



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 684/2010

(Sección 1ª)

La Laguna, a 5 de octubre 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 unilateral del contrato para la ejecución de la obra de rehabilitación del edificio "Antiguo cuartel de San Carlos" en Santa Cruz de Tenerife, suscrito con la entidad D., S.A. (EXP. 640/2010 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito de 16 de julio 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 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), Dictamen respecto de la Propuesta de Resolución que culmina el procedimiento de resolución del contrato adjudicado a la empresa D., S.A. (el contratista) para la rehabilitación del edificio "antiguo cuartel de San Carlos".

La Propuesta de la Resolución a adoptar en su momento por el órgano de contratación (art. 59.1 TRLCAP), que resulta ser el Director General de Patrimonio y Contratación, funda la decisión que se pretende en los siguientes hechos:

Haber incumplido el contratista "obligaciones contractuales esenciales" [art. 111.g) TRLCAP].

Haber introducido modificaciones que representan "una alteración sustancial del proyecto inicial" [art. 149.e) TRLCAP], como es la "sustitución de unidades que

*PONENTE: Sr. Lazcano Acedo.

afecten, al menos, al 30 por ciento del precio primitivo del contrato" (art. 150.1 TRLCAP).

Incumplir la obligación que impone el art. 147.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGC), conforme al cual "para las obras o partes de obra cuyas (...) características hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas, el contratista está obligado a avisar a la dirección con la suficiente antelación, a fin de que ésta pueda realizar las correspondientes mediciones y toma de datos, levantando los planos que las definan, cuya conformidad suscribirá el contratista".

Finalmente, por contravenir la cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, conforme a la cual "ni el contratista ni el director podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente", a excepción de "la variación del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto" o se trate de obras de "emergencia", lo que no es el caso.

Se señala que este asunto vuelve a la consideración del Consejo tras emitir éste su Dictamen 373/2010, de 2 de junio, que concluía que "en la Propuesta de Resolución debe darse respuesta motivada a todas las observaciones (reparos) planteadas (...) procediendo elaborar, consecuentemente, una nueva Propuesta de Resolución, tras la instrucción que proceda, en su caso, que someter a este Consejo". Justamente, la nueva solicitud de Dictamen viene acompañada de un informe, no firmado, del Director General de Patrimonio y Contratación, que hace las veces de Propuesta, que presenta una estructura formal peculiar al distinguir entre HECHOS Y TRÁMITES DEL PROCEDIMIENTO", "CONCLUSIONES DE HECHO" Y "FUNDAMENTOS DE DERECHO".

Las citadas "CONCLUSIONES DE HECHO" no son otra cosa que la valoración del informante en relación con los hechos y trámites -entre los que se incluye el Dictamen que este Consejo ha emitido- sobre los siguientes aspectos: "la inviabilidad de la finalización del contrato de obras"; "la inviabilidad de la resolución del contrato por mutuo acuerdo y procedencia de la resolución unilateral por la Administración"; "la liquidación a practicar con motivo de la resolución unilateral del contrato", y "las circunstancias a tener en cuenta para resolver la incautación de la garantía constituida" por el contratista. Salvo esta última cuestión, en las demás se

reiteran o aclaran los argumentos y razones que ya fueron objeto de consideración en las actuaciones y que quedaron reflejadas en el Dictamen que se ha emitido.

En ese Dictamen se dijo que el informe que hacía las veces de Propuesta de Resolución no reunía las condiciones formales ni materiales de una propuesta de resolución contractual ya que, no contenía "relación pormenorizada de hechos ni incidentes determinantes de la resolución contractual que se pretende (art. 89.1 LRJAP-PAC)"; silenciaba "otros aspectos del expediente que no resultan favorables a la gestión administrativa desarrollada"; y se limitaba a <<contener cláusulas de remisión ("visto") a los informes y documentos que obran en las actuaciones>>. Defectos formales que se han rectificado en esta ocasión, pues el nuevo informe-Propuesta efectúa, dentro del apartado que denomina "HECHOS Y TRÁMITES DE PROCEDIMIENTO", un relato fáctico cronológico, siendo los últimos hechos y fechas la solicitud anterior de Dictamen a este Consejo, el 28 de abril de 2010, y la remisión a este Consejo de la presente solicitud de Dictamen, a la que acompañaba "nuevo borrador de Resolución incorporando los aspectos a que hacía referencia su Dictamen anterior".

II

Siguiendo el Dictamen emitido, se analizará su contenido (*en cursiva*) haciendo las aclaraciones o matizaciones que correspondan al hilo del nuevo informe-Propuesta -que no consta haya sido objeto de alegaciones o de audiencia a la parte interesada, con los efectos que luego se dirán-, que figurarán para su identificación en formato distinto (**tabulado y en negrita**).

