



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 / 2 0 0 3

(Pleno)

La Laguna, a 31 de marzo del 2003.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *resolución del contrato de edificación de 39 viviendas en Cuesta Ramón para reposición del barrio de El Polvorín y Agustina de Aragón (EXP. 18/2003 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Objeto de la consulta.-

Por escrito de 28 de enero de 2003, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria solicita, por el procedimiento ordinario y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, dictamen preceptivo respecto de la Propuesta de Resolución por la que se pretende resolver el contrato de obras de construcción de 39 viviendas en Cuesta Ramón, en Las Palmas de Gran Canaria.

El informe, sin embargo, debe circunscribirse a tal objeto, y no al punto relativo "adjudicación del resto de las obras a nuevo contratista" al que se hace referencia en la solicitud de Dictamen.

2. Competencia del Consejo Consultivo de Canarias.-

La solicitud de Dictamen a este Consejo Consultivo es la adecuación de las actuaciones administrativas a lo dispuesto por la Sentencia 679/2002, del Tribunal

* PONENTE: Sr. Lazcano Acedo.

* VOTO PARTICULAR: Sres. Millán Hernández y Doreste Armas.

Superior de Justicia de Canarias, Recurso Contencioso Administrativo núm. 2849/1998, habiendo conocido en vía jurisdiccional del expediente de resolución contractual, el mencionado Tribunal estima la causa de nulidad invocada por la recurrente de que siendo el contrato de obra de cuantía superior a cien millones de pesetas se incumplió el trámite previo del Dictamen del Consejo de Estado.

Al estimar una cuestión previa, el Tribunal no entra a conocer sobre el fondo de la cuestión suscitada que no es sino la resolución del contrato, resolución que tiene, entre los más relevantes, los siguientes presupuestos fácticos.

3. Presupuestos fácticos en orden cronológico del expediente.-

El 21 de julio de 1994 (folios 2 y 4), se suscribió el Acta de replanteo previo de la futura obra (al amparo de lo dispuesto en los arts. 26 de la Ley de Contratos del Estado y arts. 81 y 83 de su Reglamento de desarrollo que se citan expresamente en el Acta), que acredita "la comprobación de la realidad geométrica de las obras ejecutadas; el adecuado encaje en los terrenos disponibles a tal fin". Consta, así mismo, certificación acreditativa de la disponibilidad plena y real de los terrenos necesarios, toda vez que se trata de suelo de propiedad municipal y de la viabilidad del proyecto, puesto que no existe la carencia de ningún elemento técnico imprescindible para su ejecución material y de que las obras propuestas no se encuentran ejecutadas.

En sesión plenaria celebrada el día 22 de diciembre de 1994, se acordó adjudicar el contrato de referencia a F.C.C. (el contratista) por un importe de 148.895.797 de pts. y un plazo de 12 meses a contar de la firma del Acta de comprobación del replanteo (180 y ss.), que tuvo lugar el 15 de marzo de 1995, iniciándose los trabajos.

Durante la ejecución de las obras, se interpone Interdicto de Obra Nueva núm. 250/96, contra el Ayuntamiento.

El Concejal Delegado del Área de Urbanismo, por delegación del Alcalde, atendiendo al requerimiento judicial, Juzgado de 1ª instancia nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria, ordena la "suspensión de las obras en el estado en que se hallen por consecuencia del citado interdicto de obra nueva ..." [193]. Así como la inmediata paralización de los trabajos, el 26-4-96, suspensión que se ordena con el carácter de "temporal total" en atención a que afecta a la "totalidad de la obra contratada", en

los términos de la cláusula 63 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre (PCAG). Se ordena así mismo el levantamiento de Acta de suspensión y la medición de la obra ejecutada y el detalle de los materiales acopiados a pie de obra, tal y como ordena el art. 64 PCAG. A todo ello se dio cumplimiento el 5 de julio de 1996, con toma de razón de la contrata que suscribió, sin reservas, el Acta de suspensión temporal total levantada con efectos de 26 de abril de 1996 (196).

Con fecha de 4 de noviembre de 1996, se dicta Sentencia en la que se desestima el interdicto formulado, al considerarse que las obras estaban en "estado muy avanzado" sin detrimento del derecho de la parte actora para acudir al "procedimiento adecuado a fin de restablecer en su plenitud el derecho que considera se le ha perturbado" (392). Apelada la Sentencia ante la Audiencia Provincial, se desestima el recurso el 19 de diciembre de 1997 (401), notificada el 11 de febrero de 1998, 21 meses y 9 días después de la suspensión temporal total, con la correspondiente confirmación de la resolución judicial dictada en primera instancia.

Notificada la Sentencia, se emiten diversos informes-propuesta en relación con las posibles alternativas de actuación.

Así, con fecha de 22-4-98, la Comisión Técnica de Seguimiento del Proyecto de Rehabilitación y Reposición de las Viviendas en el punto 10.8 del Orden del Día, acuerda aprobar y remitir al Servicio de Contratación del Ayuntamiento, el mutuo acuerdo de rescisión del contrato adjudicado a la empresa F.C.C., S.A. El contratista, en escrito de 3 de diciembre de 1997, en base al artículo 157 del RCE, había solicitado la resolución del contrato, señalando que las causas que motivaron la suspensión de las obras son ajenas a la empresa adjudicataria.

