



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 141/2004

(Sección 2ª)

La Laguna, a 17 de septiembre de 2004.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de El Hierro en relación con la *resolución del contrato Pabellón Polideportivo Frontera (Cubierta y Estructura Espacial) con la empresa M., S.A. (EXP. 142/2004 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de El Hierro solicita Dictamen sobre la propuesta de resolución formulada en el procedimiento dirigido a resolver el contrato para la construcción de la cubierta y estructura espacial del pabellón polideportivo de Frontera, procedimiento en el cual la empresa contratista se ha opuesto a la resolución del contrato.

2. La legitimación del Excmo. Sr. Presidente del Cabildo para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo resultan de los arts. 11.1:D. c.) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo en relación el primer precepto con el art. 59.3:a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

3. Con fundamento en el art. 22.2 de la Ley del Consejo consultivo se solicitó que se completara el expediente con la siguiente documentación:

El expediente de contratación de la obra "cubierta y estructura espacial" del Pabellón Polideportivo en Frontera, aprobado por la Resolución de la Presidencia del Cabildo nº 2818, de 25 de octubre de 2001.

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

El contrato de 22 de febrero de 2002 que se pretende resolver, con sus pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas particulares, así como el acta de comprobación de replanteo de 21 de marzo de 2002.

El expediente de modificación del citado contrato, aprobado por la Resolución 1.039, de 3 de mayo de 2002, de la Presidencia del Cabildo, incluyendo el informe del arquitecto técnico de 29 de abril de 2002, y el escrito de 13 de junio de 2002 (registro de salida nº 3058) de la Presidencia del Cabildo al arquitecto Director Facultativo de la obra, solicitándole informe sobre la modificación aprobada por la antedicha Resolución de la Presidencia, y tal informe.

Las Órdenes dictadas por el arquitecto Director de la obra a lo largo de la ejecución de ésta.

Las certificaciones de obra para pagos parciales.

Los escritos de la contratista de solicitud de prórroga del plazo de ejecución de la obra, los informes del arquitecto Director de la obra sobre dichas solicitudes de prórroga y las correspondientes Resoluciones de la Presidencia del Cabildo nº 2422, de 11 de octubre de 2002; nº 81, de 22 de enero de 2003; nº 680, de 13 de marzo de 2003; y nº 1465, de 27 de mayo de 2003.

El contrato de consultoría y asistencia, con sus correspondientes pliegos, para la elaboración del proyecto y la dirección de la ejecución de la obra entre el Excmo. Cabildo Insular de El Hierro y los respectivos facultativos.

4. El 13 de septiembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de esta institución un oficio de la Presidencia del Excmo. Cabildo Insular de El Hierro que expresaba que se remitía la documentación requerida, salvo las órdenes dictadas por el arquitecto director de la obra debido a que no había constancia escrita de las mismas. Entre los documentos que acompañaban este escrito no figuraban los siguientes que se habían solicitado para completarlo:

El expediente de contratación.

El pliego de prescripciones técnicas particulares.

Las Resoluciones nº 81, de 22 de enero de 2003; y nº 680, de 13 de marzo de 2003 que prorrogaron el plazo de ejecución ni los correspondientes escritos de

solicitudes de prórrogas ni los informes de la Dirección facultativa sobre las justificaciones de éstas.

Los contratos de consultoría y asistencia con sus respectivos pliegos para la elaboración del proyecto y la dirección de la obra.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos formales que obsten un Dictamen sobre el fondo.

II

1. El contrato que se pretende resolver fue adjudicado a la contratista el 31 de enero de 2002, y su objeto era la construcción de la cubierta y la estructura espacial de un polideportivo en el plazo de cinco meses por el precio de setecientos cuarenta y cinco mil seiscientos sesenta y seis euros con noventa y seis céntimos (745.666,96 €).

El contrato se formalizó el 22 de febrero de 2002 y el acta de comprobación del replanteo se levantó el 21 de marzo de 2002 sin objeciones ni reservas de la contratista, por lo que el día 21 de agosto del 2002 quedó fijado como término del plazo contractual (arts. 95.1 y 142 LCAP).

2. La Presidencia del Cabildo el 3 de mayo de 2002 dictó el Decreto nº 1039/02 cuyos antecedentes citan un escrito de 25 de abril de 2002 por el que la contratista propone que la obra se realice por el sistema 3Dé en vez de por el sistema PALC3 del proyecto.

