada el 2 de noviembre (692). Por ello, se informa la resolución del contrato y la contratación de los trabajos de reparación y finalización de las obras -que asciende a unos 40.000.000 de pesetas- en un plazo de 4 meses (691).

La pericia de la contrata es contradicha por la Dirección facultativa (697), en los siguientes términos:

- El hundimiento del firme "no se debe a insuficiencia de estructura, sino a la no compactación suficiente de los rellenos realizados y no ejecución del firme previsto" (698).
- Hechas las toma de testigos en el mes de abril por el Laboratorio I., "no se ha dispuesto de resultados hasta este momento" (700). Dada la omisión de este Laboratorio, se encargan las pruebas al Laboratorio del Colegio de Arquitectos (707).
- El tráfico rodado sobre una vía en principio peatonal no es relevante, pues esa vía da servicio a "4 o 5 familias" (701).

- Las roturas del firme no se deben al "firme previsto, sino a condiciones de construcción del propio pavimento o capa de rodadura" (701).

- En el contrato no se contempla la "entrega parcial de partes de la obra, luego la contrata se expresa mal al decir que ciertas calles se entregaron al uso" (704).

- Las calles no sólo no fueron recibidas, sino que se apuntaron "multitud de defectos que se ordenaron subsanar" (704).

- Paralizada la obra a instancia de la Dirección, la contrata asumió el compromiso de reparar las unidades mal ejecutadas a condición de que expresara por escrito de que se habían subsanado los defectos, lo que nunca hizo (705).

- La contrata cambió de empresa suministradora de materiales. La Dirección ordenó la realización de ensayos, que nunca fueron realizados (707).

- La contrata reconoce la apertura de las calles sin la colocación de las pilonas ni tomar medidas al respecto (708).

- Los defectos de ejecución se prueban por el hecho de la inexistencia de máquina de compactación, "extremo que se analizará cuando se levante del pavimento" (709).

- Los defectos del mortero de rejuntado y del mortero de base "se aclararán con los resultados de los ensayos" (709).

- En suma, los defectos que han arruinado la obra se deben a fallos de la ejecución (710).

Con fecha 4 de febrero de 2002, la Consejera competente del Cabildo (753) eleva a la consideración de la Comisión de Gobierno insular propuesta de incoación de resolución del contrato, haciéndose expresa referencia al hecho de que la contrata no ha "solicitado nueva prórroga", así como el "incumplimiento de los plazos" por parte del mismo. Propuesta que fue asumida en sus propios términos por la mencionada Comisión (764).

En trámite de alegaciones (774), que tuvieron entrada en el Cabildo el 18 de febrero de 2002, la contrata se reafirma en que "el origen de los defectos observados" no le es imputable (774). Sus razones son que la pretensión de la Dirección facultativa implica de suyo rehacer de nuevo toda la obra (776); las pilonas propuestas inicialmente fueron rechazadas por la Dirección facultativa. La

instalación de conos y vallas de nada sirvió pues eran retirados por los vecinos (776); es constatable la circulación de vehículos de gran tonelaje lo cual unido a "deficiente dimensionamiento del firme" son la causa del deterioro del mismo (777); la contrata asume la reparación de los defectos de ejecución "siempre y cuando tras un estudio pormenorizado de los fallos de la capacidad portante del firme se determine el origen concreto de sus causas y éstas les sean imputables a ella" (778); el mortero empleado no es el adecuado (id.). En base a ello, la contrata propone 3 meses para la ejecución completa del contrato, así como el abono de unidades no incluidas en el Proyecto (780). En definitiva -concluye- "deberá procederse a la oportuna liquidación de la obra" (id.).

La Comisión de Gobierno, sin embargo, en sesión celebrada el 4 de marzo de 2002, estima que el contrato ha entrado en fase de resolución por incumplimiento de la contrata, rechazando la concesión de la prórroga del contrato (788).

Con fecha 11 de marzo de 2002, la contrata presenta nuevo escrito en el que, reiterando su constante posición, se reafirma en que "la solución aportada (por el Proyecto) como no válida" (794) del proyecto. Además, desde el 9 de octubre de 2001, se le requería al Cabildo una respuesta al conflicto planteado "sin haberse obtenido ninguna contestación" (798), pese a que el escrito en cuestión se presentó en el plazo de un mes que dispone el art. 140 RCE (800); el retraso en la ejecución para ser causa de resolución debe ser producto de una voluntad "rebelde u obstativa" (id.); la empresa ha actuado con buena fe (id.); la causa de los defectos radica en vicios del proyecto (id.); la Administración tardó "más de 4 meses en dar una respuesta" (id.). En tales términos la contrata se opone a la resolución instada, aprovechando para interesar el informe de 24 de enero de 2002, del Servicio Administrativo de Planificación y Cooperación, así como copia del expediente (801).

La no resolución de los diversos incidentes que han ido surgiendo durante la ejecución del contrato sólo ha podido ser superado mediante la resolución del contrato. De todas las incidencias, hubo algunas -como la ejecución simultánea de obras municipales- que dio lugar a la prórroga del contrato. Los incidentes mayores estriban, sin embargo, en defectos de ejecución; diferencia de mediciones; y ejecución de unidades de obra al parecer no contempladas en el proyecto inicial.