El 1 de julio de 1998 (409), se indica por la Administración que se abone al contratista: 1º) El valor de las obras efectivamente realizadas (art. 152.1 LCAP); 2º) El beneficio industrial de las dejadas de realizar (art. 152.4); 3º) Los daños y perjuicios efectivamente sufridos (art. 103.2 LCAP) y que se proceda a la devolución de garantías constituidas (art. 45 LCAP).

El segundo, de 3 de julio de 1998 (412), del Arquitecto Municipal, se examina de nuevo la solicitud de Fomento y Construcciones, y se concluye con la procedente de resolver el contrato de obras de mutuo acuerdo, abonándose los trabajos efectuados,

abono de las compensaciones económicas y certificaciones y fianzas, estableciéndose determinadas cantidades desglosadas a abonar por parte de la Corporación Local, por un total de 28.836.608 ptas.

En informe de la Vicesecretaria de 7 de julio de 1998 (415), se estima que los daños y perjuicios originados por la suspensión debería ser repetida contra quien interpuso el interdicto, causa del incidente de resolución contractual.

El 31 de julio de 1998 se emite informe complementario (420) en el que se barajan dos alternativas a ofrecer al contratista: bien reanudar las obras sin derecho a la indemnización a cargo del Ayuntamiento, o instar la resolución del contrato con derecho solamente al valor de las obras efectivamente realizadas, al amparo de los artículos 53, tercer párrafo LCE y 162 RCE.

Otorgado trámite de audiencia sobre esta alternativa, mediante escrito de 18 de agosto de 1998 (p. 425-427) la empresa contratista insta la resolución del contrato reiterando las compensaciones económicas y demás solicitadas a través de sus escritos de 3 de diciembre de 1997 y de 26 de marzo de 1998, a los que se remite.

En informe de 24 de agosto de 1998 (428), se estima que, en efecto, se dan las condiciones legales para que prospere la resolución contractual instada por el contratista, aunque sólo se estima pertinente abonar -al amparo de los arts. 53, tercer párrafo LCE-1965 y 162 RCE- las obras efectivamente realizadas debiendo reclamar la contrata los daños y perjuicios a quien instó en su día el interdicto que determinó la suspensión de las obras. La propuesta fue asumida por la Comisión de Gobierno que, en sesión celebrada el 27 de agosto de 1998 (490), acuerda la resolución del contrato con los efectos exclusivamente de abonar: 1º) las obras efectivamente realizadas; 2º) los gastos de guarda y custodia de la propiedad generados durante el período de suspensión de las obras y no abonar los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras, al traer causa de una resolución judicial, en virtud de un interdicto de obra nueva, debiendo la empresa accionar contra el causante de los mismos. Acuerdo que fue recurrido por el contratista ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, TSJC (498). La Comisión de Gobierno, en sesión celebrada el 10 de junio de 1999 (547), estimó que los gastos de guarda y custodia ascendían a 15.442.722 de ptas., lo que fue así mismo impugnado por la contrata.

Con fecha de 15 de noviembre de 2002, se dicta Sentencia por el TSJC en el recurso contencioso que el contratista interpuso contra el Acuerdo de resolución del contrato; estimándose parcialmente la demanda al entender que al ser el contrato de cuantía superior a 100 millones de pesetas hubiera debido solicitarse el dictamen preceptivo del Consejo de Estado (u órgano equivalente), solicitud a la que procede la Comisión de Gobierno en sesión de 23 de enero de 2003 (669).

La competencia de la Comisión de Gobierno se fundamenta en la delegación que le hizo el Pleno en sesión de 31 de mayo de 1996, extremo sobre el que se pronuncia la citada Sentencia del TSJC (655).

4. Normativa aplicable a la resolución del contrato.-

1. La legislación aplicable a la resolución instada es la que rigió la adjudicación del contrato (LCE-1965 y RCE) toda vez que aunque cuando se instó el mencionado incidente ya estaba en vigor la LCAP-1995, los términos de su Disposición Transitoria Primera no admiten excepción alguna a la no aplicación de la Ley a los expedientes de contratación adjudicados, tal y como este Consejo razonó in extenso, entre otros, en el DCC 59/1995, de 28 de julio.

2. Hay que señalar, prima facie, que la suspensión de las obras es una circunstancia temporal de carácter excepcional. Según el art. 131 RCE "la paralización total de las obras o la suspensión definitiva de las mismas sólo podrá verificarse por motivo grave y mediante acuerdo del órgano que celebró el contrato correspondiente". Por otra parte puede ser inevitable, si viene impuesta por circunstancias objetivas ajenas a las partes (interdicto de obra nueva).

Ahora bien, existen, en el ordenamiento jurídico, dos supuestos de suspensión de obras por la Administración y distintas consecuencias predicables para cada uno de ellos:

1º) El art. 148 RCE regula (dentro de las Sección 4ª, del Capítulo V, del Título II, cuyo epígrafe es "Modificación del contrato de obras") la suspensión temporal de las obras "por espacio superior a una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso, si aquélla excediera de seis meses", anudando como consecuencia que la Administración "abonará al contratista los daños y perjuicios

que ésta pudiera efectivamente sufrir". Para la suspensión definitiva -acordada por la Administración- hace un reenvío al art. 162 del mismo Reglamento.