1.- 2. <<3. *En las actuaciones consta la discrepancia entre la Administración y el contratista sobre dos aspectos concurrentes en la liquidación del contrato: la liquidación final de la obra realmente ejecutada y la revisión de precios. Son dos partidas distintas, que deben ser convenientemente singularizadas. Al respecto se significa que la Administración, que rebajó en varias ocasiones la liquidación favorable al contratista de ambas partidas, consideró "inviabilidad jurídica contemplar como obra sujeta a revisión de precios aquella no establecida en el proyecto o ejecutada dentro del periodo temporal correspondiente a la paralización técnica de la misma", siendo así que la obra era necesaria y la paralización fue producto de la acción/omisión también de la Administración.*

Como se verá en la descripción de hechos, fue realmente complicado determinar la obra realmente ejecutada y su valor, pues el contratista, que se retrasó en la información precisa para poder proceder a ello, lo que finalmente tuvo lugar el 19 de enero de 2010. En ese informe, los técnicos de la Intervención General en su informe concluyen que “si se acepta la cantidad solicitada por el contratista en concepto de estabilización de suelos y teniendo en cuenta las cantidades abonadas y ejecutadas, estén o no conforme con el proyecto, resultaría un saldo favorable a la Administración de 118.435, 18 euros”. Valoración que es finalmente la que figura en la Propuesta de Resolución, en la que sin embargo no se hace referencia a “la cantidad solicitada por el contratista en concepto de estabilización de suelos”, que se acepta en términos hipotéticos.

La Propuesta de Resolución debe resolver asimismo esta cuestión.

De hecho, el contratista, tras la rebaja de la valoración efectuada por la Administración, hizo reserva de la posible petición de daños y perjuicios sufridos. Lo más coherente sería abonar lo debido al contratista, pero también exigirle los daños y perjuicios que procedan, en su caso, sobre los que la Propuesta de Resolución guarda silencio>>.

Respecto de esta cuestión, el informe-Propuesta se ratifica en el saldo favorable a la Administración de 118.435, 18 €, según pericia externa realizada al efecto, que “cuantifican los importes de la obra realmente ejecutada y de la obra certificada, e incluyen las unidades resultantes de los sondeos realizados respecto de la estabilización de suelo”.

2.- <<II

La resolución del contrato por culpa del contratista determina la incautación de la garantía y la indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada (art. 113.4 TRLCAP). La Resolución que se adopte deberá contener pronunciamiento expreso sobre la “procedencia o no de la pérdida” de la misma (art. 113.5 TRLCAP), lo que no se hace en este caso, pues sólo se indica que el importe de la liquidación, favorable a la Administración, “deberá hacerse efectivo por la empresa contratista, respondiendo de ello la garantía constituida>>.

El nuevo informe-Propuesta considera que “las unidades de obra ejecutadas fuera de proyecto fueron realizadas por orden de la Dirección facultativa [por lo que (...)] ponderando las circunstancias de su ejecución

resulta procedente considerar que, a la vista de la Jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo al respecto, anteriormente citada, el presente supuesto puede incluirse dentro de los supuestos en que resulta justificada la no aplicación de la incautación de la garantía”, lo que ha sido llevado al Resuelvo de forma expresa, donde se hace constar la indicación “sin incautación de garantía”.

<<Nada se dice tampoco de los daños y perjuicios irrogados a la Administración, derivados del “retraso” que implique para la inversión proyectada” y los “mayores gastos que se ocasione a la Administración” (art. 113 RGC)>>.

En la nueva Propuesta tampoco se dice nada al respecto. La omisión de cualquier referencia en este sentido determina que la Administración entiende que no se han producido daños ni perjuicios.

3.- *<<2. No se estima procedente la cita parcial del art. 147.3 RGC en la fundamentación de la Propuesta de Resolución. Ese precepto indica que “para las obras o partes de obra cuyas dimensiones y características hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas, el contratista está obligado a avisar a la dirección con la suficiente antelación, a fin de que ésta pueda realizar las correspondientes mediciones y toma de datos, levantando los planos que las definan, cuya conformidad suscribirá el contratista”. Tal fue el caso. Se ejecutó un modificado relativo a la estabilización del suelo, obra de cuantioso importe que quedó oculta tras su ejecución, sin que se adoptaran las previsiones legales. De hecho, consta en las actuaciones la discrepancia sobre si esa obra tuvo lugar o no, acordándose incluso la realización de catas para la comprobación de la efectiva realización de tales obras, dando su conformidad el arquitecto supervisor el 10 de julio de 2007.*

Al margen de que, al parecer, el arquitecto supervisor no supervisó cuándo y dónde debía, el propio precepto legal que se cita parcialmente en la Propuesta da una respuesta a tal incumplimiento, al señalar que “a falta de aviso anticipado, cuya existencia corresponde probar al contratista, queda éste obligado a aceptar las decisiones de la Administración sobre el particular”. La Administración pudo, pues, haber decidido y la decisión ser obligatoria para el contratista. Resolver el contrato por esta causa cuando la propia Ley dispone de un mecanismo que solventa la discrepancia no parece tener sentido. Si no se actuó cuando se debía y por el procedimiento dispuesto, no parece que esta cita sea ahora pertinente. A lo sumo, sería otro incumplimiento ya citado: modificación de obra no autorizada>>.

