



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 9 5 / 2 0 1 1

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de junio de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de obra "Ampliación de urgencias del Centro de Salud de Maspalomas Fase IV", adjudicado mediante la Orden nº 192 de la Consejera de Sanidad, con fecha de 5 de julio de 2005, a la empresa O.H.L., S.A. (EXP. 324/2011 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obra "Ampliación de urgencias del Centro de Salud de Maspalomas Fase IV".

2. Así mismo, el contrato objeto del presente procedimiento de resolución fue adjudicado el 5 de julio de 2005, por tanto, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la legislación aplicable viene constituida por el citado TRLCAP, pues el contrato fue adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva regulación legal.

2. La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los artículos 12.3 y 11.1.D).c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC) en relación con el artículo 59.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo

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

2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) ,y con el artículo 109.1.d), así mismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución, específicamente, en lo que se refiere a la determinación de la cuantía del saldo a favor de la Administración.

II

En relación con los hechos que han dado lugar al presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes, tal como han quedado establecidos en la PR y constan documentados en el expediente:

1. El 5 de agosto de 2005 se formalizó el contrato administrativo de ejecución de las obras de "Ampliación de urgencias del Centro de Salud de Maspalomas Fase IV" que, previamente, el 5 de julio de 2005, se había adjudicado a la empresa O.H.L., S.A., por un importe de 1.609.943,73 euros y un plazo de ejecución de 15 meses.

2. El 25 de noviembre de 2005 se suscribió el acta de comprobación del replanteo, autorizándose el inicio de las mismas y haciendo constar en ella, en el apartado d), que la obra se realizaría en dos fases, pese a estar planificada y proyectada su ejecución en una sola fase y sin que se tramitara dicho cambio formalmente, ni constara la modificación del proyecto inicial, pues el edificio, objeto de las obras de ampliación, estaba ocupado por personal médico, que debía continuar con la prestación de los servicios que le son propios.

A su vez, en dicha acta el contratista formuló reserva y excepción a la ejecución de la obra en dos fases, sin embargo, la formulación de tal reserva no produjo el efecto previsto en el art. 139.4 y 5 RGLCAP, es decir, la suspensión del inicio de las obras en tanto que el órgano de contratación adoptara la resolución precedente dentro de las facultades atribuidas por la legislación de contratación pública (art. 59 TRLCAP). Consta en el Acta que el Director facultativo autorizó el inicio de las obras, sin que, además, se hubiera dictado en ningún momento del procedimiento resolución expresa de suspensión de las obras, temporal o definitiva.

En relación con lo anterior, el art. 141.2 RGLCAP (Modificaciones acordadas como consecuencia de la comprobación del replanteo), determina que "Si el órgano de contratación decide la modificación del proyecto ésta se tramitará con arreglo a las normas generales de la ley y de este Reglamento, acordando la suspensión temporal,

total o parcial de la obra, ordenando en este último caso la iniciación de los trabajos en aquellas partes no afectadas por las modificaciones previstas en el proyecto”.

3. Posteriormente, el 15 de febrero de 2007, dicha empresa comunicó al Servicio Canario de la Salud (SCS) la terminación de las obras correspondientes al módulo B, solicitando la recepción parcial de las mismas y la paralización temporal del resto de las obras, dada la imposibilidad material de continuar ejecutando las contratadas, suscribiéndose el 10 de abril de 2007, el acta de ocupación parcial de las correspondientes a dicho módulo B.

El art. 147.5 TRLCAP prevé que “podrán ser objeto de recepción parcial aquellas partes de obra susceptibles de ser ejecutadas por fases que puedan ser entregadas al uso público, *según lo establecido en el contrato*”. Y el apartado 6 del mismo precepto establece que, “siempre que por razones excepcionales de interés público, debidamente motivadas en el expediente, el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aun sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurren dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras y en los términos en que reglamentariamente se establezcan”. El RGLCAP en su art. 108 determina que “el plazo de garantía de las partes recibidas comenzará a contarse desde las fechas de las recepciones respectivas”; el art. 165 del mismo texto reglamentario dispone que, dado el caso anterior, “deberá expedirse la correspondiente certificación a cuenta”.