La razón de ser de esta norma, cuando la suspensión está motivada por razones ajenas a la voluntad de las partes, produce, justamente por eso, un reparto económico de las consecuencias derivadas de la suspensión: el contratista, si la paralización no dura el tiempo marcado en el precepto, debe soportar el mayor coste derivado de la paralización, pero superados esos límites la Administración debe soportar el perjuicio. En el primer caso el contrato subsiste sin ningún efecto especial, en el segundo caso, suspensión por más tiempo de 6 meses y menos de 1 año (art. 162 RCE), el contrato subsiste, pero se debe indemnizar si hay perjuicios. (Es dentro de este último plazo, en relación con el interdicto de obra nueva, donde se mueve la negativa jurisprudencial al derecho de indemnización abonable por la Administración y que puede repercutirse contra tercero).

De otro modo, si hubiera incumplimiento por la Administración operaría el art. 158 RCE: sólo "resolución en los casos previstos en esta legislación", pero, con carácter general, pago de los perjuicios que se irroguen al contratista.

Pero, como dijimos líneas atrás, la suspensión de las obras puede tener otras consecuencias, ya que "si es definitiva o dura más de 1 año", ambas partes pueden pedir la resolución del contrato (art. 157.3 RCE, causas de resolución del contrato de obras).

2º) Suspensión de las obras con carácter definitivo o por tiempo superior a un año (arts. 157 y 162 RCE) (Epígrafe sistemático: Causas y efectos de la resolución).

Según estos preceptos, en el caso de suspensión definitiva (asimilable a un desistimiento expreso de la Administración) el contratista tiene derecho al valor de las obras efectivamente realizadas y al beneficio industrial (B.I.) de las dejadas de realizar. Añadiendo que también tienen la consideración de obras efectivamente realizadas "las accesorias llevadas a cabo por el contratista y cuyo importe forma parte del costo indirecto a que hace mención el art. 67 de este Reglamento", así como los acopios situados a pie de obra. Se entiende por B.I. el 6% del presupuesto de ejecución material, con deducción de la baja de licitación, en su caso. (Es necesario advertir que la Cláusula 22 de las Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado determina

que el contratista está obligado a la conservación de la obra hasta la recepción definitiva).

Siguiendo con el análisis de este precepto (162 RCE) si la suspensión dura más de un año sin mediar acuerdo de la Administración sobre la misma, el contratista tiene dos opciones (último párrafo del precepto) que anudan efectos diferentes. El contratista puede solicitar la Indemnización a que se refiere el art. 148 RCE o instar la resolución del contrato, con derecho al abono de la obra ejecutada y el B.I. de la dejada de realizar (art. 53, párrafo 3º LCE). Estas dos opciones comportarían efectos distintos, en la primera el contrato subsiste y el contratista tiene derecho a ser indemnizado como en el 148 RCE, en la segunda (instar la resolución) el contrato se extingue y el contratista tiene derecho al B.I. de la obra pendiente además de al valor de la efectivamente realizada.

II

1. Consideraciones de fondo.-

En cuanto al fondo de la consulta planteada la cuestión se centra en determinar los conceptos susceptibles de resarcimiento.

Tal y como se desprende del expediente, la resolución fue solicitada por la contrata (art. 162 RCE último párrafo), que no aceptó las condiciones en las que la Administración le propuso continuar con las obras tras finalizar la causa que determinó la declaración de suspensión de aquéllas y que no fue otra que la interposición por tercero de un interdicto de obra nueva.

2. El principio de "riesgo y ventura".-

1. Debe señalarse que, en principio, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 46 de la Ley de Contratos del Estado, aplicable al expediente en atención a la fecha de adjudicación del contrato y a lo en él ordenado, 132 RCE, la ejecución de los contratos se entenderá que se realiza "a riesgo y ventura", sin que el contratista tenga derecho a indemnización alguna, salvo en los casos de fuerza mayor, cuando concurra alguna de las causas que el propio precepto citado tasa, circunstancias que en cuanto excepcionales deben ser objeto de una interpretación "restrictiva" (STS de 31 de octubre de 2000, Ar. 9011) y sin que, por esa misma razón, quepa la "interpretación analógica" de otros supuestos no expresos en la norma, ni pueda

considerarse como un caso de fuerza mayor la paralización judicial de la obra. Por otra parte el principio de riesgo y ventura está vinculado, fundamentalmente, a la actividad del contratista ("éste no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en las obras").

El pliego de condiciones económico-administrativas establece en la condición (16) que "el contrato se celebra a riesgo y ventura del contratista (...)" y si la obra no pudiese ejecutarse por cualquier circunstancia, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria no asume ninguna obligación de indemnización o similar (...). Cláusula que no presupone renuncia por parte del contratista a los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico (cfr. art. 1.255 del Código Civil).

En el caso presente, ha quedado constatado que la suspensión de las obras -que desde el inicio fue temporal total- se debió a la interposición por un tercero ajeno a la relación contractual, de un interdicto de obra nueva. Respecto de esta concreta y específica causa determinante de la suspensión de obras contratadas existe una doctrina jurisprudencial sobre la "improcedencia de la acción interdictal frente a la Administración" (STS de 31 de octubre de 2000, Ar. 9011, que reitera pronunciamientos anteriores: SSTs de 3 de febrero de 2000, Ar. 1587, y de 16 de mayo de 2000, Ar. 4811) salvo que ésta no hubiera actuado en los "negocios que pertenecen a sus atribuciones" o "en vía de hecho"; que fuere "imputable a la Administración, en sus títulos o en su forma de actuar, causa que diese lugar a que el interdicto prosperase".