En la nueva Propuesta se indica que la Dirección facultativa ordenó las obras de estabilización, ejecutadas por el contratista, "sin esperar la conclusión del correspondiente procedimiento de aprobación del expediente de contratación" argumentando "razones de urgencia" basadas en el peligro que corría la estructura si se demoraba la ejecución de la obra. Para tal eventualidad, el contratista debe avisar a la Dirección facultativa "con la suficiente antelación, a fin de que ésta pueda realizar las correspondientes mediciones y toma de datos, levantando los planos que las definan, cuya conformidad suscribirá el contratista". El Director estaba avisado; lo sabía en cualquier caso, pues no lo podía ignorar; debía haber hecho las mediciones y el contratista, en su caso, requerírselas para la firma. Ninguno de los dos cumplió con su obligación; al menos, con el celo debido. Es obvio, incluso para un profano, que antes soterrar una obra debe medirse.

4.- <<III

1. El análisis de la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución exige efectuar el relato sucinto de los hechos.

- El 28 de abril de 2003 se formaliza el contrato de adjudicación de la obra a la empresa D., S.A., por un importe de 2.732.029, 28 euros.

- El 14 de noviembre de 2003 informa la dirección facultativa solicitando la realización de un proyecto reformado de estabilización de fachadas.

- El 13 de mayo de 2004, se firma la modificación nº 1 del contrato de ejecución (estabilización de fachadas) por un importe de 819.660,27 euros, lo que asciende al 30,002 % de la obra principal.

- El 19 de mayo de 2004, se encarga (sic) a la dirección facultativa la redacción y dirección del citado proyecto modificado.

- El 10 de febrero de 2005, previo informe de la dirección facultativa de diciembre de 2004, se encarga a la dirección facultativa un proyecto complementario para la estabilización de suelos, "tramitándose un año y medio después y no junto con el primer modificado".

- El 8 de julio de 2005 se informa negativamente por la Intervención General el Proyecto Reformado de Estabilización del Suelo (su importe acumulado a los anteriores, supondría el 86,749% del presupuesto inicial).

- El 21 de julio de 2005, el contratista solicita la suspensión de las obras por "la necesidad de elaboración de un programa de necesidades que aborde la resolución técnica de diversas incidencias constructivas en el desarrollo de la obra, sin el cual resulta inviable continuar con la ejecución de la misma", habiéndose abonado a tal fecha 1.312.457, 55 euros (certificación 25) y restando por ejecutar 238.198, 84 euros.

- El 5 de septiembre de 2005, se firma acta de suspensión de las obras a solicitud del contratista por las anteriores circunstancias.

- El 28 de octubre de 2005 se amplió el plazo de suspensión por dos meses más.

- El 28 de diciembre de 2005, se firma la certificación nº 26, con lo que se ha ejecutado el 99, 97% del importe total de la obra contratada.

- El 29 de diciembre se amplía el plazo otros dos meses.

- El 21 de febrero de 2006, se tramitó expediente de redacción y dirección de "proyecto de terminación de las obras con un presupuesto de proyecto de 1.969.090, 77 euros [(...) y] unos honorarios de 106.119, 28 euros".

- El 28 de marzo de 2006, la Intervención Delegada remite a la Intervención General el expediente para que realizara una "comprobación de la obra, ya que el (primer) modificado aprobado y el expediente que se pretendía tramitar (...) superaba el 100% del importe de ejecución material del proyecto principal"

- El 21 de junio de 2006, el Interventor General interesa de los facultativos de la Intervención informe sobre "la situación actual de las obras", la "correspondencia entre la relación valorada de la última certificación abonada, la certificación nº 25 y la obra realmente ejecutada".

- El 5 de julio de 2006, se emite informe por el técnico de la Intervención General sobre el estado de ejecución de las obras, resultando que: "las obras ejecutadas no se corresponden con el proyecto aprobado"; "las certificaciones 25, 26 y 27 no coinciden con las unidades de obra realmente ejecutadas"; "no se han iniciado las obras de las unidades correspondientes a varios capítulos [(...) que representan el 37.581% del total del contrato], aunque se ha certificado"; "no se ha podido determinar parte del 62,419% del resto de los capítulos certificados por falta de documentación y justificación por parte del contratista". Para determinar las unidades que se han ejecutado del proyecto vigente se deben acreditar las "obras que en realidad se han ejecutado en el edificio y su correspondencia con el proyecto,

especificando además las obras que se han ejecutado sin tener en cuenta la aprobación por parte del órgano de contratación”.

