



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 185/2004

(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 32 Viviendas de Protección Oficial, de promoción pública, en Jinámar-Rambla, parcela P-599-A, término municipal de Las Palmas de Gran Canaria (EXP. 179/2004 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Infraestructuras, Transportes y Vivienda, es la propuesta de resolución formulada en el procedimiento iniciado para la resolución del contrato cuyo objeto es la construcción de treinta y dos viviendas de protección oficial de promoción pública en Ramblas de Jinámar, parcela 599 A, 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. Reyes Reyes.

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 (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 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.

La última certificación ordinaria de obras emitida fue la número 41. Se autorizó por el Arquitecto Director el 30 de marzo de 2003 y de la misma resulta el importe acreditado total, ascendente a 1.071.000,02 euros.

La contrata, en escrito de fecha 27 de mayo de 2003 cuantifica la obra por ella realizada pendiente de certificar en 207.052,45 euros, presentando con dicho escrito un documento -que no obra en el expediente recibido- con una relación valorada de las unidades ejecutadas, que denomina "certificación nº 43 (liquidación).

Los técnicos del Departamento de Seguimiento de Obra el 24/6/2003 informan que falta por certificar 83.675,37 euros y que la Dirección Facultativa está realizando mediciones reales para la futura liquidación de las obras, estando prevista la entrega de estas mediciones para su comprobación por los Servicios Técnicos para los primeros días del mes de julio de 2003. Con posterioridad, el Director facultativo, a fecha 2/6/2004 informa que la valoración de la obra ejecutada asciende a 1.157.907,49 euros de Presupuesto de Contrata.

La diferencia existente de valoración de la obra que la empresa adjudataria entiende ejecutada y que está pendiente de certificar y de abonar, respecto de lo que considera el Director de la obra, es significativa y radica en este punto el motivo principal de discordancia.

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.

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 entidad contratista mediante burofax que fue depositado en las oficinas de Correos el 1/4/2004 y entregado a la Compañía destinataria el mismo día.

La decisión de la Administración se produce cuando el contrato se encuentra en avanzado estado de cumplimiento, atendiendo a su presupuesto inicial (1.154.675,39 euros) y al importe que resta por certificar, según el Departamento de Seguimiento de Obra (83.675,39 euros), estando reconocida por el Director de obra la valoración de la obra ejecutada (1.157.907,49 euros); pero no obsta dicha circunstancia a la tramitación de este procedimiento, con independencia de que la ponderación que hay que realizar para deducir de la resolución, si ésta llegara a acordarse, los efectos y pertinentes consecuencias económicas.

El 18 de marzo de 2004 la entidad 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.

3. La Sociedad 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 y asistencias donde se recogen las instrucciones de la Dirección facultativa concernientes a esas modificaciones.

4. En informe emitido por la Dirección facultativa el 25 de junio de 2004 se descarta la necesidad de acometer la modificación del proyecto, entendiendo que los

aumentos de obra resultantes de tales instrucciones se pasarán a certificar en la Liquidación final de la obra.

Este mismo criterio se sostiene en el informe complementario recabado por este Consejo y realizado por el Departamento de Seguimiento de Obra de la Consejería con fecha 11 de octubre de 2004.

Para la valoración de esta cuestión el Consejo toma en cuenta la valoración técnica obrante en el expediente, al que no se ha unido la relación de unidades de obras incluidas en el proyecto aprobado, que sirvió de base para la adjudicación de la obra, ni tampoco el detalle o relación de las obras ejecutadas que están pendientes de certificar y abonar, por lo que al no disponer de estos elementos comparativos hay que partir de los datos que la dirección facultativa facilita en orden a la procedencia de la inclusión de tales unidades en la liquidación final de obra sin necesidad de confección de un proyecto modificado, extremo que como se ha reseñado corroboran los técnicos de la Administración del Departamento de Seguimiento de Obra.

Respecto al contenido de las hojas del libro de órdenes aportadas por la contrata, atendiendo al detalle de las instrucciones consignadas por la dirección facultativa y a la valoración que de las mismas efectúan ambos informes técnicos, se obtienen los siguientes datos:

Que consistieron, unas, en instrucciones ordenando realizar determinadas unidades de obra conforme al proyecto (hojas 37 y 41); otra, 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 relativas a las hojas 4, 6, 7 y 8 consistieron en el aumento de una unidad de obra, la unidad de pilotaje, existente en el proyecto aprobado (diámetro ligeramente mayor de los pilotes 1 a 19, determinado porque, conforme a la memoria del estudio geotécnico del terreno, se ordenó profundizar 200 centímetros bajo la zona de firme del terreno), por lo que hubo un exceso de medición que, según exponen el director facultativo de la obra y los técnicos de la Administración contratante, puede ser absorbido en la Liquidación de la obra.

