



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 1 8 4 / 2 0 0 4

(Sección 2ª)

La Laguna, a 4 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 33 Viviendas de Protección Oficial, de promoción pública, en Jinámar-Rambla, parcela P-599-B, término municipal de Las Palmas de Gran Canaria (EXP. 178/2004 CA)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El Presidente del Instituto Canario de la Vivienda, Excmo. Sr. Consejero de Infraestructuras, Transportes y Vivienda, solicita Dictamen sobre la propuesta de decisión formulada en el procedimiento iniciado para la resolución del contrato cuyo objeto es la construcción de treinta y tres viviendas de protección oficial de promoción pública en Ramblas de Jinámar, parcela 599 B, término municipal de Las Palmas de Gran Canaria, resolución contractual a la que se opone el contratista.

2. La legitimación del Excmo. Sr. Consejero para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para emitirlo derivan de los arts. 11.1.D).c) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo en relación el primer art. con el art. 60.3.a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, de aplicación en virtud de la Disposición Transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), puesto que el contrato se adjudicó el 2 de diciembre de 1999, fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

---

\* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

3. Según el art. 60.1 LCAP de 1995, al órgano de contratación le corresponde acordar la resolución de los contratos. La Ley territorial 2/2003, de 30 de enero, de 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 (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 19 de noviembre de 1999, 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. 60.1 LCAP 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.

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

## II

1. El contrato de obras que se pretende resolver se formalizó el 3 de diciembre de 1999, con un plazo de ejecución de 15 meses. El acta de comprobación del replanteo se extendió el 13 de diciembre de 1999, por lo que el término de dicho plazo quedó situado en el 14 de marzo de 2001.

Sin embargo, el plazo de ejecución fue prorrogado cinco veces a instancias de la contratista, de modo que, conforme a la última prórroga, ese término quedó fijado en el 30 de abril de 2003. Llegada esa fecha la obra continuaba sin concluir. El 26 de junio de 2003 el contratista dirige escrito a la Consejería solicitando que se redactara un modificado de la obra, con su correspondiente revisión de precios y que se le realizaran abonos a cuenta, porque en caso contrario suspendería las obras en los primeros días de julio.

El 29 de julio de 2003 el Departamento de Seguimiento de Obra de la Consejería informa que la obra se encuentra paralizada desde el 30 de junio de 2003. Este Departamento el 2 de febrero de 2004 emite nuevo informe en que reitera que la obra se encuentra paralizada desde la referida fecha de 30 de junio de 2003.

2. El 17 de marzo de 2004 se dictó Orden Departamental iniciando el procedimiento para la resolución del contrato, la cual fue notificada a la contratista el 2 de abril de 2004. Esta decisión se produce cuando el contrato sin duda se encuentra en avanzado estado de cumplimiento, atendiendo a su presupuesto inicial (1.096.716 euros) y al importe que resta por ejecutar (257.769 euros); pero no obsta dicha circunstancia a la tramitación de este procedimiento, toda vez que la resolución puede acordarse incluso en el momento de proceder a la recepción de la obra. Cosa distinta es que ello deba ser ponderado en efecto al practicar la liquidación la liquidación del contrato y al deducir de su resolución, si ésta llegara a acordarse, las pertinentes consecuencias económicas.

3. El 18 de marzo de 2004 la contratista presentó un escrito ante la Consejería solicitando la resolución del contrato porque había ejecutado por orden de la Dirección facultativa unidades de obras que no se le habían abonado y que no

estaban previstas en el proyecto, porque éste no se había modificado para recoger aquéllas y porque no se había procedido a la revisión de precios.

La contratista para fundamentar su pretensión resolutoria del contrato por causa imputable a la Administración alega que por orden de la Dirección facultativa ha ejecutado modificaciones de unidades de obra que exigían la redacción de un modificado del proyecto que no ha efectuado la Administración y que no le han sido abonadas. Como prueba de esta alegación acompaña fotocopias del libro de órdenes donde se recogen las órdenes de la Dirección facultativa concernientes a esas modificaciones.

