



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 8 6 / 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 19 Viviendas de Protección Oficial, de promoción pública, en Jinámar-Rambla, parcela P-600, término municipal de Las Palmas de Gran Canaria (EXP. 180/2004 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 diecinueve viviendas de protección oficial de promoción pública en Jinámar-Rambla (P-600), 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. Instada la resolución del contrato, en este

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

caso, también por el contratista, a este Consejo Consultivo le corresponde conocer de tal pretensión del particular sólo en su condición de oposición a la que pretende la Administración, pues el citado art. 60.3.a. LCAP no exige dictamen en los supuestos de mera iniciativa del contratista.

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 2 de diciembre 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 14 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 febrero 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 mayo de 2003. Llegada esa fecha la obra continuaba sin concluir. El 26 de junio de 2003 el contratista, a plazo de ejecución de obra ya vencido, dirige escrito a la Consejería solicitando que se redactara un modificado de la obra, y que se le realizaran abonos a cuenta, porque en caso contrario suspendería las obras en los primeros días de julio.

Del análisis del Libro de Ordenes y Asistencias de la obra en cuestión se deduce que la Dirección Facultativa ordenó el aumento de las dimensiones de algunas unidades de obra del proyecto o la sustitución de una clase de fábrica por otra (hojas 5, 6, 7 y 34 de las incluidas en el expediente); pero, en otros casos, "introdujo unidades de obra no comprendidas en el proyecto" (146.2 LCAP), tal como se deduce del texto de las hojas 42 y 45.

El 29 de julio de 2003 el Departamento de Seguimiento de Obra de la Consejería informa que la obra, si bien paralizada desde el 30 de junio de 2003, se encuentra prácticamente terminada, faltando sólo la ejecución de algunas unidades de urbanización y la subsanación de algunos defectos constructivos. Además, tal informe constata que falta por certificar obra ejecutada por importe de 23.361'21 euros.

2. El 17 de marzo de 2004 se dictó Orden Departamental iniciando el procedimiento para la resolución del contrato, la cual fue depositada en la Oficina de Correos el 1 de abril de 2004 y recibida por la contratista al día siguiente; es decir,

después de que la contrata hubiera instado -el 18 de marzo- la resolución del contrato por causa imputable a la Administración. Por ello debe considerarse que 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 LRJAP-PAC-, lo que obliga a su prioritaria consideración, antes, por ello, que la pretensión resolutoria instada por la Administración. En puridad, recibida la pretensión resolutoria de la contrata se debió haber abierto el correspondiente procedimiento, y no iniciar uno nuevo, fundado además en razones opuestas. No obstante ello, en la medida que las razones aducidas por ambas partes son mutuamente interdependientes, no hay impedimento en que ambas pretensiones resolutorias sean conocidas simultáneamente, siempre, claro está, que la Administración valore, evalúe y contradiga las razones aducidas por la contrata.

3. El contratista alega que fue la inactividad de la Administración en certificar el incremento de obra sobre lo inicialmente proyectado y la prescripción por la Dirección Facultativa de nuevas unidades no incluidas en el proyecto, y sobre todo su correspondiente falta de pago, lo que le impidió mantener la continuidad de la obra, por lo que formuló preaviso de interrupción de las mismas si no se le abonaba por pagos a cuenta el coste de lo realmente ejecutado de más.

Los simples aumentos en unidades de obra previstas en el proyecto, o los cambios de clase de fábrica en la ejecución de las mismas -que la contratista considera que exigían una modificación del proyecto y que alega que no le han sido abonadas en orden a fundamentar su pretensión resolutoria del contrato por causa imputable a la Administración- no requieren de un modificación del proyecto. 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, obligatorias para el contratista por lo demás (art. 146 LCAP), "podrán ser recogidas en la liquidación provisional, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio del contrato" (Cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, PCAG, aprobado por el Decreto 3854/1970 de 31 de diciembre). No hay constancia en el expediente del montante total de las modificaciones, si bien del informe del Departamento de Obra pudiera deducirse que se ha sobrepasado sobradamente tal porcentaje; en tal caso, cuanto hubiera excedido del mismo debió haber sido abonado al contratista en la certificación mensual inmediatamente siguiente (Cláusula 49 del PGAG).

Por otro lado, hubo órdenes de la Dirección Facultativa para que se ejecutaran unidades de obra no previstas ni incluidas en el proyecto (hojas 42 y 45 del Libro de Ordenes y Visitas de la obra), y respecto de éstas resulta fundada la reclamación del contratista para que se le abonaran de inmediato a través de las certificaciones mensuales ordinarias, sin esperar a la liquidación final. Respecto de tales unidades nuevas, habiendo recaído acuerdo en precios contradictorios, la Administración hubiera debido proceder a formalizarlos tal como solicita el contratista, y como requiere el art. 102.2 LCAP y 150 *in fine* del Reglamento General de Contratación, en relación con la Cláusula 60, párrafo segundo, del tan citado PGAG. Además, reconoce el propio informe del departamento de seguimiento de obra de la Consejería, de fecha 29 de julio de 2003, que falta por certificar, y por tanto también por pagar, un importe por obra ya ejecutada que asciende a la cantidad de 23.361'21 euros. Todo ello supone la existencia de un incumplimiento por la Administración de algunas de sus obligaciones con la contrata.