Lógicamente, la LCAP atribuye al órgano de contratación la facultad de resolver en vía administrativa tales discrepancias, en la medida que cuenta con la

"prerrogativa de interpretar los contratos (...), (y) resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento (art. 60.1). Siempre dentro de los márgenes tolerables de discrecionalidad administrativa a la hora de ponderar la actuación de la contrata así como la propia conducta administrativa, pues si aquella está sometida a la ley del contrato, ésta al contrato y a los principios que rigen la actuación de la Administración dirigida a la defensa de los intereses generales cuya gestión le está encomendada.

La múltiple concurrencia de factores presuntamente resolutorios obliga a efectuar algunas consideraciones sobre la base del correspondiente soporte legal:

Al margen de los efectos inmediatos dispuestos por la LCAP (art. 114.3, 4 y 5) ya precisados y que se contienen en la Propuesta de Acuerdo sometida a dictamen, ha de tenerse en cuenta que:

1. El contrato sólo se entenderá cumplido cuando éste haya cumplido y a satisfacción de la Administración la totalidad de su objeto" (art. 11.1 LCAP).

2. La constatación de tal realidad exigirá "en todo caso (...) un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente de haberse producido la (...) realización del objeto del contrato" (art. 111.2 LCAP).

3. A la recepción de las obras, si éstas no se hallaren en "estado de ser recibidas, se hará constar así en el acta y el director de las mismas señalará los efectos observados y detallará las instrucciones precisas fijando un plazo para remediar aquéllos. Si transcurrido dicho plazo el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo o declara resuelto el contrato" (art. 147.2 LCAP).

4. "Iniciado el oportuno expediente de resolución de un contrato cuyas obras hayan de ser continuadas (...) se procederá seguidamente a formularse la liquidación de la misma (la cual) comprenderá la constatación y medición de las obras ya realizadas especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. La liquidación se notificará al contratista al mismo tiempo que el acuerdo que el acuerdo de resolución" (art. 179 RCE). Exigencia esta última cuya omisión es causa de nulidad de las actuaciones (STS de 16 de junio de 1994).

5. Cuando se verifiquen "recepciones parciales de aquellas partes de obras capaces de servir al uso o al servicio público de que se trate, deberá verificarse

simultáneamente una liquidación provisional parcial a cuenta de la definitiva que corresponda" (art. 180 RCE).

6. Durante el plazo de garantía, cuidará el contratista en todo caso de la conservación y policía de las obras" (art. 171 RCE y cláusula 43 del Pliego de Condiciones Generales, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre). En este sentido, DCE 51.614, de 25 de febrero de 1988). Asimismo, "para que el contratista haya de reparar las deficiencias de ejecución, la Administración deberá, dando audiencia al empresario, formular dictamen fundado y preciso sobre las deficiencias producidas y la atribución de ellas a los trabajos de la empresa" (STS de 15 de junio de 1967).

Asimismo, debe tenerse en cuenta los siguientes extremos que han sido objeto de consideración por el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado:

- En primer lugar, y con carácter general, "las discrepancias surgidas entre el contratista y la dirección facultativa no permiten a aquél la paralización unilateral de las obras" (STS de 13 de junio de 1991). Justamente, "la demora o el incumplimiento por la Administración en el pago de las certificaciones no autoriza al contratista a retrasar o paralizar la ejecución del contrato y al hacerlo así incide en causa de resolución" (STS de 11 de octubre de 1982).

- El vencimiento del plazo sin que la prestación del contratista resulte realizada implica "ipso iure", siempre que le sea imputable, la calificación de incumplimiento por culpa suya" (DCE 54.472, de 1 de marzo de 1990).

- La resolución por "incumplimiento del contratista constituye el efecto pernicioso más grave para este último, por lo que únicamente debe producirse cuando se trate de incumplimientos relevantes y no nimios y sin trascendencia, de acuerdo con la realidad del contrato" (DCE 52.006, de 9 de junio de 1988).

Por todo ello, este Consejo Consultivo considera, por la documentación remitida, que, en efecto, la empresa ha incumplido el plazo de ejecución pactado y que las obras se encuentran paralizadas.

Estas circunstancias justifican la resolución del contrato. No enervan esta valoración las argumentaciones del contratista acerca del desacierto o inadecuación del proyecto. La consecuencia derivada del incumplimiento del contratista es la incautación de la garantía y, en su caso, la indemnización a la Administración por los

daños ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada (art. 114.4 de la LCA) y, todo ello, con independencia del abono al contratista de la obra efectivamente ejecutada, previa su medición.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución de resolver el contrato para la ejecución de la obra "Alumbrado Público y Repavimentación de Arona casco" se considera conforme a Derecho, al no haber concluido la obra en el plazo de ejecución establecido, estando facultada la Administración para resolver el contrato, incautar la garantía e instruir el oportuno expediente para determinar los eventuales daños y perjuicios. No obstante, la empresa constructora tiene derecho al abono de las obras efectivamente ejecutadas y no pagadas, por lo que debe procederse a su liquidación.