Siguiendo con la citada STS, para que proceda el cauce indemnizatorio previsto en los arts. 49 LCE-1965 y 148 RCE (para los casos de suspensiones temporales y definitivas] se debe partir de la idea de "culpabilidad, negligencia o incumplimiento de sus obligaciones imputable a la Administración (...) por lo que si no existe esta culpabilidad (...), toda actuación ajena a las partes cae dentro de los riesgos imprevisibles que debe asumir el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura".

La STS de 3 de febrero de 2000, Ar. 1587, señala: "Las consecuencias de la interposición de un interdicto deben ser asumidas por la contrata en el supuesto de que el interdicto sea desestimado y en el que, por eso, no sea rastreado por esta causa debilidad alguna en los títulos de la Administración sobre el inmueble en que ha de realizarse la obra".

El análisis de las circunstancias determinantes de la suspensión de las obras debe hacerse, en cualquier caso, conforme con los "principios de equidad y de buena fe que rigen específicamente en materia de contratos" (STS de 19 de mayo de 1998, Ar. 3856).

2. Ahora bien, la STS de 31 de octubre de 2000, en el F.J. 3º dice: "la suspensión de una obra, como consecuencia de un interdicto determina que ello no sea imputable a la Administración ni, por otra parte, sea integrable en alguno de los supuestos legales de fuerza mayor que originan el derecho a indemnización a favor del contratista". Y en el Fundamento Quinto: "Esta interpretación es coherente con la jurisprudencia de este Tribunal, pues al señalar que lo que realmente se requiere, a tenor de dicha norma (49 LCE y 148 RCE), es el mero transcurso de un determinado plazo en la duración de tal suspensión sucedida por exclusivas causas ajenas al contratista, es aquí donde juega el principio de "riesgo y ventura" ínsito en la contratación administrativa de obras, puesto que, si la suspensión temporal de las mismas no dura más de seis meses o de una quinta parte del plazo total del contrato, no genera el derecho para el contratista de reclamar daños y perjuicios por tal paralización, cuando efectivamente los haya sufrido y, por el contrario, cuando la duración de la suspensión es superior a los expresados límites temporal y se ha producido el hecho por actos de la Administración ajenos a la voluntad del contratista, aquélla queda automáticamente obligada al abono de la indemnización".

3. STS de 7 de marzo de 1981. Sobre resolución del contrato de obras. Suspensión definitiva de las obras.

Se reproducen los dos siguientes considerandos:

"CONSIDERANDO:.- Que, prioritariamente, al enjuiciamiento y resolución de la problemática litigiosa; preciso se hace analizar los dos supuestos de suspensión de obras por la Administración y las consecuencias predicables en ambos casos, "suspensión temporal de las obras por espacio superior a una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso, si aquélla excediese de seis meses", -art. 148 del Reglamento de 28 de diciembre de 1967 (RCL 1968/209, 483 y NDL 7370- por un lado, y, por otro, "la suspensión definitiva de las obras o el transcurso de un año desde la suspensión temporal sin ordenar la reanudación de las mismas", -art. 162 del calendario Reglamento de 1967 y art. 52-3 de la Ley de 8 abril 1965 (RCL 1965/771 y NDL 7365)- siendo las consecuencias de tales

hipótesis, el abono por parte de la Administración al contratista de los daños y perjuicios que éste pudiera efectivamente sufrir y la opción del mismo ante el derecho del valor de las obras efectivamente realizadas y el beneficio industrial de las dejadas de realizar, si se decide por la resolución, o la indemnización a que se refiere el art. 148 del mencionado Reglamento, respectivamente, es decir, que en el primer supuesto la Administración sólo abona al contratista los "daños y perjuicios que éste puede efectivamente sufrir", en cuanto que, cuando la Administración suspende provisional unas obras, no hace sino ejercitar un derecho de su situación privilegiada que el interés colectivo, aglutina y representa le proporciona, pero sin que ello implique incumplir las cláusulas del respectivo contrato, ya que por usar de un derecho que la Ley le atribuye no deja de observar una total conducta de incumplimiento de sus obligaciones y sin que tal proceder lleve en sí la resolución del contrato en cuestión, por lo que la Administración no debe indemnizar al contratista de los perjuicios que se le irroguen por la aludida suspensión de la obra por él efectuada, cuando por optar éste, instando la resolución del contrato, así lo acuerda, mientras que, en el segundo de los supuestos, el contratista procede optar entre solicitar la indemnización a que se refiere el art. 148, ya citado, o instar la resolución del contrato, pero sin que, ambas facultades sean compatibles, en cuanto supondría que en ambos casos o supuestos, se incumple el contrato de que se trata, cuando sólo es así en los casos de resolución, no en los de indemnización, en los que, como se ha razonado, el contrato se cumple, bien entendido que se puede pedir la resolución después de haber optado por la indemnización, siempre que el incumplimiento del contrato resultase imposible, cesando esta opción, por último, cuando el contratista efectuó la mencionada elección.