Justifica esta propuesta en dos razones: La primera, que la obra se ejecutaría en un plazo de tres meses y medio. La segunda consistente en que "El programa de cálculo utilizado por 3Dé (Power Frame) es líder en el mercado. Aun con ello la estructura del sistema 3Dé está calculada con una sobrecarga de 20 Kg/m². por encima de Norma". El Decreto continúa transcribiendo el informe del arquitecto técnico que, como director de la ejecución de la obra, formaba parte de su Dirección facultativa, el cual cifra en once días el acortamiento del plazo de ejecución y expresa que "(...) los cálculos técnicos del proyecto no han sido variados. Que cualquier sistema de estructura espacial que se coloque se tiene que ajustar y soportar para lo que se solicita y fue proyectada. Que el sistema 3Dé es válido para la estructura espacial solicitada".

Con posterioridad a este Decreto 1039/02, de 3 de mayo de 2002, la Presidencia del Cabildo remite un oficio de fecha 13 de junio de 2002, junto con el citado informe del Arquitecto técnico, al Director Facultativo de la obra a fin de que emitiera informe de conformidad sobre la solicitud de la contratista de realizar algunos cambios en el sistema de la estructura espacial. En el expediente no consta el informe solicitado.

3. El 11 de octubre de 2002, vencido el plazo contractual, la Presidencia del Cabildo dicta el Decreto 2422/02, cuyos antecedentes citan un escrito, de 9 de octubre de 2002, por el que la contratista solicita que se amplíe el plazo de ejecución hasta el 15 de diciembre de 2002 debido a los retrasos en el transporte de los materiales y un informe, también de 9 de octubre de 2002, del Director de la obra que no se opone a la concesión de la prórroga "al considerar correctas las causas expuestas". La parte dispositiva, con base en ese informe técnico, amplía el plazo de ejecución hasta el 15 de diciembre de 2002.

4. El escrito de alegaciones del contratista menciona la Resolución nº 81, de 22 de enero de 2003, de la Presidencia del Cabildo por la que se le concedió una prórroga del plazo de ejecución hasta el 28 de febrero de 2003, justificada en retrasos en el suministro de materiales. Esta Resolución no obra en el expediente no obstante haber solicitado el Consejo Consultivo que se incorporará a él.

5. El escrito de alegaciones del contratista refiere que el 13 de marzo de 2003 solicitó nueva prórroga hasta el 25 de mayo de 2003 "(...) debido a detección de patologías en estructura metálica" (sic) garantizando que una vez solucionadas quedará en perfectas condiciones la estructura; que el Director facultativo informó favorablemente en esa misma fecha la solicitud de prórroga y que en ese mismo día 13 de marzo de 2003 la Presidencia del Cabildo dictó el Decreto nº 680 alargando el plazo de ejecución hasta el 25 de mayo de 2003.

El Dictamen pericial de enero de 2004 de los doctores arquitectos señores G.F. y P.L. en sus antecedentes se refieren a esa solicitud, correspondiente informe y Decreto de 13 de marzo de 2003. Ninguno de los tres documentos obra en el expediente, no obstante la solicitud del Consejo Consultivo para que se completara con ellos.

6. El 27 de mayo de 2003 la Presidencia del Cabildo dictó el Decreto nº 1465/03 en cuyos antecedentes cita un escrito de ese mismo 27 de mayo de 2003 de la

contratista por el que solicita nueva prórroga hasta el 25 de agosto de 2003 debido a la detección de patologías (sic) en la estructura metálica, garantizando que después de las operaciones de corrección quedará en perfectas condiciones. Transcribe asimismo un informe, también de 27 de mayo de 2003, del Director facultativo favorable a la concesión de la prórroga en el que se advierte que una vez terminada la estructura espacial será necesario someterla a ensayos dadas las vicisitudes por las que ha pasado su ejecución. Con base en estos antecedentes por este Decreto se resuelve prorrogar el plazo hasta el 25 de agosto de 2003.

7. La primera certificación de obra corresponde al mes de julio de 2002 y su importe asciende a 140.062,09 euros. La segunda al mes de noviembre de 2002 por un importe de 226.555,66 euros. La tercera al mes de diciembre de 2002 por un importe de 113.500,29 euros. La cuarta y última al mes de enero de 2003 por un importe de 1.828,83 euros. Esta última expresa que se habían ejecutado los 4.537 m². de la unidad de estructura espacial (véase folio 355 del expediente).

