



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 372/2010

(Sección 1ª)

La Laguna, a 2 de junio de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Economía y Hacienda en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato suscrito con la entidad A.M.P.A., S.L., para la redacción del proyecto y dirección facultativa de la obra de rehabilitación del edificio "Antiguo Cuartel de San Carlos", en Santa Cruz de Tenerife (EXP. 298/2010 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 5 de abril de 2010 el Consejero de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias solicita preceptivamente por el procedimiento ordinario y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y 59.1, 111, 112 y 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), y 109 de su Reglamento de ejecución, aprobado por Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación (RGC), Dictamen previo respecto de la Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento de resolución del contrato adjudicado a empresa A.M.P.A. S.L. (el contratista) para la redacción del proyecto y dirección facultativa de la obra de rehabilitación del edificio "Antiguo Cuartel de San Carlos en Santa Cruz de Tenerife".

2. Este contrato fue adjudicado por Resolución de la Dirección General de Patrimonio y Contratación de 15 de octubre de 2001, firmándose el contrato el 30 de octubre de 2001, previa prestación de la fianza debida. El 19 de mayo de 2004, la citada Dirección General autorizó la modificación del proyecto propuesto por la

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

dirección facultativa para la "estabilización de las fachadas y seguridad y salud", prestándose asimismo la garantía debida.

Con fecha 10 de febrero de 2005, la citada Dirección General "suscribió un nuevo contrato" con la dirección facultativa dentro del expediente incoado para "la estabilización del suelo", cuya necesidad se apreció una vez "que se iniciaron las obras", prestándose asimismo la correspondiente fianza definitiva.

II

1. Sin embargo y previo informe de 13 de abril de 2007 del Servicio de Contratación y Junta Consultiva, el Director General de Patrimonio y Contratación ordenó con fecha 9 de mayo siguiente la incoación de procedimiento de resolución del contrato suscrito, con propuesta de incautación de fianza definitiva y abono de daños y perjuicios, por lo que se considera "grave incumplimiento de las obligaciones contractuales" del contratista, que, como consecuencia, "hacen inviable la continuación de la ejecución de la obra en los términos inicialmente proyectados, dado que la realidad actual de la misma no es incardinable en el proyecto inicialmente aprobado, provocando que la obra carezca en la actualidad de proyecto de obra ejecutable".

2. Los hechos a los que se imputa tan grave consecuencia son, según resulta del informe del Servicio de Contratación y Junta Consultiva, de 6 de junio de 2007, los siguientes:

Se han ejecutado "obras fuera del contrato" por un importe de 2.437.824, 46 euros a consecuencia de "órdenes emitidas por la dirección facultativa sin contar con la tramitación del preceptivo procedimiento de contratación de las obras del proyecto complementario de estabilización del suelo, ni con la correspondiente aprobación de proyecto reformado respecto a determinadas partidas derivadas de la memoria de necesidades del proyecto de finalización de obra".

"Parte del presupuesto aprobado fue destinado por la dirección facultativa a abonar las citadas unidades de obra fuera del contrato de obras vigente, repercutiendo su costo en certificaciones de obra correspondientes a unidades de obra que, estando incluidas en el contrato de obras, sin embargo no fueron realmente ejecutadas".

En consecuencia, "faltan por ejecutar partidas necesarias para la ejecución de la obra que, no obstante, en la actualidad no se pueden ejecutar porque las modificaciones realizadas por la dirección facultativa condicionan sustancialmente

las especificaciones técnicas de algunas de dichas partidas y cuyo coste no puede ser el previsto inicialmente en el proyecto aprobado”.

Del “importe total de obra ejecutada fuera de proyecto, 90.862, 53 euros corresponden a unidades de obra no necesarias para la ejecución de la obra y que previstas en la memoria de necesidades del proyecto de finalización de obra fueron realizadas por decisión de la dirección facultativa sin contar con la previa modificación del contrato de obras ni con la correspondiente aprobación de proyecto reformado”.

3. El origen de tal secuencia de hechos deriva de la ejecución de obras de estabilización del suelo, la cual la dirección facultativa entiende fue autorizada por la Administración sin que le sea imputable la falta de dotación presupuestaria suficiente; la Administración, por el contrario, entiende que no autorizó la modificación, por lo que la ejecución y abono de estas obras se produjo fuera de los cauces que la legislación contractual dispone para incidencias como la reseñada, que no es otra que la tramitación y aprobación de un proyecto de reformado.

La obra contaba con un proyecto original y un primer reformado cuyo objeto era la “estabilización de la fachada y seguridad y salud”. Posteriormente, se redactó un nuevo proyecto de “estabilización del suelo”, que se aprobó, pero no llegó a incorporarse como objeto del contrato de obras, mientras que el “reformado de finalización de obra” tan solo fue planteado y supervisado como memoria de necesidades, “sin que en ningún momento se llegara a contratar su redacción, y, por tanto, en ningún momento fuera aprobado por la Administración”.