CDO.:.- Que a la vista de lo sustentado en el anterior fundamento de esta Sentencia, en relación claro está, con la postura adoptada por la parte recurrente y, en particular, con el supuesto fáctico contemplado por esta resolución, es evidente que se está en el segundo de los supuestos, anteriormente aludidos, en cuanto que, por un lado, la obra en cuestión no se realizó por imposibilidad de material y jurídica, al no ser de la Administración contratante el terreno sobre el cual había de ubicarse la obra cuestionada, es decir, por causas imputables a la Administración, por lo que puede y debe subsumirse el caso debatido en el segundo supuesto, ya que en realidad equivale a una suspensión definitiva de la obra a realizar -siquiera a tal suspensión se diera origen desde la propia contratación- y, por otro, a tal hipótesis o caso se

llega por la propia voluntad de la parte recurrente, ya que ella fue la que postuló la resolución del contrato que nos ocupa, precisamente, por la imposibilidad de construirse la obra de autos en un terreno ya edificado y que no era propiedad del Ministerio de Educación y Ciencia, haciendo uso de la opción que le daba el último párrafo del art. 162 del Reglamento mencionado, -escrito de 15 enero 1974 y 31 enero 1975, entre otros- opción que, como razonado queda no faculta para acumular la resolución del contrato y sus efectos, con la indemnización de daños y perjuicios, por lo que habiendo instado la "Compañía Mercantil A.A, Ingeniero S.A." la resolución del contrato de autos, a dicha petición ha de atenderse y, en especial a los efectos inherentes a la misma, es decir a que se le satisfaga el "valor de las obras efectivamente realizadas y el beneficio industrial de las dejadas de realizar".

III

1. En el presente caso, el interdicto de obra nueva es desestimado por el Juez de Primera Instancia por resolución que se confirma en apelación, por la Audiencia Provincial.

La regulación procedimental actual del interdicto de obra nueva, que tras la LEC 2000, se tramita por el cauce del juicio verbal, mantiene en ambos casos su finalidad meramente cautelar y precautoria, por lo que en el interdicto no se resuelve la titularidad de los bienes que, en todo caso, se debe dilucidar en el juicio ordinario.

Consta en el expediente la libre disponibilidad por parte del Ayuntamiento de los bienes para la ejecución de la obra, conforme al Acta de replanteo, terrenos que se pusieron a disposición de la empresa F.C.C., S.A., en los que se procedió, sin obstáculo alguno, a ejecutar las obras hasta su paralización por causa judicial.

Como ya se ha dicho (F.I.4) el art. 52.3 de la LCE, normativa aplicable al contrato de obras, 39 Viviendas en Cuesta Ramón, Las Palmas de Gran Canaria, contempla como causa de resolución del contrato "La suspensión definitiva de las obras, acordada por la Administración, así como la suspensión temporal de las mismas por un plazo superior a un año". El art. 53, por su lado, dispone que en tales casos "si la Administración decidiese la suspensión definitiva de las obras o dejase transcurrir un año desde la suspensión temporal sin ordenar la reanudación, el

contratista tendrá derecho al valor de aquéllas efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar".

El art. 162 del RGC, último párrafo, establece: "transcurrido un año de la suspensión temporal, acordada por la Administración, sin haber ordenado la reanudación de las obras, el contratista tendrá opción entre solicitar la indemnización a que se refiere el artículo 148 de este Reglamento o instar la resolución del contrato con los efectos previstos en el primer párrafo de este artículo", que son el valor de las efectivamente realizadas y el beneficio industrial de las dejadas de realizar.

Se entiende por beneficio industrial "la cantidad resultante de aplicar el coeficiente del 6 por 100 al presupuesto de ejecución material con deducción de la baja de licitación en su caso".

Como señala el TS, la opción del contratista "está formulada con carácter excluyente y no acumulativo" (STS 15-11-1985, R-5363) "sin que ambas facultades sean compatibles" (SSTS 7-3-1981, R-935 y 28-11-1995, R-8555).

2. A causa de la suspensión acordada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos de interdicto de obra nueva, se levanta Acta de Suspensión Temporal Total con efectos del 26 de abril de 1996, suscrita sin reservas por la contrata el 5 de julio de 1996.

El 4 de noviembre de 1996 se dicta Sentencia en la que se desestima el interdicto formulado; apelada ante la Audiencia Provincial se desestima por Sentencia de 12 de diciembre de 1997, notificada el 18 de febrero de 1998, por lo tanto fuera de los plazos regulados en los artículos 49 LCE y 148 RCE.

Notificada la Sentencia se emiten diversos informes, el primero de ellos de 1 de julio de 1998, 4 meses y 12 días después, tiempo más que suficiente para que, removido el obstáculo del interdicto, la Administración (Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria) hubiera ordenado la reanudación de las obras (arts. 53.3º párrafo LCE y 162 RCE), por lo que no cabe argüir que no se dan los requisitos establecidos como causa de resolución del contrato (arts. 52.3 LCE y 157 RCE) porque la Administración estuviera imposibilitada de ordenar la reanudación de las mismas (El contratista había instado la resolución el 3 de diciembre de 1997).

Como queda acreditado en el expediente, el 24 de agosto de 1998 se estima por la Administración que se dan las condiciones legales para que prospere la resolución contractual instada por el contratista, al amparo de los artículos 53.3 LCE y 162 RCE, si bien con los efectos exclusivos de abonar las obras efectivamente realizadas, así como los gastos de guarda y custodia de las obras (cláusula 22 del Pliego de Cláusulas Generales para la Contratación de Obras). Este reconocimiento por parte de la Administración se plasma en el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del 27 de agosto de 1998. Es, por tanto, según el ordenamiento jurídico aplicable, el rompimiento del vínculo contractual lo que determina los derechos vinculados a los efectos de la resolución del contrato.

CONCLUSIONES

1.- La resolución contractual es conforme a Derecho puesto que se dan las condiciones legales determinadas en el ordenamiento jurídico contractual aplicable.