8. El 21 de noviembre de 2003 la estructura de la cubierta, terminada desde enero de 2003, que se estaba recubriendo con paneles, se derrumbó completamente.

9. La Presidencia del Cabildo dictó el 27 de noviembre de 2003 la resolución nº 3468/03 por la que acordó la suspensión de las obras y abrir una investigación sobre las causas del derrumbe de la estructura.

10. El 29 de abril de 2004 la Presidencia del Cabildo dictó la Resolución nº 1243 por la que acordó, entre otros extremos, iniciar el procedimiento de resolución del contrato por negligencia en la ejecución de la obra e incumplimiento del plazo; e iniciar expediente de determinación de daños y perjuicios que deberá indemnizar el contratista por incumplimiento culpable.

11. En trámite de audiencia la contratista se opone a la resolución alegando en sustancia que:

El contrato en el momento del derrumbe de la estructura estaba tácitamente prorrogado.

La causa del derrumbe de la estructura radica en que no se diseñaran sus pilaretes para que se empotraran con el pilar de hormigón.

La contratista no es responsable de ese derrumbe porque este se ha producido por vicios del proyecto y por la ausencia de ejercicio de los poderes de supervisión y corrección en la ejecución de la obra por parte de la Dirección facultativa, agente de la Administración.

12. La propuesta de resolución, tras relatar los antecedentes y citar como fundamentos jurídicos los arts. pertinentes de la LCAP, se dirige a resolver el contrato por negligencia en la ejecución de la obra e incumplimiento del plazo de ejecución.

III

1. Hay que señalar, en primer lugar, que la propuesta de resolución no está correctamente motivada, puesto que no realiza en absoluto la subsunción de los hechos acreditativos en los pertinentes preceptos jurídicos, sino que se remite a los informes jurídicos y periciales que forman parte del expediente, pero sin incorporarlos a la propia propuesta de resolución.

2. La contratista solicita en su escrito de alegaciones la práctica de unas pruebas conducentes a fundar una interpretación acerca de las causas de la crisis estructural y posterior derrumbe, y por tanto previas a la determinación de los responsables de su producción. La propuesta de resolución no manifiesta decisión alguna del instructor contraria a su aceptación, por lo que procede tal pronunciamiento, y eventualmente la práctica de las solicitadas que no resulten improcedentes o innecesarias (80.3 LRJAPPAC).

IV

1. En cuanto al incumplimiento del plazo de ejecución, la última prórroga concedida situó su término en el 25 de agosto de 2003. Vencido este plazo la obra estaba sin terminar; este incumplimiento del plazo es imputable al contratista

La cláusula 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas Públicas (PCAP) del contrato, en línea con el art. 95 LCAP, dispone que la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración y que cuando el contratista hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total por causas imputables al mismo la Administración puede optar por la resolución del contrato.

Por otro lado, el contratista no ha solicitado conforme a la cláusula 26 PCAP, 96.2 LCAP y art. 140 del Reglamento General de Contratación, RCE (aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre), prórroga del plazo de ejecución alegando que el retraso no le es imputable. En estas condiciones no cabe invocar la concesión de prórroga tácita, por lo que la Administración puede optar sin más a la resolución del contrato una vez vencido el plazo cuyo término estaba fijado en el 25 de agosto de 2003. Figura por lo demás que la legislación vigente ya no admite (art. 67.1 LCAP), sobre la base del carácter esencial de los plazos en la contratación administrativa, cuyo mero transcurso determina la resolución del contrato (o la imposición de las penalidades correspondientes en su caso), a no ser que se pida y efectivamente concurra causa legal para acordar la prórroga expresa del contrato.

2. En cuanto al motivo de negligencia en la ejecución de la obra, debe analizarse la eventual existencia de la misma tanto por incumplimiento de las condiciones generales del contrato como motivo para acordar su resolución, cuanto atendiendo a su posible relación con la producción del derrumbe, y de los daños consiguientes a la Administración.