4. El 30 de noviembre de 2007, el contratista presenta, ante la Consejería de Sanidad, solicitud de resolución del contrato de obras por considerar que concurre la causa de resolución prevista en el art. 149.c) TRLCAP, es decir, el desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses (el 15 de febrero de 2007 la contrata comunicó al SCS la terminación de las obras del módulo B), ya que la misma entiende que las obras estaban paradas por causas imputables a la Administración, específicamente a la Gerencia de Atención Primaria, que no entregó al contratista la parte del edificio en la que se iba a continuar con la ejecución de las obras, quedando liberada dicha parte del edificio en diciembre de 2007 (10 meses después).

En relación con la percepción del beneficio industrial el Tribunal Supremo ha señalado que:

“(...) si el contratista tiene derecho al beneficio industrial de la parte de la obra dejada de realizar cuando la Administración decide la suspensión definitiva de las obras, no parece que pueda negarse este derecho en el caso, por el hecho de que no hubiera procedido formalmente acuerdo de suspensión, estando acreditado que la paralización de las obras se produjo por no facilitar la Administración los terrenos indispensables y expeditos, lo que evidentemente comporta una suspensión tácita”. (STS 14 de abril de 1987).

III

El cuanto a la tramitación del procedimiento de resolución del contrato se refiere, el mismo se inicia por Orden de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de 14 de abril de 2008, previa la aludida solicitud de resolución del contrato, formulada por la empresa contratista en el escrito presentado el 30 de noviembre de 2007.

Así mismo, en el expediente obran diversos Informes, entre ellos, el de la Directora Facultativa de la obra de 26 de junio de 2008 y los del Servicio de Contratación e Infraestructuras, adscrito a la Secretaría General del SCS, de 6 de noviembre de 2009 y de 23 de marzo de 2010. Asimismo, Informe de 4 de octubre de 2010 del ingeniero industrial de Infraestructuras de la Secretaría General del SCS, sobre la resolución del contrato e Informe de la Asesoría Jurídica departamental de 12 de abril de 2011.

El 13 de noviembre de 2009 se emite una primera Propuesta de Resolución, sin que conste el otorgamiento formal del trámite de vista y audiencia a la empresa afectada; sin embargo, tras aquélla, la contratista presenta un escrito de alegaciones, que dio lugar a la elaboración de los Informes del Servicio relativos al contenido de dichas alegaciones, tras los cuales consta un nuevo escrito de alegaciones de la empresa interesada, de 25 de octubre de 2010.

El 17 de marzo de 2011 se emite la Propuesta de Resolución definitiva por la Secretaría General del SCS y borrador de la Orden del Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias de Resolución del Contrato. Así, si bien no se realizó el otorgamiento formal de dicho trámite, lo cual constituye un defecto formal, de hecho obran en el expediente las alegaciones de la empresa interesada, posteriores a dichos Informes, contestando a los mismos y previas a la emisión de la referida PR.

IV

1. La Propuesta de Orden resolutoria tiene por objeto acordar la resolución del contrato de obra "Ampliación de urgencias del Centro de Salud de Maspalomas Fase IV", acordar la liquidación de la citada contratación, correspondiendo la devolución al SCS por parte de la empresa O.H.L., S.A., de la cantidad de 254.618,47 euros, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 151.1 TRLCAP, y la procedencia de la devolución o cancelación de la garantía definitiva constituida, una vez que se le reintegre al SCS la mencionada cantidad.

Así mismo, el órgano instructor afirma, en relación con las alegaciones realizadas por la empresa interesada referidas, principalmente, a la determinación de la cantidad que por concepto de mejoras le corresponde a dicha empresa y la correspondiente al beneficio industrial (art. 151.4 TRLCAP), que en lo que se refiere a las mejoras existe un informe emitido por la Dirección Facultativa, de 11 de junio de 2010, en donde se constata que de las mejoras acordadas en el contrato por valor de 29.781,28 euros, se han ejecutado obras por valor de 13.546,79 euros, por lo que quedarían obras por ejecutar, cuyo valor es de 16.234,49 euros, que es el importe que figura en el cuadro de liquidación.

Así mismo, dicho órgano instructor considera respecto al cálculo del beneficio industrial, centrándose el debate en si el importe de la modificación del contrato por precios contradictorios, por valor de 150.701,70 euros, supone un aumento del precio del contrato, lo que aumentaría el cálculo de la indemnización por beneficio industrial, o por el contrario si no ha variado o disminuido el precio, tras la modificación del proyecto inicial anteriormente citada, criterio este último que sostiene la Administración.

En este sentido el Instructor entiende que, teniendo en cuenta lo expuesto en el Informe del Servicio, el importe de la modificación vía precio contradictorio, supone una resta de las unidades de obra que no se ejecutan, y una suma, por el mismo importe, vía expediente de nulidad, por las que se ejecutan en sustitución de las iniciales, lo que implica a su entender que no existe un aumento del importe del contrato.

