



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 180/2004

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de noviembre de 2004.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Infraestructuras, Transportes y Vivienda en relación con la *resolución del contrato administrativo de obras para la construcción de 50 Viviendas de Protección Oficial, de promoción pública, en Loma de Pino Seco, Parcela B-2, término municipal de Mogán, Isla de Gran Canaria (EXP. 181/2004 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 26 de agosto de 2004, el Excmo. Sr. Consejero de Infraestructuras, Transportes y Vivienda ha interesado, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 12.1 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, preceptivo dictamen, por el procedimiento ordinario, respecto de la Propuesta de Resolución del contrato de obras referenciado en el encabezado, que se fundamenta en la paralización de la obras que ha dado lugar a la "demora en el cumplimiento del plazo de ejecución" concurriendo así el supuesto resolutorio previsto en el art. 111.e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio [LCAP-2000].

Suspendido el procedimiento a fin de que por la Administración se remitiera documentación complementaria, recibida ésta, se procede a analizar el expediente y la consecuente adecuación a Derecho de la propuesta resolutoria formulada.

2. Según el art. 59.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP-2000), al órgano de contratación le corresponde acordar la resolución de los contratos. La Ley territorial 2/2003, de 30 de enero, de

* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

Vivienda de Canarias (LVC), que entró en vigor el 10 de marzo de 2003, define al Consejo de Dirección del Instituto Canario de la Vivienda como su órgano de contratación y al Presidente del Instituto, que es el Consejero competente en materia de vivienda y miembro de dicho Consejo, como el representante del Instituto (Ver arts. 12.2, 13.4 y 14 LVC y arts. 7.1, 8.2.f) del Decreto 2/2004, de 27 de enero, que aprueba las Normas Provisionales de Organización y Funcionamiento del Instituto Canario de la Vivienda, NOFICV). Los arts. 21.2 LVC y 28 NOFICV señalan que el Instituto Canario de la Vivienda, ICV, está sometido a la legislación de contratos de las administraciones públicas.

La Disposición Transitoria IVª.1 del Decreto 2/2004, de 27 de enero, subroga al ICV en los derechos y obligaciones de la extinta Dirección General de la Vivienda.

De la Disposición Transitoria Iª LVC en relación con el art. 2.3 del Código Civil resulta que la LVC no tiene eficacia retroactiva. Por esta razón la Disposición Transitoria Vª del Decreto 2/2004, de 27 de enero, establece que los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de la LVC, cualquiera que fuere su ámbito material, se continuarán tramitando y resolviendo conforme a la legislación vigente en el momento de su iniciación por el órgano de la Administración Pública que estuviera ejerciendo la competencia.

El contrato que se pretende resolver se adjudicó el 12 de noviembre de 2001, por el titular de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Agua, ahora Consejería de Infraestructuras, Transportes y Vivienda. Éste es el órgano de contratación que conforme al art. 59.1 LCAP-2000 en relación con el art. 21.2 LVC y con la D.T. Vª del Decreto 2/2004, de 27 de enero, es el competente para acordar la resolución del contrato. Por esta razón, la resolución final de este procedimiento debe ser dictada por el titular del Departamento en su calidad de tal, no como Presidente del ICV al amparo de la delegación de la competencia para actuar como órgano de contratación que acordó el Consejo de Dirección del ICV el 5 de abril de 2004 (B.O.C. nº 89 de 10 de mayo de 2004). Por la misma razón los tres primeros fundamentos de Derecho de la propuesta de resolución deben modificarse en el mismo sentido y el pie de recurso de la propuesta de resolución debe señalar que el potestativo recurso de reposición se ha de interponer ante dicho titular de la referida Consejería.

En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos formales que obstan un Dictamen de fondo.

3. La Propuesta de Resolución no sólo acuerda la resolución del contrato, también ordena la incautación de la garantía definitiva; la incoación de expediente

administrativo de valoración de los daños y perjuicios sufridos por la Administración contratante; y desestima "la solicitud de resolución del citado contrato administrativo de obras por causa imputable a la Administración presentada" [por la contrata] el 28 -aunque la Propuesta por error dice 18- de marzo de 2004".

Ha de señalarse en este punto que aunque la Orden de apertura del procedimiento resolutorio es de 17 de marzo de 2004, la misma fue notificada a la contrata por el Servicio de Correos el 2 de abril, es decir, después de que la contrata hubiera instado -el 26 de marzo- la resolución del contrato por causa imputable a la Administración. Cuando la Administración cursó tal cédula ante Correos -1 de abril de 2004- ya conocía la pretensión resolutoria de la contrata. Es decir, la pretensión resolutoria de la contrata fue primera en el tiempo -dados los efectos que la Ley anuda a la notificación de los actos, art. 57.2 LRJAP-PAC-, lo que obligaría a su prioritaria consideración, antes, por ello, que la pretensión resolutoria instada por la Administración. No obstante el contratista, en el pliego de alegaciones solicita acumulación de procedimientos.

En la medida que las razones aducidas por ambas partes son interdependientes, se debería haber dado respuesta a todas las cuestiones planteadas con carácter previo al expediente de resolución contractual que se tramita. Es obligado, por lo tanto, efectuar un sintético relato de los hechos.