- El 25 de julio de 2006, la Intervención General remite escrito a la Dirección General de Patrimonio y Contratación solicitando información sobre determinados aspectos: el reintegro por el contratista de la obra certificada y no ejecutada; la no coincidencia entre proyecto y obra ejecutada y certificada; la “incongruencia” entre algunas fechas (las fechas de aprobación y redacción del proyecto y el presupuesto; así como las fechas de supervisión del proyecto, la fecha de adjudicación del primer modificado con la fecha de adjudicación de su redacción); si se han depurado responsabilidades por la discrepancia señalada entre obras certificadas y abonadas que no se corresponden con lo realmente ejecutado y sobre la ejecución que no se corresponde con el proyecto formalmente aprobado por la Administración; finalmente, que se certifique el resto de la obra certificada y abonada, si ha sido ejecutada.

- El 9 de agosto de 2006, se recibe el escrito de la Dirección General de Patrimonio dando cuenta de las actuaciones realizadas por dicho centro directivo en relación con el informe anterior.

- El 23 de octubre de 2006, los facultativos de la Intervención General, emiten informe que concluye precisando que “no es posible determinar el coste real de las unidades que se han ejecutado en la obra, independientemente de su adecuación o no al proyecto aprobado o que se correspondan con las órdenes de la dirección facultativa”. Tampoco “el coste total que va a suponer la realización total de las unidades de obra necesarias para la terminación total del edificio”; el contratista debe justificar “las unidades de obra que realmente ha ejecutado y calcular el coste de las mismas de acuerdo con los precios del contrato para las unidades contempladas en el mismo, y las unidades de obra que realmente se han ejecutado y que no estaban previstas en el contrato y determinar los precios de acuerdo con los precios del mercado y los que se pueden determinar en base a los precios descompuestos que figuran en el contrato”

- Mediante escrito de 3 de noviembre de 2006, la Intervención General reitera a la Dirección General que con la información entregada “es imposible determinar el coste de la obra ejecutada”.

- El 11 de enero de 2007, se reunieron el Interventor General y los facultativos de la Intervención General y el arquitecto supervisor de las obras de la Dirección General de Patrimonio, precisando la Intervención al técnico de Patrimonio la

necesidad de aportar "ensayos que demuestren la realización del importe del capítulo de estabilización de suelos, la "realidad física de la obra con presupuesto y planos" y la "justificación de los precios a precios de mercado".

- El 10 de abril de 2007, se corrige por el técnico de Patrimonio el saldo favorable al contratista, que pasa de 764.590,38 euros (en base a la documentación aportada por la empresa adjudicataria y la dirección facultativa) a 609.278,15 euros.

- El 16 de abril de 2007, la Dirección General de Patrimonio solicita de la dirección facultativa la propuesta de liquidación de las obras realmente ejecutadas, fijando los saldos pendientes a favor o en contra del contratista.

- Con fecha 2 de mayo de 2007, el órgano de contratación cifró la liquidación del contrato de obras en 609.278,15 euros; notificada a la empresa el 8 de mayo de 2007, ésta mostró su conformidad "siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la legislación aplicable".

- El 13 de julio de 2007, la Dirección General de Patrimonio remite expediente de resolución del contrato por mutuo acuerdo, para fiscalización de la Intervención General.

- El 8 de octubre de 2007, la Dirección General de Patrimonio y Contratación remite escrito a la Intervención General, en respuesta al suyo de 2 de agosto, del que resulta que "la dirección facultativa ordenó indebidamente la ejecución de unidades de obra no previstas en el proyecto aprobado (...) aunque se consideran necesarias o convenientes". Se aporta nueva documentación.

- El 28 de diciembre de 2007, la empresa contratista remite a la Intervención General escrito de la contrata aportado a la Dirección General en el que "se reconoce que la relación de precios de la certificación nº 27 es errónea desconociendo el motivo de estos errores no intencionados", y se adjunta nueva "relación de precios", que interesa sea aceptada.

- Con fecha 14 de enero de 2008, los facultativos de la Intervención General advierten en esa relación "graves errores, precios excesivos en las unidades de obra ejecutada que se pretenden justificar, solicitando se haga nueva relación de acuerdo con los "precios de mercado, estado de mediciones documentado y que esté avalado por el correspondiente informe de supervisión".

- Con fecha 31 de enero de 2008, el contratista fue notificado del saldo de la liquidación del contrato al haberse aceptado como "cuantías aceptables las

especificadas en su día en la certificación ordinaria nº 26" resultando un saldo de 422.129, 19 €. El contratista por fax se opone a tal liquidación alegando que la Administración ha ido contra sus propios actos al rectificar la liquidación anterior, sin tener en cuenta que la empresa "ha soportado gastos por daños y perjuicios cuya inclusión en la liquidación podría reclamar y no lo ha hecho" (intereses de demora por pago tardío, revisión de precios y gastos financieros de mantenimiento de aval pese a que el órgano de contratación ha reconocido que la obra es inviable). No obstante, con el fin de no dilatar más el procedimiento de liquidación manifiesta el 29 de abril su conformidad a esa liquidación en 422.129, 19 euros más 173.161, 90 euros en concepto de revisión de precios.