Que, en cambio, las unidades a que se refieren las hojas 42 y 43 son nuevas y corresponden a albardillas en coronación de muros, por un lado, y la sustitución de un material por otro de precio similar (del pavimento de terrazo por uno antideslizante).

Y que tampoco figuraba en el proyecto la unidad de dintel y vierteaguas de huecos de planta baja, figurando un dintel de hormigón y un vierteaguas de medidas inferiores, por lo que se confeccionó precio contradictorio y adoptó la dirección facultativa criterio de pasar esta unidad a la liquidación final de obra.

III

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). La variación en el número de unidades de obra realmente ejecutadas sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto podrán ser recogidas en la liquidación provisional siempre que no representen un incremento del gasto superior al diez por ciento del precio del contrato. [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 I.3 de su Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares].

Por consiguiente, la solución propugnada por la dirección facultativa de abono en la Liquidación Final del exceso en la medición de unidades existentes en el proyecto aprobado, siempre que no supongan un aumento del gasto superior al diez por ciento del presupuesto de adjudicación de la obra, es correcta y para ello no es necesaria la redacción de ningún modificado del proyecto, cuya ausencia alega el contratista para sustentar su pretensión resolutoria.

En cambio, esa misma solución no es la aplicable en caso de modificaciones que supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas en cuyo caso los precios de aplicación a las mismas serán fijados por la Administración a la vista de la propuesta del Director de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia. Estas modificaciones del contrato deberán formalizarse en documento administrativo (Art. 150 del Reglamento General de Contratación y Cláusula 59 del PCAG). Por tanto el abono de las unidades de obra de esta naturaleza correctamente ejecutadas no debe demorarse a su inclusión en la liquidación final.

IV

1. Invocada por la entidad contratista la concurrencia de la causa de resolución del apartado f) del art. 111 TRCAPL, coincidente con el mismo apartado del art. 112 de la LCAP, que -como se ha dicho- es la norma de aplicación en el presente supuesto, consistente en la falta de pago por parte de la Administración en el plazo de ocho meses, conforme al art. 100.6 LCAP, aunque dicha empresa no concreta los datos y hechos precisos concurrentes, de los que se deduzca tal falta de pago en el señalado espacio temporal, debemos -no obstante- considerar dos aspectos de posible incidencia que guardan relación con dicha invocación, a la que la Administración ha de dar respuesta en el momento de resolver.

a) De un lado, que tal incumplimiento no se ha producido en cuanto al abono de las cantidades hasta ahora certificadas, lo que se comprueba a la vista la documentación complementaria recabada por este Consejo y recibida, consistente en treinta y nueve de las cuarenta y una certificaciones ordinarias emitidas, con las referencias de las fechas de la expedición de cada una por el Arquitecto Director de las obras y la fecha de pago de sus respectivos importes, entre cuyas fechas en ningún caso se da el transcurso del indicado período de tiempo que determina la demora de la Administración en el pago, que confiera derecho a la contrata a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

Por tanto, no concurre tal causa de resolución pretendida por la entidad contratista.

Otra cosa es la consecuencia derivada de la demora en el pago de los importes correspondientes a diez de las cuarenta y una certificaciones ordinarias de obra emitidas, por tiempo superior a los dos meses desde la fecha de expedición, y en todo caso inferior a cuatro meses, observada en la documentación complementaria recabada (que no incluye la certificaciones números 12 y 13, que no se remitieron a nuestro Consejo, por lo que se desconoce respecto de las mismas si ha habido o no retraso en el pago de los importes acreditados). La demora en el pago de las certificaciones correspondientes, aún siendo corta, confiere a favor del contratista derecho a percibir el interés legal del dinero incrementado en un 1,5 puntos de las cantidades objeto de cada certificación.

b) De otro lado hay que poner en relación esta misma causa invocada por la entidad afectada, de demora en el pago por la Administración por tiempo superior a ocho meses, en cuanto a los importes de las revisiones de precio que proceda que, de acuerdo a lo determinado en la cláusula I.8 del Pliego Tipo de Cláusulas Administrativas Particulares (PTCAP) y art. 109 LCAP, han de hacerse efectivos mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales, y sólo excepcionalmente en la liquidación del contrato, cuando no hayan podido incluirse en dichas certificaciones o pagos parciales.