Es decir, que en ninguno de estos dos casos se llegaron a aprobar los correspondientes modificados del contrato de obras cuya ejecución se debió “únicamente a la decisión de la propia dirección facultativa de obras”, sin que haga las veces de necesaria autorización administrativa la “mera contratación de la redacción de un nuevo proyecto” y la “supervisión del facultativo de la Administración”.

III

1. Desde luego, “la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, en su caso, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto” (art. 122 TRLCAP). La supervisión, que debe ser anterior a la aprobación del proyecto (art. 128 TRLCAP), puede ser facultativa o preceptiva, siendo

preceptiva siempre que afecte a la "estabilidad de la obra"; lo que es el caso. Su objeto será "verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica, que resulten de aplicación para cada tipo de proyecto" (art. 128 TRLCAP), además de las funciones que menciona el art. 136 RGC).

Por otro lado, aprobado el proyecto "y previamente a la tramitación del expediente de contratación de la obra se procederá a efectuar el replanteo del mismo", con la finalidad que describe el art. 140 RGC, tras lo que "el replanteo se incorporará al expediente de contratación" (art. 129 TRLCAP), al que de forma asimismo preceptiva deberá incorporarse la aprobación de "los gastos complementarios precisos"; lo que exige incorporar al expediente el "certificado de existencia de crédito presupuestario" y la "fiscalización previa" (art. 138.4 y 5 RGC).

Complementario de este conjunto normativo son las cláusulas 59 y 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado (aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre), de las que se desprenden idénticas obligaciones de "aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente" con la excepción de las denominadas obras de "emergencia". Asimismo, se dispone que "las modificaciones (...) que no estén debidamente autorizadas (...) originarán responsabilidad en el contratista, sin perjuicio de la que pudiere alcanzar a los funcionarios encargados de la dirección, inspección o vigilancia de las obras".

2. La cuestión es que la dirección facultativa consideró que la supervisión del proyecto por parte del arquitecto supervisor equivalía a "instrucciones (...) para ejecutar dicho proyecto". También que el acta de replanteo previo equivalía al acta de comprobación de replanteo (art. 139 RCE), con la que comienza la ejecución del contrato; lo que significaría que el expediente fue tramitado y aprobado de conformidad con las previsiones anteriormente citadas.

En este caso, la Administración acepta que la ejecución de las referidas obras, que concernían a la estabilización del suelo, "eran necesarias para la conclusión de la obra" (de rehabilitación del edificio de referencia), pero ello no obsta para que el comportamiento de la dirección facultativa incurra en "causa grave de resolución del contrato" por los motivos antes expuestos, toda vez que "el importe de tales partidas fue repercutido (por no haber sido aprobado el modificado correspondiente) en certificaciones de obra correspondientes a unidades de obra que, estando incluidas en el proyecto aprobado, realmente no fueron ejecutadas)", generándose

una grave incongruencia en las certificaciones emitidas por la dirección facultativa, que correspondían a unidades de obra diferentes a las del proyecto de la obra de rehabilitación, no ejecutadas en realidad pero usadas al efecto, e imposibilitándose consecuentemente la ejecución efectiva de éstas últimas, por demás indebidamente certificadas.

En definitiva, la Administración no se percató en su momento que la obra certificada y abonada no correspondía a la obra realmente ejecutada, descubriéndose la situación con ocasión de la certificación nº 26 "con cuyo importe la Administración constata que se agota la práctica totalidad del crédito presupuestario contraído pese a que la obra aun no estaba concluida, circunstancia que motivó la correspondiente auditoria y subsiguiente inicio del procedimiento de resolución del contrato".

Y, en lo que concierne al proyecto de finalización de la obra -proponiendo la dirección facultativa, a través de una Memoria de necesidades, la ejecución de ciertas unidades de obra, con propuesta de suspensión del plazo de ejecución-, tal proyecto fue supervisado por el arquitecto supervisor de la Administración el 27 de julio de 2005, quien señaló "la necesidad de elaboración de un programa de necesidades que aborde la resolución técnica de diversas incidencias constructivas detectadas en el desarrollo de la obra, sin cuya tramitación administrativa y aprobación resulta inviable la continuación de la obra".

En este sentido, la dirección facultativa considera autorización lo que es una simple constatación de la necesidad de su realización, pero sin que esa supervisión signifique "aprobación", pues ésta efectivamente requiere la tramitación y aprobación del correspondiente expediente.