- En informe de 15 de julio de 2008, el arquitecto de la Consejería estima que en concepto de revisión de precios corresponde al contratista la cantidad de 99.786, 36 euros, y no los 173.161, 90 euros propuestos por la contrata y la dirección facultativa, "pues considera "inviable jurídicamente el contemplar como obra sujeta a revisión de precios aquella no establecida en el proyecto o ejecutada dentro del periodo temporal correspondiente a la paralización técnica de la misma", a lo que se opone el contratista en escrito de 14 de agosto de 2008, quien reitera la aplicación de la liquidación a la que dio su conformidad "sin perjuicio de la reclamación de los daños y perjuicios que ha generado la paralización y los intereses de demora, los daños y perjuicios soportados por los defectos de proyecto y gastos financieros por avales indebidamente vigentes".

IV

1. Se ha iniciado y concluido el procedimiento resolutorio -que comenzó de mutuo acuerdo pero que concluyó sin él- con cumplimiento de las previsiones de índole formal que al efecto contempla la legislación vigente. Concretamente, y además de lo ya expresado en relación con la competencia resolutoria del procedimiento incoado, la preceptiva audiencia al contratista [art. 109.1.a) RGC] mas no al avalista [109.1.b) RGC], ni al director facultativo de la obra, a quien el contratista de una manera indirecta imputa la responsabilidad por los hechos de los que dimana la resolución contractual que se dictamina. Obra asimismo el preceptivo informe del Servicio Jurídico [art. 109.1.c) RGC], y se ha interesado la, asimismo preceptiva, intervención de este Consejo Consultivo, pues consta que se ha formulado oposición del contratista [art. 59.3.a) TRLCAP y art. 109.1.d) RGC].

Es procedente, ahora, significar que se ha tramitado, encontrándose en este momento en este Consejo para preceptivo Dictamen, la resolución del contrato de

dirección facultativa suscrito con la empresa AMP-A. S.L. por incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales; particularmente, haber ordenado obras de un modificado no aprobado, con cargo a partidas del proyecto original, cuya ejecución debió ser abonada con cargo a la liquidación final de la obra, y, así, haber autorizado unidades innecesarias para la adecuada terminación de la obra contratada.

Ciertamente, el director facultativo alega que la modificación fue favorablemente supervisada y que el órgano de contratación y facultativos del mismo conocían la ejecución de esas obras, por lo demás necesarias>>.

No se ha cumplimentado el trámite de audiencia al avalista [109.1.b] RGC], ni al Director facultativo de la obra. Que éste esté incurso asimismo en su propio procedimiento de resolución contractual no le priva de sus derechos como interesado en el presente. Basta decir en este punto que la no incautación de la fianza al contratista se fundamenta en que “las unidades de obra ejecutadas fuera de proyecto fueron realizadas por orden de la Dirección facultativa”. Claro que, por lo que respecta a esta cuestión, las razones del Director facultativo obran en las actuaciones de su procedimiento resolutorio; es decir, existen. Justamente, porque existen debieran haber sido traídas a este procedimiento a fin de que la contradicción entre partes fuera perfecta.

5.- <<2. Estamos aquí, ciertamente, ante una resolución distinta, la del contrato de obras, pero el contratista alega que los hechos determinantes de la resolución son ajenos a su voluntad, derivando la responsabilidad a la dirección facultativa, lo que es una forma de excusar su responsabilidad contractual. Pero es que ni uno ni otro podían haber actuado sin la mutua conformidad material.

Si el contratista se hubiera opuesto a la modificación propuesta y no aprobada, el director facultativo no hubiera podido actuar fuera del proyecto; si el director facultativo se hubiera opuesto a las obras realizadas por el contratista, éste no hubiera podido llevarlas a cabo. Así, el concurso de ambos fue determinante para el incumplimiento de este contrato.

La consecuencia de ello es que ambos procedimientos de resolución están relacionados, sin que pueda desconocerse la información obrante en ambos.

Con carácter preliminar hemos de dejar constancia de la larga duración de los citados procedimientos de resolución contractual, debido “fundamentalmente porque pese a los reiterados requerimientos cursados a la dirección facultativa y a la empresa contratista de las obras no se ha podido determinar el importe real de las obras ejecutadas a liquidar, tanto respecto de las unidades incluidas en el proyecto aprobado como respecto a unidades ejecutadas sin estar incluidas en el mismo, ni en ningún otro proyecto reformado que se hubiera aprobado posteriormente”. En esta incidencia se han tardado tres años.