4. No obstante, la contratista no puede responder a tales incumplimientos parciales con la interrupción sin más de la ejecución de las obras, pues sólo cuando el impago se prolongue por un tiempo de más de cuatro meses (100.5 LCAP) podrá proceder a tal paralización de los trabajos, debiendo dirigir a la Administración previo aviso con un mes de antelación "a efectos del reconocimiento de los derechos que pudieran derivarse de la suspensión". En este caso, no consta cuándo se ejecutaron tales nuevas unidades de obra y las que falta por certificar por importe de 23.361'21 euros, por lo que no podemos determinar si tal plazo de cuatro meses había transcurrido; en cuanto a la formulación del preaviso con menos antelación de la legalmente exigida, no constituye impedimento para suspender las obras, sino sólo para reclamar derechos derivados de tal suspensión.

5. La descrita situación del proceso de ejecución del contrato revela incumplimientos de ambas partes. El comportamiento de la contrata no se atuvo a lo legalmente dispuesto, lo que implica una cuota de causa resolutoria que debe asumir; sin embargo, no cabe cuestionar la actuación de la contrata mediante el recordatorio de sus incumplimientos, máxime cuando se hace de forma extemporánea, pues si la Administración entendía que había habido incumplimientos debió ejercer las potestades pertinentes y no permanecer inactiva, sólo actuando cuando la contrata insta la resolución del contrato. La Administración no reaccionó a lo largo de los años 2000 a 2002 más que a través de la concesión de sucesivas

prórrogas, ante las numerosas interrupciones de la actividad constructora, por lo que a juicio de este Consejo participó, junto con la contratista, en la generación de la crisis del contrato. También debe insistirse en que la Administración no procedió a la formalización de las modificaciones ordenadas (102.2 LCAP), retrasando algunos pagos debidos al contratista, generándole una situación económica que pudo influir en la continuidad de la obra. Además, la Dirección facultativa no parece que haya actuado de forma diligente instando la adopción, durante la vida del contrato, de las medidas correctoras o sancionadoras que la legislación de contratos le ofrece (STS 5 de marzo de 1999). Por todo ello puede afirmarse que ambas partes resultan responsables del deterioro de las condiciones de ejecución del contrato.

6. No siempre el incumplimiento de los plazos de ejecución de la obra por el contratista habrá de calificarse de culposo. La propia exigencia de que tenga este calificativo el que da pie a la incautación de la garantía y a la exigencia de responsabilidad por daños, indica que no siempre se darán las circunstancias para calificarla como culposa. El incumplimiento de la contratista debe contrastarse con los incumplimientos de la Administración, pues pudiera ser ésta la que con su conducta pasiva hubiera contribuido a la ruina del contrato por la insolvencia a la que condujo al contratista, ya que para que proceda la resolución de un contrato por culpa del contratista "es preciso que la Administración haya cumplido sus obligaciones propias" (STS de 21 de noviembre de 1985). Es más, "no procede imputar incumplimiento al contratista cuando ello trae causa de otro anterior de la Administración que impide la ejecución del contrato" (STS de 20 de junio de 1988). La STS 14.06.02 (Ar. 8052), en su FJ 3º. afirma que "esa idea de culpa cobra total relevancia en el momento de declarar la incautación de la fianza y la reparación de los daños causados a la Administración (art. 53 LCE), ya que según se desprende de dichos arts. y ha resaltado esta Sala en una consolidada jurisprudencia (por citar una de las últimas, en STS 20 abril de 1999, Ar. 4636, FJ 4º), no cabe identificar «el incumplimiento del contratista, como causa resolutoria, con la culpa del mismo, a efectos de ulterior sanción». 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 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 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 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución

del debate (SSTS 10 de junio y 11 de noviembre de 1987, Ar. 4859 y 8787, así como la de 10 de julio de 1990, Ar. 6330)», por lo que si el incumplimiento es imputable al contratista, deviene causa de resolución del contrato (arts. 53-1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando **la culpa** de la empresa contratista **queda compensada por la propia culpa de la Administración** contratante.” En el supuesto al que el presente Dictamen se refiere se produce esta compensación en las respectivas responsabilidades, de contratista y Administración, por lo que no cabe imputar sólo a aquél la culpa de la demora producida en la ejecución del contrato.

7. En lo que a la resolución del contrato se refiere, instada por ambas partes, no deriva de un mutuo acuerdo, pero sí evidencia una coincidencia de pretensiones. La resolución del contrato, por lo demás, resulta una consecuencia legalmente posible a partir del hecho mismo del incumplimiento de aquellos plazos de ejecución (112.e y f LCAP).

C O N C L U S I O N E S

Primera. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho al plantear la resolución del contrato, así como la consiguiente medición de la obra ejecutada y su liquidación.

Segunda. No procede acordar la incautación de la garantía a la contratista, ni la imputación sin más y automáticamente de responsabilidad por daños, a todo lo cual se refiere el número 4 del art. 114 de la LCAP.