2.- Los efectos de la resolución deben ser los prevenidos en el art. 162 RCE: valor de las obras efectivamente realizadas, entre las que se incluyen las accesorias llevadas a cabo por el contratista y cuyo importe forma parte del costo indirecto al que hace mención el art. 67 del RCE; los acopios situados a pie de obra; el beneficio industrial de las dejadas de realizar, resultante de aplicar el coeficiente del 6% al presupuesto de ejecución material con deducción de la baja de licitación en su caso, equivalente al lucro cesante.

3.- En aplicación de la Cláusula 22. Conservación de la Obra, del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado (Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre), deben abonarse los gastos vinculados a tal actividad.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS EXCMOS. SRES. CONSEJEROS CARLOS MILLÁN HERNÁNDEZ Y ANTONIO DORESTE ARMAS, PRESIDENTE, AL DICTAMEN 40/2003 DEL PLENO (EXP. 18/2003 CA).

Lamentamos no compartir el Dictamen aprobado por mayoría por las razones que, a continuación, se señalan. Por interpretación errónea y aplicación indebida de las normas jurídicas aplicables al contrato de obras sometido a consulta (arts. 49 y

52.3 de la LCE; 148, 157.3 y 162 del RGC), así como por la inaplicación de la jurisprudencia que se cita para justificar el abono al contratista del beneficio industrial, 6% del presupuesto de ejecución material, con deducción, en su caso, de la baja de licitación, respecto de las obras dejadas de realizar.

1. Interpretación errónea y aplicación indebida de los arts. 49, 52.3 de la LCE y 148, 157.3 y 162 del RGC.-

Por interpretación errónea en el contenido de los preceptos legales aplicables y en los principios de interpretación de éstos y por aplicación indebida por error en la actividad de subsumir los hechos concretos con los establecidos, con carácter general, en las citadas normas legales.

Así, el Dictamen parte de dos supuestos de suspensión de obras por la Administración a los que anuda distintas consecuencias para cada uno de ellos.

El previsto en el art. 148 RCE, situado en la Sección IV, "Modificados del contrato de obra", en donde la suspensión temporal de las obras acordada por la Administración, en el plazo que se establece, origina el deber de éstas de indemnización de daños y perjuicios.

Frente a esta suspensión temporal, se encuentra la suspensión definitiva, que se regula por lo dispuesto en el art. 162 del RGC.

A continuación, se añade en el Dictamen: "La razón de ser de esta norma, cuando la suspensión está motivada por razones ajenas a la voluntad de las partes, produce, justamente, por eso, un reparto económico de las consecuencias derivadas de la suspensión (?), el contratista, si la paralización no dura el tiempo marcado en el precepto, debe soportar el mayor coste derivado de la paralización, pero superados esos límites la Administración debe soportar el perjuicio (?). En el primer caso, el contrato subsiste sin ningún efecto especial; en el segundo caso (suspensión por más tiempo de 6 meses y menos de 1 año) (art. 162 RGC), el contrato subsiste, pero se debe indemnizar si hay perjuicios ...".

Este precepto más adelante se relaciona con el art. 158 RGC para señalar que "si hubiera incumplimiento por la Administración (art. 158), tendría lugar la resolución en los casos previstos en esta legislación, para obligar a aquella con carácter general, al pago de los perjuicios que por tal causa se le irroguen al contratista" y con los arts. 157.3 y 162 del RGC, situados, los tres, en el Capítulo VI, "De la extinción del

contrato de obras", para concluir que la suspensión definitiva es asimilable a un desistimiento expreso de la Administración y que "si la suspensión dura más de un año sin mediar acuerdo entre la Administración [y el contratista] sobre la misma", éste tiene dos opciones: la indemnización a que se refiere el art. 148 RGC o instar la resolución del contrato, con derecho al abono de la obra ejecutada y al beneficio industrial de la dejada de realizar", por lo que el art. 162 y sus efectos operan ("ope legis"), al margen por completo de cualquier imputación de culpabilidad de la Administración y siendo, en el caso controvertido, "un supuesto de resolución de contrato por suspensión temporal de obras por plazo superior a un año decretado por la Administración, por causa no imputable al contratista", encaja dentro del apartado tercero del art. 52 LCE y cuyos efectos se regulan en el art. 53 LCE que concede al contratista el derecho al valor de las obras efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar.

No compartimos la argumentación jurídica del Dictamen en esta materia.

Para desentrañar el contenido e interpretación de los preceptos legales aplicables, es preciso partir de determinados conceptos básicos. El primero, que todo contrato de obras, en el ámbito administrativo, se efectúa a "riesgo y ventura del contratista" (art. 46 LCE), lo que supone que el contratista ha de entregar la obra concluida a cambio de un precio alzado, asumiendo la mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que proceda. Tal riesgo y ventura queda, además, reforzado en el presente caso por cuanto la Cláusula 16 del Pliego así lo señalaba; bien es cierto que la misma debe ser interpretada restrictivamente, pero no hasta el punto que defiende el Dictamen, que simplemente hace caso omiso de ella, citando el art. 1.255 del Código Civil; al efecto, conviene recordar que, en todo caso, el precepto aplicable sería el art. 6.3 del mismo Cuerpo Legal, que establece los efectos de las normas imperativas o de "ius cogens" y no el 1.255, precepto emblemático del principio liberal de libertad contractual. El segundo, que la Administración disfruta de determinadas prerrogativas en la ejecución, dirección, inspección, control, interpretación, modificación del objeto, cumplimiento y resolución. Así, el incumplimiento de las cláusulas del contrato por el contratista permite a la Administración optar entre forzar al cumplimiento estricto de lo pactado o acordar la resolución (art. 159 RCE). El incumplimiento de la Administración, sin embargo, no permite al contratista incumplir el contrato, sino, en su caso, solicitar su resolución,

y no frente a cualquier cláusula contenida en el contrato, sino sólo en los casos previstos en la Ley (art. 53 LCE).