3. El contratista puede ampararse -y se ampara- en la orden de la dirección facultativa, pero también podía haberse opuesto, dejando constancia en el Libro de Órdenes, cuya consulta sería determinante a estos efectos. Y parece que no lo hizo.

En este contexto no puede dejarse de señalar el dato de que se inició, tramitó y aprobó un primer proyecto modificado (estabilización de fachadas) siendo así que asimismo se había informado de la necesidad de proceder a obras de estabilización del suelo, sin que esta necesidad tuviera acogida en el modificado tramitado y aprobado, excluyéndose del mismo, y ejecutándose sin la debida aprobación, ni, por supuesto, la obligada consignación presupuestaria>>.

La nueva Propuesta explica que tal inclusión no pudo ser llevada a cabo porque “la Intervención consideró que el nuevo proyecto no podía ser tipificado como obra complementaria, sino que debía tramitarse como un nuevo modificado del proyecto inicial, al que posteriormente, en un nuevo informe de fiscalización, tampoco consideró viable porque su importe acumulado supondría el 86,75% del presupuesto inicial, y por considerar que la estabilización del suelo fue objeto del primer reformado aprobado”.

6.- <<4. En el expediente del procedimiento de resolución del contrato suscrito con la dirección facultativa consta -al menos por declaración del director facultativo- que el arquitecto supervisor y el propio Director General conocían la obra de estabilización del suelo; la visitaron, por lo que, aparentemente, consintieron y autorizaron. Se trataría, en suma, de una de tantas modificaciones fácticas de un contrato de obras que, en mala práctica, se ejecuta sin aprobación y se liquida con posterioridad.

La cuestión es que el arquitecto supervisor ha intervenido en ambos procedimientos de resolución, especialmente en el del contrato de dirección facultativa, sin haber comparecido (llamado) al procedimiento de resolución del contrato de obras, siquiera, en calidad de testigo, habida cuenta de que la

Intervención General, con fecha 14 de noviembre de 2008, a la par que informa desfavorablemente el expediente de resolución contractual de mutuo acuerdo -toda vez que el contratista se había reservado su derecho a solicitar daños y perjuicios- concluye con petición de depuración de "responsabilidades que, en su caso hubiera lugar, respecto del arquitecto de esa Dirección General que ha supervisado la ejecución de las obras del proyecto de rehabilitación>>.

Nada de ello ha tenido lugar. Ni ha sido llamado el arquitecto-director, ni se han depurado responsabilidades, ni se han obtenido consecuencias del conocimiento general y consentido de lo que estaba pasando.

7.- <<5. El informe de la Intervención General, de 25 de julio de 2007, pone de manifiesto la "incongruencia" en las fechas de ciertos trámites (aprobación del proyecto, redacción del proyecto, presupuesto, por un lado; y la supervisión del proyecto, la fecha de adjudicación del primer modificado y la adjudicación del proyecto de redacción, por otro) que no guardan la secuencia lógica y legal. Precisamente, se han ejecutado obras sin la debida autorización administrativa de un modificado que estaba supervisado favorablemente, habiéndose firmado incluso el contrato de dirección, siendo por lo demás obras necesarias para el buen fin del proyecto.

La gestión administrativa pudo predisponer al director facultativo y al contratista a actuar en el mismo sentido en beneficio de la obra, posponiendo los aspectos formales a la futura aprobación del modificado o a resultas de la liquidación final de obra. Ahora bien, la ilegalidad no admite excusas, especialmente en la actuación, activa u omisiva de la Administración, que debe actuar en defensa de los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley>>.

Tampoco se ha valorado la incidencia que en el curso de los hechos pudiera haber tenido la gestión administrativa desempeñada.

8.- <<V

1. Analizada por la Intervención General la nueva documentación, el 22 de agosto de 2008 precisa que se "advirtieron defectos similares" a los ya detectados anteriormente, como "precios fuera de mercado", "contradicciones", "duplicidad de partidas", "precios no justificados", y "unidades de obra que nada tienen que ver con la obra, como la escultura de la plaza de Presidencia de Gobierno".

Celebrada el 25 de septiembre de 2008 una reunión entre todas las partes - órgano de contratación, dirección facultativa, contratista, Intervención General, con sus facultativos, y el Secretario General Técnico-, acuerdan que los técnicos se reúnan el 6 de octubre a fin "de llegar a un acuerdo sobre el importe de la liquidación del expediente administrativo". En esta reunión, los facultativos de la Intervención General pusieron de manifiesto a las demás partes "los errores y la falta de concreción de cada una de las partidas correspondientes al capítulo I", fijándose para el 13 de octubre nueva reunión para justificación de lo solicitado. A petición del contratista, se aplazó la reunión para el 17 de octubre; luego, para el 20 de octubre; y, finalmente, para el 22 de octubre. El 22 de octubre de 2008, no se presenta la documentación requerida.