La ausencia de órdenes escritas del Director de la Obra, pero ni siquiera la posterior formalización de las verbales como exige el art. 143.1 LCAP, impiden saber si la contratista se apartó de los criterios directivos que en la ejecución de la obra y en el desarrollo del proyecto corresponde impartir a aquél. Tampoco consta advertencia alguna de la dirección facultativa ante posibles malas prácticas constructivas de la contratista; por el contrario, el Director de la Obra certificó la correcta ejecución de todo el montaje de la estructura, lo que supuso la aceptación para su pago a cuenta de un volumen correspondiente al 65% del presupuesto total de la obra contratada (véase certificaciones de obra números 1 a 4). No está probado en el expediente, pues, negligencia alguna de la contratista en la ejecución del contrato, que pudiera constituirse en una causa más de resolución del mismo por incumplimiento de sus obligaciones.

El Informe G.-P.L., encargado por el Cabildo para conocer las causas del siniestro, centra sus conclusiones en las deficiencias del sistema 3Dé empleado, por su falta de rigidez, insuficiente para evitar la deformación, y en definitiva para soportar la carga de la cubierta, e incluso su propio peso. Las observaciones de tal Informe a la malla empleada en sustitución de la inicialmente proyectada, apuntan a

“errores de concepción”, “el diseño del arranque de la malla metálica es incorrecto”, “adolecen de forma generalizada de sección y de grosor sus barras (...)”, “(...) posee un entramado tubular de menor robustez”, “la malla construida presenta una resolución de apoyo compuesto por una diversidad de elementos, frente a la mayor simplicidad del apoyo proyectado, que demandan una apreciable intervención en soldaduras”; todas estas deficiencias de concepción y diseño resultan imputables al proyecto y cálculo del sistema 3Dé adoptado en sustitución del inicialmente proyectado, y a lo más a su inadecuación para aplicarlo en este edificio. Según el Informe G.-P.L. la estructura se derrumbó porque el sistema 3Dé adolecía de fallos en su cálculo y proyecto para ser aplicado a esta obra, y no -al menos, no principalmente- por fallos en su ejecución.

El Decreto nº 1039/02 por el que se aceptó el sistema de ejecución de la estructura espacial propuesto por la contratista supuso un cambio en el proyecto original. Aunque este Consejo Consultivo no ha podido consultar las prescripciones técnicas particulares, por no haberse atendido su expresa solicitud, y por tanto resulte imposible valorar la adecuación a las mismas del sistema 3Dé, sin embargo se cuenta con el informe favorable del Director Adjunto a la Dirección de Obra, y con la implícita conformidad del Director de la Obra, que aunque se enteró del cambio con posterioridad a la sustitución, parece ser que prestó su conformidad posteriormente (no consta en la documentación recibida, pero sí por referencia de otros documentos), y en todo caso suscribió su buena ejecución en cuatro certificaciones parciales con expresas referencias a la aplicación del sistema 3Dé. La contratista sugirió el cambio de sistema, pero fue la dirección adjunta de obra quien a los pocos días de recibido el escrito de la empresa lo recomienda al Cabildo, y también en pocos días el Presidente de la Corporación, sin esperar siquiera la conformidad del Director de Obra, adopta la decisión del cambio, sin que conste que se haya seguido el procedimiento establecido en los números 3 y 4 del art. 146 LCAP. De constituir ésta una práctica negligente, no resulta en absoluto imputable a la contratista.

Ya resulte calificable el sistema 3Dé y sus cálculos estructurales de un proyecto parcial o de “documentos técnicos sobre tecnologías específicas o instalaciones del edificio”, debió garantizarse su coordinación con el proyecto principal (art. 4.2. LOE); y corresponde al Director de Obra en exclusiva “elaborar, a requerimiento del promotor o con su conformidad, eventuales modificaciones del proyecto, que vengan exigidas por la marcha de la obra siempre que las mismas se adapten a las disposiciones normativas contempladas y observadas en la redacción del proyecto”

(12.3.d. LOE). No resulta por todo ello legalmente imputable a la contratista la responsabilidad derivada de haber asumido un sistema de estructura diferente al inicialmente proyectado.

