



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 1 3 / 2 0 0 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 13 de julio de 2004.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Infraestructuras, Transportes y Vivienda en relación con la *resolución del contrato de obras de Construcción de 66 V.P.O. de promoción pública a ejecutar en la Torrita, término municipal de La Orotava (Tenerife), por demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista, la Empresa U.T.E. V.V.O., V.O.C., S.A., C.H., S.A. (EXP. 116/2004 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 2 de junio de 2004, el Excmo. Sr. Consejero de Infraestructuras, Transportes y Vivienda solicita preceptivo dictamen -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; y arts. 95 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP-1995), y 26 del R.D. 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la citada Ley, ambos aplicables 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 8 de mayo (LCAP-2000)-, en relación con la Propuesta de Acuerdo mediante la que se pretende resolver el contrato de referencia "por demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista" al amparo de lo dispuesto por el art. 112.e) LCAP-1995, con incautación de la fianza constituida, según señala el art. 114.4 LCAP-1995.

* PONENTE: Sr. Bosch Benítez.

2. La primera cuestión que debe despejarse es la del Derecho aplicable a la resolución contractual culposa del contratista, cuyo expediente se inició por el órgano de contratación de 17 de marzo de 2004.

El contrato inicial fue adjudicado el 20 de octubre de 1998 al amparo de la LCAP-1995, en tanto que la resolución instada lo ha sido bajo la vigencia de la LCAP-2000. La resolución, como se ha visto, se fundamenta en las previsiones de la LCAP-1995, siendo así que conforme este Consejo ha venido sosteniendo (por todos, DCC 59/1995), "el Derecho procedimental aplicable para resolver las incidencias de la vida del contrato, tales como su interpretación, resolución o nulidad será el vigente en el momento en que se inició el procedimiento"; conclusión a la que se llegó tanto en virtud del Derecho transitorio de las distintas leyes de contratos, como por la aplicación de la retroactividad prevista en el Código Civil y lo dispuesto supletoriamente por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Dicho lo cual, habrá de convenirse que sin perjuicio de que fue al amparo de la LCAP-1995 cuando el contrato se formalizó, el presente incidente contractual deberá resolverse con arreglo a lo dispuesto en la LCAP-2000 (en vigor desde el 22 de junio de 2000), el R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP), los pliegos que rigieron la contratación -ley del contrato-, y en lo que no se oponga al anterior parámetro de legalidad, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado (PCAG), aprobados por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre.

Debe significarse en este punto que sin perjuicio de que puedan ser aplicables en razón al debido criterio temporal, la LCAP-2000 derogó expresamente la LCAP-1995 (disposición derogatoria única.1) y el RCAP asimismo ha derogado el R.D. 390/1996 (disposición derogatoria única.2.b), normas ambas a cuya cobertura se ha tramitado el expediente de resolución contractual cuya Propuesta final se dictamina.

II

1. Existe, al margen de la indicada, otra cuestión formal que atañe a la procedibilidad de la resolución del contrato por incumplimiento del plazo final del contratista, que es la propuesta que se somete a la consideración de este Consejo.

En efecto, la Propuesta de Acuerdo no tiene el contenido que debiera en razón a que con anterioridad a la fecha en que el órgano de contratación inició el procedimiento resolutorio, el mismo, aunque por causas bien distintas, ya había sido comenzado por el contratista, sin que ese procedimiento haya sido resuelto expresamente.

El 8 de septiembre de 2003, la contrata presenta escrito en el que plantea la resolución del contrato y la debida indemnización de daños y perjuicios al amparo de la LCAP-1995 (arts. 114.3, 150.c) y 152.4) y el Reglamento General de Contratación del Estado (arts. 158 y 162) aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre y derogado por el RCAP.

También el planteamiento de este incidente resolutorio lo ha sido al amparo de un parámetro legal inaplicable por razones temporales, pues el que es de aplicación no es otro que la LCAP-2000 y el citado RCAP, plenamente vigentes y aplicables en el momento del citado planteamiento.