3. En todo caso, lo cierto es que los proyectos de modificación de las obras de rehabilitación no aprobados, pero ejecutados en relación con los proyectos contratados con la dirección facultativa, alteran el proyecto inicial de forma tan determinante que lo hacen inviable en la actualidad, lo que, siendo ello debido a la actuación de la dirección facultativa, supone otra causa de resolución del contrato de dirección de la obra.

En este sentido, la resolución se debe a esta concreta causa y no a "deficiencias del proyecto" o a la "desviación del presupuesto previsto en el proyecto aprobado respecto al costo real de la obra".

No obstante y en lo que atañe a los daños y perjuicios causados a la Administración (de los que debiera responder la dirección facultativa en cuanto exceda de la fianza definitiva que se incauta, art. 113.4 TRLCAP, lo que se concreta por el art. 113 RGC en atención al “retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”, en los términos que precisa el art. 219 TRLCAP), se considera que “tales unidades pueden considerarse necesarias o convenientes para la conclusión de la obra, estando motivadas por circunstancias no previstas en los proyectos aprobados, debido a las especiales características y dificultades del inmueble a rehabilitar”.

Consecuentemente, “el mayor gasto que para la Administración representa la ejecución de tales unidades y la inviabilidad del proyecto inicial no pueden imputarse como daños y perjuicios que la dirección facultativa deba de indemnizar a la Administración”.

4. Por lo tanto, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, ha de concluirse que la propuesta de resolución del contrato de referencia es conforme a Derecho, sin perjuicio de que pudieran ser objetables las sucesivas declaraciones de caducidad e incoación de nuevo procedimiento resolutorio por supuesto transcurso del plazo legalmente dispuesto para resolver pues esta causa no es aplicable en materia de contratación sin más.

Sin embargo, no es relevante la circunstancia de que formara parte en su día de la contrata, como sociedad limitada, de un socio que aquélla ha pedido, sin éxito, que fuera llamado al procedimiento pues, al perder su condición y subsistir la sociedad, no procede que intervenga en el mismo, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar de conformidad con lo dispuesto en los estatutos sociales y acuerdos adoptados, tal y como se razona en la Propuesta de Resolución.

IV

Ha de observarse que, aunque proceda la resolución de conformidad con la legislación aplicable en función de los hechos descritos, ha de reconocerse también la producción de ciertas incidencias relevantes en la ejecución del presente contrato. Por una parte, con frecuencia, los contratos de obra no se logra que sean ejecutados con pleno ajuste al proyecto original redactado, de modo que, por diversos motivos, es necesaria la redacción y aprobación de modificados del proyecto y, por fin, del contrato.

Por otro lado, también suele ocurrir que, en estos casos, la ejecución del contrato sea más ágil que la tramitación del modificado, por lo que, como este Consejo ha constatado al intervenir en procedimientos de modificación contractual, que las obras correspondientes al modificado se han ejecutado con anterioridad a que el proyecto modificado haya sido aprobado de conformidad con las normas de aplicación. Por eso, es frecuente que, dadas las circunstancias, se acuda al procedimiento de liquidación de obra ejecutada para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, independientemente de la procedencia o no de la modificación supuestamente propuesta.

En este caso, la resolución contractual se propone, no por vicios o defectos de proyecto redactado por el que luego sería el director facultativo de la obra, sino por el hecho de que este ordenase el comienzo de las obras de un posible modificado sin que éste hubiera sido aprobado y, por ello, sin consignación presupuestaria y con los efectos descritos.

En esta ocasión, sin optar por una solución práctica que satisficiera los intereses de las partes implicadas, incluyendo al contratista, se ha optado por una estricta aplicación de la ley, pero al efecto es preciso analizar el comportamiento de la Administración y dirección facultativa para alcanzar una determinación exacta y real de los hechos en los que se funda la propuesta de resolución contractual.

Así, la dirección facultativa no ordenó la realización de obras intrascendentes o maliciosas, pues se reconoce que eran debidas y necesarias.

No parece que la dirección facultativa, sin conocimiento de la Administración, de mala fe, ordenara una ejecución de obras ilegal.

Es más, la contrata directora obtuvo el contrato de dirección para unas obras por cuya anticipada ejecución ahora se le resuelve, pero las certificaciones fueron revisadas por la Administración; el arquitecto supervisor informó favorablemente el proyecto y visitó las obras, así como el titular del órgano de contratación, el Director General. En resumidas cuentas, parece que la Administración era consciente de que se realizaban las obras del modificado pese a no haberse aprobado el correspondiente expediente y este aspecto debería tener expresión en las consecuencias de la resolución del contrato.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución se estima conforme a Derecho, sin perjuicio de las observaciones efectuadas en el Fundamento IV.