El contrato de obras podrá suspenderse también por la Administración, con carácter temporal, pero si es superior a una quinta parte del plazo total o en todo caso, por más de seis meses, no da derecho a instar la resolución del contrato, pero sí el deber de indemnizar al contratista por los daños y perjuicios que haya podido sufrir o cuando la suspensión es definitiva o sin serlo se prolongue por más de un año (art. 162 RCE), el contratista tendrá derecho a la devolución de la fianza, a una compensación integrada tanto por el "damnum emergens" (obras realizadas y materiales acopiados y de los bienes e instalaciones que hayan de revertir a la Administración como del "lucrum cessans" (beneficio industrial).

En el contrato de obras, en consecuencia, la situación de la Administración en relación con el contratista no es simétrica. Así, no tiene sentido señalar que "si la suspensión está motivada por razones ajenas a la voluntad de las partes produce, justamente, por eso un reparto (?) económico de las consecuencias jurídicas derivadas de la suspensión". No existe reparto alguno. Es más, la Administración puede "motu proprio" acordar la suspensión de las obras sin generar ninguna consecuencia jurídica, siempre que la suspensión no supere una quinta parte del plazo total del contrato o, en todo caso, si aquélla no excediera de seis meses" (art. 148).

No es correcto desde el punto de vista del Derecho material aplicable razonar, como hace el Dictamen, que las previsiones del art. 162 del RCE operen 'ope legis', "al margen por completo de cualquier imputación de culpabilidad de la Administración y que no siendo imputable al contratista la suspensión, encaja en el apartado 3 del art. 52, cuyos efectos se regulan en el art. 53", en primer lugar, porque, como se verá más adelante, es preciso que la suspensión se deba a la actuación de la Administración y, en segundo lugar, porque ninguna relación tiene el art. 52.3 con los efectos del art. 53, ambos de la LCE, ya que este último artículo contempla un supuesto distinto al del art. 52.3 (suspensión definitiva de las obras o suspensión temporal por plazo superior a un año) con el incumplimiento por la Administración de las cláusulas del contrato que originará su resolución sólo en los casos previstos en esta ley, pero obligará a aquélla, con carácter general, al pago de los perjuicios que por tal causa se le irroguen al contratista", ya que la suspensión de las obras no supone "per se" un incumplimiento de las cláusulas del contrato de obra.

Lo que establece el art. 162 del RCE, a nuestro juicio, es que transcurrido un año de la suspensión temporal, acordada por la Administración, sin haber ordenado la reanudación de las obras, el contratista tendrá opción entre solicitar la indemnización a que se refiere el art. 148 de este Reglamento o instar la resolución del contrato con los efectos previstos en el primer párrafo de este artículo" (derecho al valor de las obras efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar).

La doctrina del TS es nítida en este extremo al señalar que si el contratista opta por la indemnización a la que se refiere el art. 148, en relación con el art. 49 de la LCE, sin resolver el contrato de obra, el cauce indemnizatorio "parte de la idea de culpabilidad, negligencia o incumplimiento de sus obligaciones imputable a la Administración ... por lo que si no existe esta culpabilidad de la Administración, y salvo los casos de fuerza mayor, toda actuación ajena a las partes cae dentro de los riesgos imprevisibles que debe asumir el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura (art. 46 LCE), que debe incluir los actos de tercero (SSTS 23-11-1981 (R-5268) 29-3-1985; R-2851 y 3-2-2000, R-1587 y 31-10-2000, R-9011). Señalando, a continuación, que "no ha existido culpa o negligencia de la Administración que haya sido la causa de la interpretación del interdicto de obra nueva ... y que los daños originados por la suspensión cautelar, ordenada por el juzgado, alzada en la sentencia que decidió el interdicto, deben ser soportados por el contratista, conforme al contrato, en virtud del principio de que la ejecución del mismo se realizará a riesgo y ventura del contratista, salvo los casos de fuerza mayor".

En el caso que examina el Dictamen, el contratista opta por la resolución del contrato (art. 162 RCE), sin que los efectos del párrafo primero puedan operar de manera automática, prescindiendo de la actuación o conducta de la Administración, conclusión errónea a la que llega el Dictamen, por cuanto supondría aplicar de manera distinta los dos supuestos que contempla el art. 162 RCE, la continuación de la obra, sin indemnización, cuando la suspensión se debe a la conducta ajena a las partes, de la resolución del contrato de obra, por decisión del contratista, cuyos efectos sería siempre, se deba o no a la conducta de un tercero, el abono de la obra ejecutada y el beneficio industrial de las dejadas de realizar, tal como sostiene el Dictamen aprobado.

Pero es que además supone la aplicación indebida de la norma, por cuanto se subsume en su supuesto fáctico, hechos concretos que no coinciden con los descritos, con carácter general y abstracto. El art. 162 establece claramente que la suspensión debe proceder de la actuación de la Administración, esto es, por causa imputable a ella, sólo en tal caso, el contratista que opta por la resolución del contrato de obra adquiere el derecho a obtener además del abono de la obra ejecutada, el beneficio industrial en la cantidad del 6% del total del presupuesto y no, por el contrario, en todos los casos, en los que la suspensión es ajena a la conducta del contratista, por la simple razón de que éste asume la ejecución de la obra a "riesgo y ventura" y porque la suspensión de la obra como consecuencia de un interdicto de obra nueva, en vía judicial, no determina siempre que sea imputable a la Administración, ni es integrable en los supuestos legales de fuerza mayor.