II

1. La obra, por un importe de ejecución de 2.786.892,21 euros, fue adjudicada el 12 de noviembre de 2001; el contrato fue suscrito el 20 de noviembre de 2001 por un plazo de ejecución de 24 meses; el Acta de comprobación del replanteo, suscrita sin reservas por el contratista, se redacta el 4 de diciembre de 2001, por lo que la fecha de terminación de las obras queda fijada el 5 de diciembre de 2003; prorrogado el plazo de ejecución con fecha 11 de septiembre de 2002, queda fijada la terminación de las obras el 30 de junio de 2004.

En julio de 2003 la Dirección técnica facultativa procedió a la "liquidación final de las obras tal y como se encontraban en el momento de la elaboración dicha liquidación"; liquidación no de un modificado de obras nuevas, sino de aquellas unidades que hubieran tenido un "incremento positivo o negativo". Esta liquidación afecta a exceso de unidades en forjadas, electricidad, pilares, hormigón de limpieza e impermeabilización de cimientos.

El Libro de Órdenes refleja incidencias varias, sin que podamos acreditar qué órdenes se mueven dentro de las unidades objeto del contrato y cuáles no, si bien se acredita en la documentación complementaria remitida. Sí hay constancia el 4 de abril ("se recuerda a la empresa que no va a cumplir en el plazo de entrega de la misma"), el 27 de abril ("no hay personal"), 26 de mayo ("una posible liquidación de la obra") y 11 de junio ("la obra se encuentra parada") de 2003.

El 26 de junio de 2003, la contrata solicita la instrucción de un modificado que ampare las unidades de obras ejecutadas y no proyectadas, según consta en el Libro de Órdenes, con advertencia de suspensión.

El 18 de julio de 2003, la contrata solicita el abono de las certificaciones correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de 2003 (que aun siendo de importe 0 euros, debieran haberse redactado).

El 19 de noviembre de 2003, se gira visita a las obras, confirmando su paralización, que data desde el 30 de junio de 2003. Se acredita que el valor de la obra ejecutada es inferior a la certificada, por lo que la contrata debe a la Administración 150.569, 22 €; lo que afecta a diversas unidades que identifica; proponiéndose no la suspensión o resolución, sino su reanudación.

El 17 de marzo de 2004 se dicta Orden Departamental incoando expediente de resolución por culpa del contratista, al que se le notifica, según se ha dicho, el 2 de abril.

El 26 de marzo de 2004, la contrata insta la resolución contractual, dada la ausencia de respuesta por la Administración a anteriores escritos; y que fundamenta en el no abono de los modificados ejecutados fuera de proyecto, concepto que más los daños producidos ampara la petición de una indemnización de 252.568, 33 €. Todo lo cual, dice, ha llevado a la paralización de las obras. Se reclama, además, el abono de una certificación -la de marzo de 2003- que se encontraba endosada a una entidad bancaria "con la toma de razón hecha al amparo del art. 100 de la Ley de Contratos" y que sin embargo se remitió a la Seguridad Social en ejecución de embargo aunque el crédito estaba legalmente cedido.

El 6 de abril de 2004, A.A.F., arquitecto técnico que fue de la contrata, efectúa comparecencia notarial en la que declara que todas las órdenes dadas a la contrata en el Libro de Órdenes fueron ejecutadas, sin que la Administración tramitara las certificaciones correspondientes a los modificados ordenados.

Con fecha 12 de abril de 2004, la contrata realiza alegaciones en el contexto del procedimiento resolutorio instado por la Administración; es decir, que se encuentran pendientes de abono las certificaciones de abril, mayo y junio de 2003; que se habían ejecutado diferentes unidades de obra, firmadas en el Libro de Órdenes por la Dirección Facultativa, que no figuraban en el proyecto de ejecución"; que la Dirección facultativa le había prometido verbalmente que "se iban a producir nuevos cambios en las unidades de obra" y que "pese a las manifestaciones verbales (...) no se habían tramitado dichos modificados originando graves perjuicios económicos" derivados de la financiación bancaria de esos modificados adelantados.

2. Dicho esto, la ejecución del contrato vencía el 5 de diciembre de 2003, pues la comprobación del replanteo tuvo lugar el 4 del mismo mes; plazo que posteriormente se prorrogó hasta el 30 de junio de 2004, como se ha referenciado antes, con reajuste de anualidades. Consta que a 30 de junio de 2003, la obra se encontraba paralizada; es decir, se incumplió el plazo de ejecución, sin que previamente la Administración ejerciere las facultades sancionadoras o resolutorias que le otorga los art. 95.5 y 6 y 96.1 LCAP-2000; expediente resolutorio que no se inicia hasta el 17 de marzo de 2004. Tampoco consta que la Administración acordara la suspensión del contrato [art. 102 LCAP y 170 del Reglamento] sea definitiva o superior a 8 meses. Tampoco fue instada por la contrata por demora en el pago [art. 99.5 LCAP-2000], aunque anunció que se vería obligada a hacerlo [escrito de 26 de junio de 2003]. Pudiendo, como finalmente hizo, instar la resolución del contrato por demora en el pago por parte de la Administración "superior a 8 meses", teniendo derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios [art. 99.6 LCAP-2000].