El Informe G.-P.L., no obstante, imputa a la contratista malas prácticas constructivas en la ejecución de algunas soldaduras, y de alguna otra unidad de operación edificatoria, y afirma que ello "coadyuvó" a la producción del derrumbe. Si así fue la contratista también es responsable de éste, y ha de ponderarse la proporción en que su participación en la producción del siniestro (evidentemente secundaria respecto de la de los responsables del Proyecto) le hace también solidariamente responsable. Pero, en cambio, no es de recibo imputarle su fracaso en evitar los fallos de concepción y de diseño de la estructura 3Dé para hacerle solidariamente responsable con quienes la proyectaron o autorizaron técnicamente su implantación. Si la mala ejecución de las soldaduras por la contratista agravó los fallos de proyecto de la estructura 3Dé, aquélla también es responsable de la crisis estructural; pero si la práctica de las soldaduras simplemente no fue capaz de erradicar o neutralizar los defectos de aquel sistema, la contratista no participó en la causación del derrumbe.

3. El contrato tenía por objeto dos unidades de obra: la estructura espacial con una extensión de 4.537 m². (véase el capítulo 4 del presupuesto de la obra en el folio 355 del expediente) y la cubierta o recubrimiento de esa estructura espacial mediante paneles con sus correspondientes remates y canalizaciones. Según la última certificación de obra, la nº 4, la primera unidad de obra estaba ejecutada en su totalidad el 6 de febrero de 2003. Sin embargo, no se pasó a la realización de la segunda unidad de obra, el recubrimiento de la estructura espacial, sino que la contratista solicitó dos prórrogas del contrato para subsanar las "patologías" (rectius, deficiencias) que presentaba la estructura, garantizando que una vez corregidas quedaría en perfectas condiciones.

4. El apartado 5 de la propuesta de resolución determina la cantidad de 1.059.419 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios conforme a la valoración pericial que figura en el expediente. Al respecto, debemos señalar en primer lugar que la correcta motivación de esta decisión, en lo que se refiere a la cuantía de la indemnización, exige que la valoración pericial se recoja en la fundamentación de la resolución.

En segundo lugar, es patente que tanto el Director de la obra como el Director de la ejecución de la obra han infringido las obligaciones que les imponen, respectivamente, los arts. 12.3 c) y d) y 13.2 b) y c) LOE; pues consintieron la modificación del proyecto, y no advirtieron a la Administración y a la contratista que la obra que se estaba ejecutando no podía sostenerse sobre la estructura ya construida, y que los remedios del contratista para subsanar tal deficiencia se ejecutaron negligentemente y, en consecuencia, debieron dictar las instrucciones precisas para la corrección de tales defectos.

La causa principal del derrumbe, a la vista de los informes técnicos que obran en el expediente, resulta ser la incapacidad del sistema 3Dé, por su falta de rigidez y escasa solidez; la contratista sugirió a la Administración su adopción, pero la responsabilidad por validarla técnicamente y por decidir implantarla no podía corresponderle, por lo que ninguna responsabilidad tendrá en el desastre que la propia incapacidad de tal estructura llegó a producir. Sí puede considerarse a la contratista partícipe en la producción del derrumbe por las malas prácticas detectadas en el montaje de la misma (soldaduras, etc), si bien su responsabilidad y obligación de indemnizar por el daño deba ponderarse adecuadamente.

5. Por imperativo de los arts. 20, c) y 21 LCAP en relación con los arts. 12.2 y arts. 18 y 19 RCAP, el acto que disponga la resolución contractual debe acordar también la iniciación del procedimiento para declarar la prohibición de contratar, procedimiento cuya resolución corresponderá a la propia Administración contratante y que deberá ser comunicado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

CONCLUSIONES

1ª. La propuesta de resolución, para estar correctamente motivada, debe referirse en su fundamentación a los informes jurídicos y periciales que obran en el expediente, a los que meramente se remite; y previamente a su adopción habrá de permitirse la práctica de las pruebas solicitadas y que no resulten manifiestamente improcedentes o innecesarias.

2ª. Es conforme a Derecho la resolución contractual por la demora en el cumplimiento de los plazos de ejecución de la obra por parte de la contratista.

3ª. La contratista participa solidariamente con quienes validaron técnicamente y autorizaron el cambio en el sistema de la estructura, por sus malas prácticas en la ejecución, que agravaron los fallos de proyecto de aquella. La resolución deberá ponderar la participación de la contratista en la producción del daño causado con el derrumbe, a los efectos de fijar la proporción en la que deba participar en la indemnización a la Administración junto a los demás responsables solidarios.

4ª. La propuesta de resolución debe contemplar la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar.