



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de noviembre de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de El Hierro en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de obras del Pabellón Polideportivo Frontera (cubierta y estructura espacial), suscrito con la empresa M., S.A. Incumplimiento de obligación esencial del contrato: obra no ajustada al proyecto y negligencia grave (EXP. 371/2008 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de El Hierro solicita Dictamen sobre la Propuesta de Resolución de un procedimiento dirigido a resolver un contrato de obra y un contrato de consultoría y asistencia técnica, a lo que se han opuesto los dos contratistas.

2. El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y el Reglamento general de dicha Ley, (RLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, es la normativa aplicable al contrato de obra, en virtud de la disposición transitoria primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), puesto que se adjudicó el 31 de enero de 2002.

3. En cambio, la legislación aplicable al contrato de consultoría y asistencia técnica la constituye la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), su Reglamento de desarrollo parcial, RLCAP), aprobado por el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo y, supletoriamente y en cuanto no contradiga las normas anteriores, el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, por

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

el que se regulan los contratos de asistencia. Este conjunto normativo es aplicable en virtud de la disposición transitoria primera del citado TRLCAP a la cual remite la disposición transitoria primera.2 LCSP, puesto que el contrato de consultoría y asistencia técnica se adjudicó el 2 de diciembre de 1996.

4. La legitimación del Presidente del Cabildo para solicitar el Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, en relación el primer precepto con el art. 59.3.a) TRLCAP para el contrato de obra; y en relación con el art. 60.3.a) LCAP para el contrato de consultoría y asistencia técnica.

5. Como se ha señalado, el objeto del Dictamen se ciñe simplemente a la resolución a la que propende la Propuesta que se somete a Dictamen. El examen de la regularidad del procedimiento de adjudicación del contrato de consultoría y asistencia técnica queda fuera de nuestro ámbito de análisis, puesto que sobre él no pretende ninguna declaración la Administración consultante.

6. En el procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obstan a un Dictamen de fondo.

II

1. El contrato de obra 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 TRLCAP).

2. La Presidencia del Cabildo el 3 de mayo de 2002 dictó el Decreto nº 1039/2002 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 base en estos antecedentes que cita la parte dispositiva del Decreto 1039/2002 acepta el cambio al sistema 3DÉ "con estricta sujeción a las observaciones establecidas en el informe técnico emitido por el arquitecto técnico" y en cuanto al plazo de ejecución de la obra se remite al art. 95.1 TRLCAP.

Con posterioridad a este decreto 1039/2002, 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 folio 591 del expediente consta este oficio con la firma del Director Facultativo acusando su recibo el 18 de julio de 2002. Sin embargo no obra en el expediente el informe solicitado. Pero sí obran (folios 589 a 576) las tres certificaciones de obras firmadas por el Director facultativo por la ejecución de unidades de obra de la estructura espacial con el sistema 3DÉ.

3. El 27 de mayo de 2003 la Presidencia del Cabildo dictó el Decreto nº 1465/2003 en cuyos antecedentes cita un escrito de ese mismo 27 de mayo de 2003 de la contratista por el que solicita una 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.

4. 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).

III

1. Respecto a la causa de resolución consistente en incumplimiento de las obligaciones esenciales de la contratista representado por la negligencia en la ejecución de la obra, se debe observar que el Decreto 1039/2002, por el que se aceptó el sistema de ejecución de la estructura espacial propuesto por la contratista, condicionaba esta aceptación a que no se variaran los cálculos técnicos del proyecto y la estructura espacial se ajustara al proyecto.

Independientemente de que la sustitución de la estructura mediante el sistema PALC3 al sistema 3Dé constituyera en realidad una modificación del proyecto e independientemente de la responsabilidad de la Dirección facultativa de la obra, lo cierto es que esa resolución condicionaba estrictamente la introducción del sistema 3Dé a que no se variaran los cálculos del proyecto y que la estructura se ajustara a lo proyectado. Si tal no era posible, la contratista, que era la que había propuesto el cambio de sistema, no se debió haber conformado con el Decreto 1039/2002 sino que debió impugnarlo por considerar imposible que el nuevo sistema se ejecutara respetando los cálculos del proyecto y el propio proyecto. No se puede acoger a que la Administración aceptó su propuesta de sistema para eximirse de responsabilidad, porque esa aceptación estaba estrictamente condicionada a que en su ejecución se respetara el proyecto. Al aquietarse ante el Decreto nº 1039/2002, aceptó esa condición que no ha respetado, porque los informes periciales demuestran que el cambio de sistema en realidad implicó una modificación del proyecto porque la estructura proyectada para apoyarse sobre los pilares de hormigón construidos en una fase anterior de la obra transmitiendo esfuerzos verticales pasó a ser una estructura que era sostenida por unos pilares metálicos, (adosados por la contratista a los pilares de hormigón), y que soportaban unos esfuerzos oblicuos los cuales no podía resistir.

De acuerdo con el art. 11.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, el constructor y su representante técnico, el jefe de obra, deben tener la capacitación técnica para ejecutar la obra con sujeción al

proyecto a fin de alcanzar la calidad exigida en éste. Esa exigencia de capacidad técnica le imponía la obligación de advertir que con el sistema propuesto por ellos y aceptado por el Decreto 1039/02 era imposible aceptar la condición de que se respetara el proyecto. Por el contrario, aceptaron realizar la estructura por el sistema 3D conforme al proyecto y no lo hicieron así.

Los informes periciales demuestran que, además, la propia ejecución de la estructura espacial fue defectuosa porque no se respetó la junta de dilatación de la estructura de hormigón, no se utilizaron tubos con el diámetro necesario y cuando éstos empezaron a doblarse y ceder se procedió a un refuerzo de la estructura espacial mediante profusión de soldaduras que la dañaron irremediablemente, causas que coadyuvaron a su derrumbe.

2. 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 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.

La segunda de estas prórrogas fijó el término del plazo contractual en el día 25 de agosto de 2003. Los informes periciales acreditan que la deficiencia que había surgido consistía en que la estructura espacial no resistía su propio peso y se estaba flexionando hacia abajo amenazando con su derrumbe, y que las operaciones de la contratista no consiguieron remediar tal flexión sino que coadyuvaron al derrumbe de la estructura. Lo cual constituye un supuesto claro de negligencia en la ejecución de la obra: La obra realizada no se ajustaba al proyecto, era defectuosa y los intentos del contratista por subsanar los defectos provocaron su ruina.

3. 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 porque las deficiencias de la estructura que retrasaron la culminación de la obra se debieron a su negligencia en la ejecución.

La cláusula 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas Públicas (PCAP) del contrato, en línea con el art. 95 TRLCAP, 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, el art. 96.2 TRLCAP y el art. 140 del Reglamento General de Contratación (RCE) aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, nueva prórroga del plazo de ejecución alegando que el retraso no le es imputable, 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.

4. El examen de la legalidad de la resolución del contrato de consultoría y asistencia técnica por incumplimiento de las obligaciones esenciales contractuales debe partir de lo siguiente:

El Director facultativo de la obra fue también uno de los dos arquitectos redactores del proyecto conforme al cual la estructura de la cubierta debía ser ejecutada con el sistema PALC3.

Al Director facultativo de la obra se le solicitó informe sobre el cambio del sistema de estructura PLAC3 por el sistema 3Dé y no lo realizó ni instó la adecuación de la obra ejecutada para el nuevo sistema de estructura.

El Director facultativo de la obra dio su consentimiento al cambio del sistema de la estructura de la cubierta porque las certificaciones de obra que libró expresan que la estructura espacial se realizaba con el sistema 3Dé.

El Director facultativo de la obra conocía que durante la instalación de la estructura de la cubierta iban apareciendo graves deficiencias que revelaban su inadecuación.

Así, en el Decreto 1465/2003, de 27 de mayo de 2003, del Presidente del Cabildo, por el que se amplía el plazo de ejecución de la obra de instalación de la estructura de la cubierta, se recoge que la contratista ha solicitado ampliación del plazo de ejecución debido a la detección de patologías en la estructura metálica y se transcribe el informe favorable a la ampliación del plazo emitido por el Director facultativo que concluye "Por otra parte y una vez terminados dichos trabajos, creo

necesario realizar unos ensayos de la estructura espacial, que se determinarán en su momento, dadas las vicisitudes por la que ha pasado esta parte de la obra”.

Esto demuestra que tenía conocimiento de las deficiencias que iba presentando la estructura a medida que se alzaba y que no estaba seguro de su resistencia pues anunciaba la necesidad de someterla a ensayos.

Igualmente, en el informe que suscribe el 17 de enero de 2004, sobre las causas del derrumbe de la estructura de la cubierta, expresa que el 20 de septiembre de 2002 se produjo el desplome de la zona central de la estructura de la cubierta colocada hasta ese momento; y que considera que el desplome total de la estructura el 23 de noviembre de 2003 se debió a un montaje y cálculo defectuoso de la misma con el sistema 3Dé que no ha soportado los esfuerzos solicitados por el proyecto, por lo que concluye proponiendo que se coloque de nuevo toda la estructura con el sistema PALC3 original del Proyecto.

Conforme al art. 197.2 LCAP, el contrato de consultoría y asistencia técnica que ligaba al Director facultativo con el Cabildo Insular tenía por objeto la dirección, supervisión y control de la ejecución de la obra.

Según el art. 12.3 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, son obligaciones del director de la obra, entre otras, la de verificar la adecuación de la cimentación y de la estructura proyectadas a las características geotécnicas del terreno, así como la de resolver las contingencias que se produzcan en la obra y consignar en el Libro de Ordenes y Asistencias las instrucciones precisas para la correcta interpretación del proyecto. Por otra parte, para el Tribunal Supremo, al arquitecto director de la obra le incumbe la general y total dirección de la obra y la supervisión de cuanta actividad se desarrolle en la misma (STS de 19 de octubre de 1998, RJ 1998\7440). La responsabilidad que se le exige se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención (SSTS de 14 de noviembre de 1984, RJ 1984\552, y 27 de junio de 1994, RJ 1994\6505). Sobre él pesa la obligación de solucionar los problemas surgidos, previstos e imprevistos, salvo los supuestos de fuerza mayor, ya que a estos técnicos superiores les asiste la facultad de ordenar cuanto sea preciso para la completa y mejor acabada ejecución de la obra y el desarrollo conveniente del concepto arquitectónico (SSTS de 22 de septiembre de 1994, RJ 1994\6982, y de 19 de noviembre de 1996, RJ 1996\8276). Debe velar por que no se cometan irregularidades en la ejecución de la obra, señalándolas, ordenando su corrección y comprobando

que han sido subsanadas (SSTS de 16 de marzo de 1984, RJ 1984\1247, de 5 de junio de 1986, RJ 1986\3289, de 9 de marzo de 1988, RJ 1988\1609, y de 7 de noviembre de 1989, RJ 1989\7857). Este deber de vigilancia comprende también comprobar cumplidamente la idoneidad de los materiales utilizados (STS de 5 de junio de 1986, RJ 1986\3289).

La dirección facultativa ha incumplido estos deberes pues aceptó y certificó el cambio de la estructura de la cubierta sin comprobar si era adecuada para instalarse en la obra ya realizada; a lo largo de su ejecución conoció que la estructura se distorsionaba por no aguantar su propio peso y no ordenó ninguna medida que evitara su desplome ni su sustitución por la estructura prevista originalmente en el proyecto. Se está ante un incumplimiento de sus obligaciones esenciales como director de la obra que justifica la resolución del contrato de consultora y asistencia técnica.

Como demuestran cumplidamente los informes periciales obrantes en el expediente, el desplome de la estructura ha sido causado tanto porque el nuevo sistema estructural 3Dé no era el adecuado a la obra ya ejecutada como por la defectuosa ejecución en su instalación. De estas sería de averías resultan, pues, responsables tanto la empresa constructora como el Arquitecto Director de las obras. En cuanto al grado de participación de una y otro en la producción del daño, en nuestro Dictamen 141/2004 ya señalábamos que la Administración debe, en la propia Propuesta de Resolución, establecer el de cada uno de los responsables; sin embargo, la Propuesta de Resolución manifiesta que del expediente y pruebas practicadas resulta "imposible atribuir a alguno de los implicados una causa exclusiva, al haber acontecido una sucesión de causas que conllevaron a tener como resultado el siniestro", por lo que concluye que se impone establecer el régimen de solidaridad.

Según el art. 1137 del Código Civil, la concurrencia de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de ellos deba prestar íntegramente el monto total de la misma, pues el régimen de solidaridad no se presume; en cuanto al grado de participación en la obligación, se presumirán iguales cuando no pudiera establecerse expresamente el de cada uno (art. 1138 del Código Civil). Sin embargo, en punto a las obligaciones derivadas del contrato de edificación (contrato de obra de construcción de edificios), la citada Ley de Ordenación de la Edificación establece, sin duda en favor del promotor (en este caso la Administración), la aplicación automática del régimen de la solidaridad en aquellos casos como el presente en que resulte imposible ponderar la responsabilidad de cada agente en la producción del daño al edificio. Así, el art. 17 de la citada Ley determina que la

responsabilidad civil en la edificación será exigible en forma personal e individualizada; no obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. Por ello, deben responder solidariamente tanto el arquitecto como la contratista, sin que a la Administración corresponda entrar en las relaciones entre los responsables en el supuesto de haber satisfecho el total de las indemnización sólo uno de los dos obligados.

En atención a las anteriores consideraciones, procede estimar ajustada a Derecho la Propuesta de Resolución sujeta a nuestro Dictamen.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.