El 5 de noviembre de 2008, los facultativos de la Intervención General emiten informe de cuyas conclusiones resulta que: las obras ejecutadas no coinciden con las "que figuran en el contrato aprobado", sin que se haya podido acreditarlo su "importe real" y que no es posible acreditar "sin la colaboración de la dirección facultativa, la empresa constructora y el técnico de la Dirección General de Patrimonio", precisando a este respecto que "del análisis de lo sucedido en los más de tres años que llevamos intentando resolver este problema podemos afirmar que no observamos colaboración efectiva por las partes mencionadas en el apartado anterior para solucionar este problema"; "no se han realizado obras (...) por un importe de 1.334.775, 76 euros (...) aunque esta cantidad ya ha sido abonada a la empresa constructora"; "no se ha podido comprobar qué parte del [(...) resto del] presupuesto contratado, y que se ha abonado casi en su totalidad a la empresa constructora, ha sido realmente ejecutado".

Con fecha 14 de noviembre de 2008, la Intervención General asume el mencionado informe emitiendo informe desfavorable del expediente de resolución de mutuo acuerdo, por las razones antedichas. Además, precisa que el contratista se ha reservado su derecho a solicitar daños y perjuicios, por lo que no cabe la continuación del procedimiento resolutorio de mutuo acuerdo. Se concluye con petición de depuración de "responsabilidades que, en su caso, hubiera lugar respecto del arquitecto de esa Dirección General que ha supervisado la ejecución de las obras del proyecto de rehabilitación".

El 25 de febrero de 2009, el Director General de Contratación declaró "improcedente la resolución de mutuo acuerdo del contrato de referencia e iniciar

procedimiento de resolución unilateral del contrato por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales por parte de la empresa contratista”.

El 2 de marzo de 2009 el Jefe del Servicio de Contratación informa la procedencia de la resolución unilateral, “fundamentalmente porque pese a los reiterados requerimientos cursados a la dirección facultativa y a empresa contratista de las obras no se ha podido determinar el importe real de las obras ejecutadas a liquidar, tanto respecto de las unidades incluidas en el proyecto aprobado como respecto a unidades ejecutadas sin estar incluidas en el mismo, ni en ningún otro proyecto reformado que se hubiera aprobado posteriormente”.

El 10 de agosto de 2009 se efectúa liquidación de la obra realmente ejecutada, por facultativo externo, resultando un saldo favorable a la Administración de 53.987, 78 euros.

El 27 de agosto de 2009, tiene entrada escrito de la empresa contratista oponiéndose tanto a la liquidación practicada como a la resolución unilateral del contrato.

Con fecha 19 de enero de 2010 los técnicos de la Intervención General concluyen que la obra fue ejecutada en discordancia con el proyecto aprobado; las certificaciones de obra cobradas por el contratista no se corresponden con las que realmente se han ejecutado;, concluyendo que si se acepta la cantidad solicitada por el contratista en concepto de “estabilización de suelos” y teniendo en cuenta las cantidades abonadas y ejecutadas, estén o no conforme con el proyecto, resultaría un saldo favorable a la Administración de 118.435, 18 euros. Informe que asumió el Interventor General el 9 de febrero de 2010.

Con fecha 16 de marzo de 2010 se emite, a petición del Director General de Contratación liquidación definitiva a resultas de la resolución unilateral del contrato suscrito, atendiendo al informe de fiscalización de la Intervención General de 9 de febrero de 2010, resultando un saldo favorable para la Administración de 118.435, 18 euros.

Redactada Propuesta de Resolución, que fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico, se acuerda resolver el contrato con un saldo favorable a la Administración de 118.435, 18 euros, “que deberá hacerse efectivo por la empresa contratista, respondiendo de ello la garantía constituida”.

Evacuado trámite de audiencia, comparece la parte, que reitera sus anteriores peticiones de liquidación de fin de obra y de revisión de precios, "sin perjuicio de la reclamación de daños y perjuicios" a resultas de los "defectos del proyecto" y los gastos financieros devengados por constitución de avales, y se solicita el parecer de este Consejo>>.

III

1. La obra está sujeta al plazo, el presupuesto y la integridad del proyecto, cuya modificación debe hacerse, necesariamente, de conformidad con las previsiones legales de aplicación. La ejecución de una obra pública obliga a la colaboración, dentro de los términos pactados y la ley, de los tres pilares en los que la misma se apoya para que pueda llegar a buen fin: la Administración, el contratista y la Dirección facultativa. Ninguno puede -ni debe- actuar sin contar, al menos, con el conocimiento y, en su caso, conformidad de los otros. Esta conformidad es necesaria, pues el contratista podría desligarse del contrato y la Administración podría negarse a asumir costos fuera de proyecto a los que no hubiera dado expresa conformidad.