Esas modificaciones, como resulta de las hojas del Libro de Órdenes aportadas por la contratista y del informe de la Dirección facultativa, consistieron unas en instrucciones ordenando realizar determinadas unidades de obra conforme al proyecto (hojas 37 y 41 del Libro de Órdenes). Otra consiste en un plano dado en el tajo detallando como se debía ejecutar determinada unidad de obra sin implicar aumento de su número ni variación del proyecto (hoja 27). En otra se ordena que se realicen muestras de color de las pinturas para fachadas e interiores, por lo que su naturaleza es meramente técnica sin implicar aumento ni variación de unidades de obra (hoja 40). Las demás consisten en aumento de una unidad de obra prevista en el proyecto (albardilla de coronación de muro), sustitución de un material por otro de precio similar (sustitución del pavimento de terrazo por uno antideslizante) o de un precio ligeramente superior que no suponía un incremento del diez por ciento del precio del contrato (sustitución de la clase de fábrica del dintel y vierteaguas por otra). Respecto a esa sustitución el contratista aceptó el nuevo precio contradictorio.

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). Tampoco son modificaciones del proyecto la variación en el número de unidades de obra siempre que su coste no supere el diez por ciento del precio del contrato, variaciones éstas que deben ser recogidas en la liquidación provisional -Cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, PCAG (Aprobado por el Decreto 3854/1970 de 31 de diciembre) al que se remite la Cláusula Vª del contrato y Cláusula IIIª de su Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares-.

Por consiguiente, no es necesario ningún modificado del proyecto cuya ausencia alega el contratista para sustentar su pretensión resolutoria.

Tampoco existe el pretendido retraso en el abono de esas variaciones porque, conforme a la citada Cláusula 62 PCAG en relación con el art. 68.3 LCAP (ahora convertido en la Disposición Adicional XIVª TRLCAP), que es de aplicación por tratarse de un contrato de obras plurianual, el abono de esas modificaciones en esas unidades de obra debe realizarse con la certificación final, la cual sólo puede expedirse después de la recepción provisional, medición general, liquidación provisional, recepción definitiva y liquidación definitiva (art. 172 del Reglamento General de Contratación del Estado, aplicable por la fecha del contrato, Cláusula 29 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP, y Cláusulas 74 a 79 PCAG).

### III

1. Está constatado en el expediente que el 30 de abril de 2003, fecha de expiración del plazo de ejecución de las obras, éstas estaban sin concluir y que, además, el 30 de junio de 2003 la contratista abandonó la obra, sin que exista causa que justifique la mora ni el abandono de la obra.

No existiendo causa justificadora de la mora de la contratista, ésta debe ser imputada irremediamente al contratista, por cuya razón la Administración puede optar por la resolución. Es más, siendo el objeto del contrato la construcción de viviendas sociales que, según el antecedente 11 de la propuesta de resolución, han sido adjudicadas definitivamente, el interés público la impone.

El transcurso del plazo final pactado sin haber concluido las obras supone el incumplimiento del contrato. El simple vencimiento del plazo sin que la prestación del contratista esté realizada implica *ipso iure*, ante la ausencia de causa justificadora, el incumplimiento del contrato por causa imputable al contratista, sin necesidad de interpelación. En consecuencia, la Administración está facultada para resolver el contrato, incautarse la garantía y exigirle los daños y perjuicios causados en lo que excedan del importe de la garantía incautada (arts. 96, 112,e) y 114.4 LCAP, ahora arts. 95, 111, e) y 113.4 TRLCAP). Por imperativo de los arts. 20,c) y 21 LCAP (actualmente también arts. 20,c) y 21 TRLCAP) en relación con los arts. 12.2 y 13 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, el acto que disponga la resolución contractual debe acordar también la iniciación del procedimiento para la declaración de 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.

Pero además el contratista sólo puede suspender unilateralmente el cumplimiento del contrato en el supuesto y con los requisitos del art. 100.5 LCAP: que se haya demorado más de cuatro meses el pago de las certificaciones de obra y que haya comunicado con un mes de antelación este propósito a la Administración. El interés general subyacente a la realización de una obra determina que la Administración Pública ostenta en la contratación administrativa una posición preeminente y un círculo de prerrogativas dentro de las cuales la más básica seguramente sea la imposibilidad de invocar de contrario la "exceptio non adimpleti contractus", regla de procedencia civil (art. 1124 CC). Tradicionalmente, esta prerrogativa ha tenido una virtualidad prácticamente absoluta. Frente a su carácter tradicional, sin embargo, la reciente reforma legal de la contratación administrativa (iniciada, justamente, por la LCAP de 1995) ha puesto claros límites y admite ahora la posibilidad de eludirla, si bien, eso sí, atendiendo a los criterios normativamente determinados (art. 100.5 LCAP) que, por otro lado, en tanto que excepción a una regla que sigue siendo general han de ser objeto de una interpretación estricta y en ningún caso expansiva. Incluso, se cuida de recordar la necesidad de atenerse escrupulosamente a este precepto legal el propio Pliego de condiciones regulador del contrato que nos ocupa en su cláusula 25.2.