2. Con independencia de lo señalado, la cuestión es que con anterioridad al hecho de que el órgano de contratación valorara la necesidad de resolver el contrato adjudicado, fue la contrata la que planteó el mencionado incidente, no de forma intempestiva; al contrario, siguiendo el orden de incidencias el planteamiento del incidente resolutorio era más que previsible. Veamos la secuencia fáctica.

A) En primer lugar, firmada el acta de comprobación de replanteo, de 11 de diciembre de 1998, a presencia de ambas partes contratantes y del Director de obra sin incidencias (ni reserva alguna por el contratista) (213), el comienzo efectivo de las obras se demoró dos meses debido a varias causas, como la existencia en el solar de árboles y un poste de alumbrado (205); el hecho de que el solar fuera utilizado por los vecinos como aparcamiento (206 y 208); que no fue hasta el 15 de marzo de 1999 cuando se le hizo entrega a la contrata del proyecto de urbanización; y que tras su estudio las rasantes definidas en el mismo exigían la realización previa de unos muros de contención de tierras no contemplados en el proyecto original (206).

B) Comenzadas las obras, la contrata manifiesta que no se pueden iniciar los trabajos de excavación del edificio II al "no coincidir el solar con el previsto en el proyecto" (204). Este retraso inicial motivó que, previa petición de parte, la

ampliación del plazo de ejecución en 4 meses (200) por Orden de 25 de julio de 2000.

Con fecha 30 de junio de 1999, la contrata anuncia la suspensión de las obras al estar ejecutándose simultáneamente por contrata diferente "el movimiento de tierras en la futura vía que afecta a [la] parcela", con desprendimientos desde el talud sobre la parcela (199), incidente que se resuelve por la Administración con la expeditiva fórmula de que sean ambas empresas las que solucionen el problema "por las vías que se consideren oportunas" (198).

El 3 de marzo de 2000, la contrata solicita la suspensión temporal parcial de las obras a fin de que se tramite un proyecto modificado que ampare unidades de obra no contempladas en el proyecto y se reajuste el plazo de ejecución (192), pues tal situación ha provocado el retraso de la obra y ocasionado perjuicios económicos ocasionados por el incremento de los costes indirectos. El 25 de mayo se reitera la petición, con fijación de fecha de fin de obra el 31 de diciembre de 2000 (189). Petición que se responde diciendo que la misma debe contar con la conformidad de la Dirección facultativa. La Dirección de obra se limita a constatar el retraso de las obras el 6 de abril de 2000 (190) y el 7 de junio de 2000 (188). Dirección que no atendió la petición de informe del mencionado modificado cursada el 13 de marzo de 2000, reiterada el 16 de junio (187) y atendida el 29 de junio de 2000 (181) a propuesta de la Dirección de obra. El 29 de junio de 2000 se autoriza por el órgano de contratación la continuación de las obras al amparo del régimen especial de modificación del contrato previsto en el art. 146.4 LCAP-2000 (180) con una nueva fijación de plazo de ejecución que finalizaría el 31 de diciembre de 2000 (178).

C) El 28 de julio de 2000, la contrata plantea que los edificios I, primer módulo, y II se ven afectados por numerosas unidades nuevas no contempladas en el proyecto, circunstancias que han producido retrasos en la ejecución. La ejecución de los módulos II y III del edificio I se encuentra paralizada por las razones que justificaron que en su día se presentara la propuesta de primer proyecto modificado (174). El 4 de agosto y 11 de septiembre (171 y 173) contrata y Dirección facultativa pactan determinados precios contradictorios, la forma de fijar otros; y la contrata reitera que hay unidades no contempladas en el proyecto. El 23 de febrero de 2001 -más de 6 meses después de que la contrata planteara su propuesta- se emite informe negativo de supervisión

respecto del segundo modificado por contener unidades ya contempladas, otras sin costo, otras estar ya incluidas en el primer modificado, y porque el modificado no puede servir para amparar los excesos de medición; proponiéndose también que "se compruebe y comparen las mediciones reales con las del proyecto" (149). A la Dirección facultativa se le pide informe el 6 de marzo y 8 de mayo de 2001 (144).