La confianza mutua, la buena fe y el respeto a reglas y principios básicos, como no disponer de lo que no es propio, son desde luego límites reales y efectivos a la actuación de unos y otros que en esta ocasión parece no han sido respetados. La Administración conocía y consintió; el contratista ejecutó sin autorización previa; y la Dirección facultativa ordenó sin conformidad superior. Se podrá valorar el grado de incumplimiento de cada cual y, desde luego, tal valoración debe tener efectos cuando se trata de resolver o acordar lo procedente en relación con la fianza y las indemnizaciones a que hubiera lugar. En esta ocasión, como se ha visto, se rectifica la Propuesta inicial estimándose que no procede la incautación de la fianza; y nada se dice respecto de la posible petición al contratista de indemnización de daños y perjuicios. Cuya colaboración por cierto, no fue absoluta, dilatándose el procedimiento por su resistencia a entregar la acreditación de las unidades de obra realmente ejecutadas, sin contar con que ejecutó obra que quedaría soterrada sin la previa toma de las correctas mediciones.

Puede que su comportamiento haya sido inducido por buena fe, en la confianza en las órdenes que le diera la Dirección facultativa; o fuera producto de un excesivo celo en la ejecución de unidades de obra nuevas -lo que comporta más presupuesto- sin tener la certeza de que ese presupuesto hubiera sido aprobado, actuando así con una cierta temeridad, seguramente motivado en que, finalmente, se le abonaría lo

ejecutado en base al principio de proscripción del enriquecimiento injusto de la Administración. No obstante, no puede alegar ignorancia.

Esta actuación es la que fundamenta la resolución del contrato pues no se puede ocultar que, en efecto, el contratista incumplió "obligaciones contractuales esenciales" [art. 111.g) TRLCAP]" al introducir modificaciones que representan "una alteración sustancial del proyecto inicial" [art. 149.e) TRLCAP], como es la "sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por ciento del precio primitivo del contrato" (art. 150.1 TRLCAP); incumplió la obligación que impone el art. 147.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGC), conforme al cual "para las obras o partes de obra cuyas (...) características hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas, el contratista está obligado a avisar a la dirección con la suficiente antelación, a fin de que ésta pueda realizar las correspondientes mediciones y toma de datos, levantando los planos que las definan, cuya conformidad suscribirá el contratista"; y, finalmente, contravino la cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado, aprobado por Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, conforme a la cual "ni el contratista ni el director podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente", a excepción de "la variación del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las cubicaciones del proyecto" o se trate de obras de "emergencia", lo que no es el caso.

2. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, sin perjuicio de reiterar algunas de las cuestiones planteadas -actuación omisiva y consentida de la propia Administración. Deben hacerse, sin embargo, dos matizaciones a lo dicho:

A. Se concluye en la no incautación de la fianza al estimar que en este caso la conducta del contratista vino inducida por la actuación de la Dirección facultativa - que no ha sido llamada, se recuerda, a este procedimiento- ponderando así con equidad "el automatismo de la aplicación de la garantía". La incautación de la fianza no es sino la consecuencia de una resolución culpable del contrato. Puede que la culpa del contratista pueda ser atenuada por el hecho de que actuó de conformidad con las órdenes de la Dirección facultativa, o por estricta buena fe, pero el contratista no puede obviar lo que son obligaciones esenciales con ocasión de la ejecución del contrato. Por ello, si se considera que la actuación del contratista no

merece la incautación de la fianza, la valoración de su actuación debe ser atender a su comportamiento. No es coherente que haya resolución por incumplimiento culpable y, sin embargo, no se incaute, siquiera parcialmente, la fianza [“Tanto la inhabilitación del contratista como la pérdida de la fianza, son consecuencias anejas, accesorias y, en principio, inseparables de la resolución contractual, cuando se produce por incumplimiento del contratista, de manera que el acuerdo de resolución comporta de suyo esas sanciones, y sólo excepcionalmente puede eliminarse en función de una apreciación global de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en cada caso” (Sentencias del TS de 17 de junio de 1986, y de 15 de julio de 1988). “La incautación de fianza solamente procede de un modo fatal y automático en los casos de incumplimiento doloso del contrato, existiendo notable diferencia, a estos efectos, entre aquel incumplimiento total y doloso y el simplemente parcial por culpa o negligencia en orden a la extensión y límites de la responsabilidad contractual, susceptible de ser moderada en los casos últimamente citados de simple culpa o negligencia, moderación que tiene su primera justificación en el art. 1103 CC, definidor de unos principios perfectamente aplicables a la contratación administrativa” (Sentencias del TS de 5 de marzo de 1985, 17 de junio de 1986, y de 7 de noviembre de 1987)].

B. Una vez resuelto el contrato se procederá a la liquidación del mismo, valorando los posibles daños y perjuicios, previa audiencia del contratista.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se estima conforme a Derecho, no obstante, se formulan determinadas observaciones en el Fundamento III.