Por otro lado, la suspensión de una obra provocada por un interdicto de obra nueva produce efectos bilaterales tanto para el "*contratista*" que ha de asumir el riesgo y ventura de la ejecución de la obra como para la "Administración", que verá dilatado el plazo normal y de ejecución de la obra, establecido en las cláusulas del contrato, cuyo incumplimiento, al ser ajeno a la conducta del contratista impide a la Administración adoptar cualquier otra medida que no sea la de prorrogar la duración del contrato por el tiempo restante una vezalzada la suspensión en el supuesto de su ejecución.

No se puede incautar la fianza, respecto al "contratista", cuando la paralización de la obra se debe a una actuación judicial no imputable a éste (STS 23-11-1981; r-1981). Así, señala la STS 14-6-2002, R-8052 que "si el retraso en la ejecución se debe a motivos no imputables al contratista por encontrarse fuera de su ámbito de control o previsión, la Administración debe observar la regla del art. 45.2 y 3 LCE, concediéndose una ampliación del plazo contractual, si el contratista lo solicita. Y, desde luego, esa idea de culpa cobra total relevancia en el momento de declarar la incautación de la fianza y la reparación de los daños causados a la Administración (art. 53 LCE).

La conducta del contratista o de la Administración, según los casos, es, en definitiva, el dato relevante para, en el supuesto que se dictamina, determinar los efectos que correspondan, singularmente para determinar si procede o no el abono, al contratista, del lucro cesante, lucro que el art. 162.3 del RCE cuantifica en el 6% del presupuesto de ejecución.

Así, la STS 31-10-1995 señala que los efectos de la resolución, mediante el abono del 6 por 100 del presupuesto de la obra, procede siempre que exista causa imputable a la Administración: No cabe a nuestro juicio una aplicación automática del párrafo primero del art. 162 de la LCE, prescindiendo de la causa imputable o no a la Administración de la suspensión.

2. Inaplicación de las Sentencias que se citan.-

En apoyo de la tesis de la aplicación automática del art. 162 RCE, en el sentido de la necesidad de abonar además de las obras ejecutadas, el beneficio industrial de las dejadas de realizar, prescindiendo de cualquier imputación de culpabilidad de la Administración se refiere el Dictamen a determinadas Sentencias del TS.

Conviene expresar que la base en la que se apoya la tesis del Dictamen es indirecta, pues de ninguna de las sentencias que se mencionan, se deduce la conclusión que se obtiene:

Así, en las SSTS 3-2-2000 (R-1587) y 31-10-2000 (R-9011), el contratista, declarada la suspensión provocada, por un interdicto de obra nueva, opta por la continuación de la obra, sin poder obtener indemnización (art. 148 RCE), porque la suspensión no había sido debida a causa imputable a la Administración, ni se "aprecia algún elemento de culpa que permitiera justificar una responsabilidad de la Administración en la suspensión".

Las SS 7-3-1981 (R-935) y 15-11-1985 (R-5365), no tienen relación con la cuestión que aquí se debate, al referirse a otro tema, el de la opción a la indemnización a que se alude el art. 148 o instar la resolución del contrato que no son entre sí compatibles.

En cualquier caso, insiste la STS 7-3-1981 (R-935) que la obra no se realizó por no ser los terrenos propiedad de la Administración, es decir, por causa imputable a la Administración.

3. Téngase en cuenta además, que la decisión de resolver el contrato procede de la voluntad unilateral del contratista. Como señala la STS 27-9-1985-R-4294): "Cualquier responsabilidad ha de resolverse a tenor de las normas y principios que regulan la culpa contractual, al venir las partes vinculadas por un contrato", por lo que si "no ha existido incumplimiento" de sus obligaciones "ni culpa por parte de la

Administración", no cabe el derecho del contratista a cobrar además de las obras realmente ejecutadas, el beneficio industrial de las dejada de realizar, resultante de aplicar el coeficiente del 6%.

4. Por último, queda añadir que, en el presente caso, se está ante un supuesto de interpretación de las normas y, en tal marco, junto a los criterios señalados por el art. 3.1 del Código Civil, se encuentra el criterio hermenéutico de la lógica, especialmente el de reducción al absurdo (STS 9-6-56, A. 2478).

Pues bien, la interpretación que hace el Dictamen del conjunto de preceptos jurídicos aplicables supone un contrasentido, al obtener consecuencias legales distintas derivadas del ejercicio del derecho de opción sin indemnización en el caso de continuar la obra, por razón del interdicto, o de la resolución del contrato con abono del beneficio industrial, además del pago de las obras ejecutadas, en un supuesto, como el presente, en el que la Administración carece de toda responsabilidad en la causa motivadora de la suspensión. O sea, que una parte contractual (la Administración, incluso considerándola desvestida de su carácter público) soporta un pago (cualquiera que sea la opción elegida por el contratista, pues ambas son un pago a su favor) por una causa a ella no imputable, lo que contradice el elemental concepto de la responsabilidad.

Este es nuestro parecer, respecto a la decisión mayoritaria del Pleno.