En este punto, se recuerda que la contrata reclama el abono de las certificaciones de abril, mayo y junio de 2003, que deberán ser abonadas [cláusula 22.1 del pliego] en los dos meses siguientes a su expedición y tramitadas en los 10 días siguientes al período que correspondan por lo que el abono de tales certificaciones, de estar pendiente su abono, vencería, respectivamente, el 10 de junio, el 10 de julio y el 10 de agosto de 2003. Correlativamente, el art. 99.6 LCAP-2000, derecho a resolución para el contratista, operaría a partir del 10 de febrero, 10 de marzo y 10 de abril de 2004, respectivamente. El 4 de abril, en el Libro de Órdenes se le indicó al contratista que "no va a cumplir con el plazo de entrega de la misma", y está acreditado que las obras estaban paralizadas desde junio de 2003, fecha en que el contratista abandonó la obra, sin que exista causa que justifique la mora en la ejecución o el abandono de la obra.

Como quiera que la contrata instó primeramente la resolución contractual, admitiendo la acumulación de ambos procedimientos -como se ha justificado- la Propuesta de Resolución hubiera debido pronunciarse además sobre si en efecto tales certificaciones estaban o no abonadas, si bien indica su intrascendencia económica puesto que las obras estaban paralizadas. En cuanto a las variaciones sobre las unidades de obra ejecutadas, por mor del art. 160.2 RC y Cláusula 62, 2º párrafo, del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, aprobado por el Decreto 3854/1970 de 31 de diciembre, pueden ser recogidas en la liquidación, al no representar un incremento del gasto superior al 10% del precio del contrato. Las modificaciones en unidades de obra consistentes en su aumento, reducción o sustitución de una clase de fábrica por otra de las previstas en el proyecto son obligatorias para el contratista (art. 146 LCAP-2000).

Lógicamente en este proceso de liquidación real de la obra ejecutada, se debe tener en cuenta la minusvaloración de obra en relación con el proyecto que da lugar a un débito de la contrata con la Administración. Nada de este débito se dice en el Resuelvo de la Propuesta de Resolución; ni sobre su exigibilidad, ni sobre su posible compensación con aquellos incrementos en unidades de obra proyectadas y que la contratista denomina, impropriamente, modificados; habrá que darse respuesta en la liquidación, aunque no obsta a la emisión del presente Dictamen.

III

1. Al efecto de la oportuna valoración de los hechos, debe recordarse que, 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]. "(...) el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo es una condición esencial" (DDCE 4533/1996 y 7/1997). "La facultad resolutoria del administrado frente a la Administración tiene un carácter restrictivo, dada la finalidad de servicio a la comunidad que tiene la prestación en que el contrato consiste" (S.T.S. de 9 de octubre de 1987). "Una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducida de la conducta del contratista en el

desarrollo de la obra, permite a la Administración optar por la resolución del contrato" (S.T.S. de 20 de marzo de 1989). "Procedencia del abono al contratista de las cantidades de obras ejecutadas en exceso" (S.T.S. de 22 de febrero de 1980).

El contratista debe cumplir el contrato, pero tiene derecho al abono de las obras ejecutadas; no tiene derecho al modificado, salvo que el mismo sea autorizado por la Administración en los casos previstos en la normativa de aplicación, y no puede parar la ejecución de la obra salvo en los casos y condiciones previstos en la normativa contractual.

De la documentación complementaria remitida se desprende que lo que la contrata denomina modificados no tramitados son simplemente incrementos de unidades de obra ya contempladas en el proyecto, por lo que su importe debía ser contemplado en la liquidación final. La relevancia del no abono de tres certificaciones de obra debe evaluarse en función de su importe, habida cuenta de que ya en abril la obra se encontraba sin personal, por lo que su importe hubiera sido previsiblemente cero. Asimismo debe tenerse en cuenta el interés público prevalente que supone que el objeto del contrato sea la construcción de viviendas sociales.

CONCLUSIONES

1.- La Propuesta de Resolución debe ampliar la motivación de la no conformidad a Derecho de la petición de resolución efectuada por la contrata dadas las razones aducidas en la misma y los razonamientos expresados en este Dictamen.

2.- Del mismo modo, la Propuesta de Resolución debe guardar adecuación entre el expediente y el encabezamiento de la Propuesta (50 viviendas, exp. GC-22/98) con el propuesto (33 viviendas, exp. GC-04/98) en que se observa error material.

3.- La Propuesta de Resolución del contrato administrativo de obras de construcción de 50 Viviendas de Protección Oficial, promoción pública, a ejecutar en Loma Pino Seco, parcela B-2, término municipal de Mogán, exp. GC-22/98, es conforme a Derecho debiendo manifestarse sobre la incautación de la garantía, indemnización, en su caso, a la Administración de daños y perjuicios ocasionados, en lo que exceda del importe de la garantía incautada, así como que la liquidación 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.