El 13 de octubre de 2000, se aprueba técnicamente el primer proyecto modificado por un importe de 19.760.589 pts. y una ampliación de plazo de 65 días (169); acordando el Gobierno, previa avocación de la competencia, el abono de ese importe a la contrata (155).

Tras un primer informe en el que se cuestionaba la demora de dos años en tramitar un reformado que afectaba a la cimentación (166), la letrada departamental emite un segundo en el que apunta defectos de redacción del proyecto, de lo que se sigue la depuración de responsabilidades, máxime cuando la causa modificativa no es excepcional sino que "viene repitiéndose como justificativa de un elevado porcentaje de las modificaciones que se tramitan" (161).

D) El 26 de octubre de 2000, la contrata interesa una nueva prórroga hasta el 30 de junio de 2001, que se concede. El 27 de abril de 2001 -6 meses después- la contrata solicita la suspensión temporal total de las obras hasta tanto no se apruebe el segundo modificado (146); petición que reitera el 27 de junio (141), rechazándose la petición el 3 de julio (137) pues el arquitecto no ha hecho entrega aún del segundo proyecto modificado.

Se acuerda nueva prórroga el 28 de junio (138) por causas que se dicen no imputables a la contrata (139) hasta el 28 de diciembre de 2001.

La contrata el 23 de julio de 2001 plantea la suspensión temporal total de los trabajos hasta tanto no se apruebe el segundo modificado, máxime -dice la empresa- cuando el plazo de ejecución venció el 30 de junio, sin que exista constancia en el expediente de que la empresa tuviera conocimiento de la concesión de una nueva prórroga un mes antes.

E) El 11 de septiembre de 2001, la contrata presenta reclamación de daños y perjuicios, directos e indirectos, -evaluados en 98.008.475 pts.- producidos por el hecho de no reconocer la Administración la situación de paralización material

de las obras, lo que implica una suspensión tácita, al amparo del art. 103.2 LCAP, reiterado por el art. 102 LCAP-2000. Además, en los sucesivos escritos de suspensión temporal de la ejecución la contrata interesaba, al amparo de la cláusula 62 PCAG, el abono de determinadas modificaciones sin esperar a la liquidación provisional de las obras, lo que, si fuera el caso, haría que el contrato estuviese en causa objetiva de resolución contractual (arts. 111.f) y 99.6 LCAP-2000).

El 26 de octubre de 2001, la contrata vuelve a plantear la suspensión temporal total de las obras por causa que imputa a la no aprobación del segundo proyecto modificado (120); y nuevamente el 5 de diciembre (118).

El 15 de abril de 2002 -más de 1 año desde que se le solicitó por primera vez el pertinente informe (y cuatro meses después del plazo de terminación de la obra)-, la Dirección facultativa informa favorablemente de forma sucinta (116) un segundo modificado "para incorporar partidas que no estaban previstas en el proyecto inicial", por un importe de 19.747.446 pts. La contrata, el 26 de abril de 2002, pide información complementaria para prestar conformidad y manifiesta que siguen habiendo unidades no recogidas en la propuesta y que existen incrementos de medición que deben ser abonados en los términos ya expresados de la cláusula 62 PCAG.

La Dirección facultativa responde diciendo que la información se remitió a la contrata el 25 de febrero; y que las nuevas unidades están en el segundo reformado (112). Informa asimismo el 15 de mayo de 2002 que la obra está parada desde noviembre de 2001 (111).

F) El 9 de abril de 2003 -casi un año después- se plantea la cuestión de la viabilidad del contrato (105), solicitándose informe de la Asesoría departamental, que se emite el 10 de abril (102). El informe duda de que el contratista haya incumplido; constata la falta de diligencia de la Administración; la tolerancia administrativa de las paralizaciones de hecho; la ausencia de penalidades y de incidente resolutorio; la suspensión tácita del contrato; la necesidad de aprobar ese segundo proyecto modificado; así como la continuación del procedimiento de responsabilidad por daños iniciado por el contratista.