Sobre esta cuestión se advierte que la cláusula segunda del contrato 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 referido PTCAP, no siendo consecuentemente exacto el contenido del inciso final del Fundamento de Derecho X de la Propuesta de Resolución.

Pero de la procedencia de aplicar la fórmula polinómica nº 18 prevista para el cálculo de la revisión de precios no resulta derivable el efecto resolutorio del contrato.

Ni por la causa esgrimida por la contrata de demora por parte de la Administración en el pago de los importes que resulten de las certificaciones adicionales de revisión de precios, no emitidas aún, dada la posibilidad de integrar la liquidación del contrato, aunque -como se ha dicho- sólo excepcionalmente cabe diferir su pago hasta ese momento, ya que la regla general establecida es que, cuando exista obligación asumida de aplicar esta revisión, han de hacerse efectivos los importes resultantes en las certificaciones o pagos parciales.

Ni tampoco por los otros motivos alegados por dicha parte en el escrito mediante el que interesa la resolución del contrato, o sea, el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales y aquellas que se establezcan expresamente en el contrato, dado que no reviste la pactada revisión de precios el carácter de obligación contractual esencial, ni tampoco la no atención de esta determinación constituye causa de resolución expresamente contemplada en el contrato.

V

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 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, la calificación de incumplimiento culpable, sin necesidad de interpelación. En consecuencia, la Administración está facultada para resolver el contrato, disponer la incautación de la garantía y exigir 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 pronunciarse sobre la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar, procedimiento cuya resolución corresponderá a la propia Administración contratante, que deberá ser comunicada a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa si se adoptase.

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 pública determina que la Administración ostenta en la contratación administrativa una posición preeminente y el órgano de contratación un conjunto de prerrogativas, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley (art. 60 LCAP), entre ellas acordar la resolución y determinar los efectos de ésta.

Tradicionalmente, esta prerrogativa ha tenido una virtualidad prácticamente absoluta, que sin embargo, la reciente reforma legal de la contratación

administrativa (iniciada, justamente, por la LCAP) ha puesto claros límites y admite ahora la posibilidad de eludirla, si bien atendiendo a criterios normativamente determinados (art. 100.5 LCAP) que, en tanto que excepción a una regla que sigue siendo general ha 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, la suspensión de la obra únicamente puede ser acordada por la Administración según el art. 103 y 150,b) y c) LCAP.

Desde esta perspectiva se considera que la propuesta de resolución, en lo atinente a la resolución contractual que propugna por la concurrencia de la causa legalmente prevista de demora en el cumplimiento del plazo pactado para la conclusión de la obra contratada, se ajusta a Derecho.

VI

Ahora bien, el análisis de la adecuación a Derecho de la resolución del contrato no es 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 alcance de los efectos asociados a la resolución del contrato en este concreto caso.

A este respecto, hemos de reiterar que el contratista debe cumplir el contrato y no puede suspender 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.

Ha de tenerse presente 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".

Consecuentemente, 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 también el Consejo de Estado (Dictámenes nº 3928/1999, de 1/6/2000 y nº 3204/2001, de 14/2/2002, entre otros), ha admitido la posible moderación del efecto señalado.

En el supuesto ahora sometido a nuestra consideración, apreciamos que existen circunstancias suficientes para que el órgano de contratación a la hora de resolver pondere la procedencia de modular los efectos vinculados a la resolución del contrato, teniendo en cuenta los distintos factores concurrentes que hemos constatado y señalado en los precedentes fundamentos.

C O N C L U S I Ó N

Es conforme a Derecho la resolución contractual que la Administración consultante pretende, si bien se considera que concurren en el supuesto analizado motivos que permiten no aplicar en su plenitud los efectos consecuentes sobre incautación de la fianza definitiva constituida y la exigencia de daños y perjuicios a la contrata en lo que exceda del importe de dicha fianza. En todo caso procede efectuar la liquidación y abono de la obra realmente ejecutada y no certificada, así como de la revisión de precios pactada.