Salvo este supuesto, por tanto, la suspensión de la obra únicamente puede ser acordada por la Administración según el art. 103 y 150,b) y c) LCAP.

Desde la perspectiva expuesta, y por todo lo razonado, se adecua a Derecho la propuesta de resolución en los extremos que acuerda la resolución contractual por la concurrencia de la causa legalmente prevista de incumplimiento del contratista.

2. Ahora bien, no es éste el único aspecto que ha de tomarse en consideración en nuestro pronunciamiento sobre la propuesta de resolución objeto de este Dictamen, toda vez que se requiere igualmente nuestra opinión en torno al preciso alcance de los efectos asociados a la resolución del contrato en este concreto caso.

A este respecto, hemos de comenzar señalando que el contratista debe cumplir el contrato y no puede parar la ejecución de la obra salvo en los casos y condiciones previstos en la normativa contractual, como ya hemos indicado. Pero también tiene derecho al abono de las obras realmente ejecutadas, sin que pueda la Administración

escudarse en pretexto alguno para sortear tales consecuencias, ya que en otra hipótesis se produciría un enriquecimiento injusto a su favor, esto es, sin título ni causa alguna.

Sin embargo, tampoco es esto solamente. La cláusula segunda del contrato que nos ocupa previene que el mismo está sometido a revisión de precios, siendo la fórmula tipo de aplicación la número 18, según contempla la indicada cláusula I.8 del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares, no siendo consecuentemente exacto el contenido del inciso final del Fundamento de Derecho X de la Propuesta de Resolución.

Si bien de la procedencia de aplicar la revisión de precios no resulta derivable el efecto resolutorio del contrato, como tampoco tiene derecho el contratista a exigir la modificación del contrato, salvo que el mismo sea autorizado por la Administración en los casos previstos en la normativa de aplicación, conforme ya hemos indicado.

En fin, ha de tenerse presente, ya por último, que no cabe identificar “el incumplimiento del contratista como causa resolutoria, con la culpa del mismo, a efectos de ulterior sanción”, como afirma la STS de 14 de junio de 2002 (Ar. 8052) en su FJ 3º. De este modo, la incautación de la fianza está reservada en efecto para los casos de resolución contractual por culpa del contratista, jugando en tales casos como indemnización previamente fijada (STS de 22 de julio de 1988, Ar. 5704). Incluso en los casos en que puede afirmarse esa imputación del retraso al contratista, hay que tener en cuenta que, como dice la STS de 19 de mayo de 1998 Ar. 3856, “las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (art. 1258 CC), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (STS de 10 de junio y de 11 de noviembre de 1987, Ar. 4859 y 8787, así como de 10 de julio de 1990, Ar. 6330)”, por lo que si el incumplimiento es imputable al contratista, deviene causa de resolución del contrato (art. 53.1 LCE y 159 del Reglamento), pero no debe dar lugar ni a la pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante”.

Así las cosas, no puede negarse que si bien la incautación de la garantía definitiva es un efecto natural del incumplimiento del contrato imputable al contratista, el Tribunal Supremo, conforme se ha expuesto (y lo mismo cabe decir,

por otra parte, del Consejo de Estado), ha admitido en algunas ocasiones la posible moderación del efecto señalado (admitiendo la incautación, por ejemplo, de sólo parte de la garantía definitiva), e incluso a veces se ha llegado a admitir la no incautación de la garantía a pesar de mediar el incumplimiento del contratista.

En el supuesto ahora sometido a nuestra consideración, concurren las circunstancias suficientes (en concreto, a la luz de lo expuesto en el Fundamento II.3 de este Dictamen) para modular cuando menos la cuantía que ha de quedar incautada de la garantía definitiva efectivamente constituida. Y desde esta perspectiva, por consiguiente, la PR ha de corregirse a fin de modular el alcance de los efectos vinculados a la resolución del contrato.

## C O N C L U S I Ó N

Es conforme a Derecho la PR sometida a la consideración de este Consejo Consultivo, si bien han de modularse los efectos anudados a la resolución del contrato, de acuerdo con lo expresado en el Fundamento III.2.