La inacción administrativa motivó que fuera la contrata la que instara la resolución del contrato (95), de la que se pide informe el 2 de octubre de 2003 a la Dirección facultativa (94) y a la Letrada departamental (86) el 10 de noviembre. Las actuaciones administrativas consistieron en la petición el 28 de

julio de 2003 a la Dirección facultativa del segundo modificado, que no se entregó nunca; y la petición a la contrata el 30 de octubre (93) de la valoración de los daños alegados, que se responde por la empresa el 12 de noviembre (72 y 87).

El informe emitido por la letrada de 13 de noviembre (82) es sin duda crítico con la gestión administrativa desempeñada en el referido expediente contractual, no obstante lo cual la respuesta administrativa es, 4 meses más tarde (75), proponer la resolución contractual por culpa de contratista, cuyo procedimiento se inicia el 17 de marzo de 2003 y cuya Propuesta es la que se somete a la consideración de este Consejo.

III

El relato fáctico reseñado es indicativo por sí solo de la inadecuación jurídica de la Propuesta de Resolución sometida a la consideración de este Consejo (Sección 1ª). No ya porque, como se ha dicho, antes fue en el tiempo la propuesta resolutoria planteada por la contrata, sino porque en ningún momento la Administración se pronunció sobre la situación de suspensión material de las obras que puede considerarse producida de forma tácita; y si fuera el caso, los efectos de tal suspensión están previstos en la Ley.

Consta la imprevisión del proyecto y la inidoneidad de los terrenos donde se iba a ejecutar la obra, lo que dio lugar a un retraso inicial de dos meses; las paralizaciones de obra fueron motivadas por la necesidad de tramitar sendos reformados, entre otras razones, el primero de los cuales acreditó justamente la deficiencia del proyecto inicial.

La tramitación del segundo se dilató en el tiempo en grado sumo; fue objetado por la Dirección facultativa pero la contradicción no fue seguida del pertinente acto expresión de las potestades administrativas de interpretación del contrato, sino que se dejó la obra en situación fáctica de suspensión. Consta la perceptible falta de diligencia de la Dirección facultativa, así como la del órgano de contratación que en ningún momento instó la imposición de penalidades, ni la resolución del contrato. Las prórrogas solicitadas por la contrata fueron siempre concedidas al acreditarse la ausencia de culpa de la contrata.

Se hace necesario, pues, para el adecuado conocimiento de lo acontecido, comprobar si en el expediente consta la notificación de los actos que fueron notificados a la contrata, así como la existencia misma del Libro de órdenes y de las comunicaciones internas con la Dirección facultativa. En igual sentido, debe averiguarse si las unidades del segundo reformado se encontraban parcialmente contempladas en el primer reformado como dice la Dirección o no existían, como dice la contrata. Debe efectuarse informe minucioso sobre las unidades del proyecto original; las del primer modificado; las realizadas fuera de proyecto con y sin autorización de la Dirección facultativa. Y, finalmente, si las certificaciones de obra abonadas se corresponden o no con tales circunstancias y las relaciones valoradas correspondientes.

Por una y otras razones, la Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer las actuaciones al objeto de que este Consejo cuente con los elementos de juicio indispensables que permitan formular un pronunciamiento sobre el fondo del asunto examinado.

Con todo, hemos de recordar que es doctrina reiterada de este Consejo que el incumplimiento de los plazos no puede ser imputable al contratista cuando esta circunstancia tiene lugar por la intervención de terceros o por la propia falta de diligencia de la Administración.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Acuerdo no es conforme a Derecho, debiéndose retrotraer las actuaciones a fin de que se complete el expediente en los términos expuestos en el Fundamento III y de este modo se cuente con los presupuestos necesarios para la formulación de un pronunciamiento sobre el fondo.