La Administración, sin precisión o concreción documental alguna de su objeto, hace referencia en diversos Informes a un expediente de nulidad. No corresponde entrar a dictaminar sobre tal materia, pues el objeto del presente Dictamen es claro,

la resolución del contrato en la que existe oposición del contratista acerca de la determinación de la cuantía del saldo a favor de la Administración.

2. Antes de entrar a dilucidar las dos cuestiones sobre las que plantea la interesada su disconformidad es preciso referir lo alegado por la misma al respecto; aunque inicialmente se plantearon varias cuestiones, como la referida a la no presentación de garantía alguna o la relativa al presupuesto de la obra correspondiente al módulo A, que no se ejecutó (712.532,90 euros), quedaron resueltas durante la tramitación del expediente, sin que la interesada mostrara oposición a las mismas.

Así, en lo que se refiere al abono de las mejoras, la empresa interesada afirma en escrito presentado el 3 de diciembre de 2009 (página 241 del expediente) que sí se han ejecutado las dos primeras mejoras del módulo B, considerando que por tal concepto se debe aminorar en 29.781,28 euros el saldo a favor de la Administración. Según la dirección facultativa quedan por ejecutar de las mejoras 16.234,49 euros, por lo que sería conveniente una medición conjunta, obligación legal, por otra parte, como se verá, cuando se está ante un proceso de liquidación de un contrato de obras.

En cuanto al cálculo del beneficio industrial la empresa manifiesta reiteradamente, en varios escritos aportados al expediente, que muestra su disconformidad con la cuantía en que lo valora la Administración, 35.042,60 euros, puesto que no se ha aplicado correctamente lo dispuesto en el art. 151.4 TRLCAP, pues la Consejería suma los precios contradictorios, cuyo valor es de 151.220,08 euros, a la obra realmente ejecutada, pero los resta al presupuesto de ejecución material inicial, una vez deducida la baja correspondiente.

Así, alega la interesada que la determinación del beneficio industrial que realiza la Administración, al restarse el valor de los precios contradictorios del presupuesto material inicial y no incluirse los mismos en el valor de la obra realmente ejecutada, es incorrecta y su resultado final, 35.042,60 euros, es menor del que realmente le corresponde.

En este sentido, la interesada considera que si la cuantía de los precios contradictorios es sumada como precio del contrato realmente ejecutado, como si fueran parte de un modificado, debería también ser sumado dicho importe al presupuesto inicial.

Por todo ello, la empresa interesada estima que el saldo a favor de la Administración asciende a 230.014,07 euros.

3. En lo que respecta a las mejoras, es cierto lo afirmado por la Administración, que de acuerdo con los informes de la Dirección facultativa de la obra, no se han ejecutado en su totalidad sino solo se han realizado parte de ellas, cuya cuantía asciende a 13.546,79 euros, lo que se corresponde con lo afirmado por la interesada al respecto, es decir, que la misma sólo ejecutó las mejoras correspondientes al módulo B y no la totalidad de las mismas.

Por lo tanto, no se le deben abonar mejoras que realmente no se han realizado, pues ello supondría un enriquecimiento injusto, máxime cuando el abono del beneficio industrial tiene por objeto indemnizar o compensar a la empresa por las obras que no pudo realizar por causas ajenas a ellas.

Al respecto se señala que el Tribunal Supremo ha entendido que *“Debe evitarse que con motivo de la operación liquidatoria a practicar por resolución de un contrato administrativo de obra, se produzcan un enriquecimiento injusto, sin causa para una parte, con el consiguiente empobrecimiento para la contraria”*. (STS de 21 de mayo de 1991 y las que en ella se citan).

En el art. 151.4 TRLCAP se afirma que, *“En caso de desistimiento o suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a 8 meses, el contratista tendrá derecho al 6% del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose por obras dejadas realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado”*.

Así, en relación con ello, es cierto que la modificación inicial del proyecto, desarrollándose en la práctica, por los motivos referidos, en dos fases, no se realizó a través del procedimiento correspondiente, pero fue aceptada por ambas partes, ya que de facto se ejecutó parcialmente de esa manera.

Así mismo, no consta, como se afirma en diversos Informes del Servicio, que los precios contradictorios y su cuantía, si bien la interesada considera que los mismos ascienden a 151.220,08 euros y la Administración los valora en 150.701,70 euros, se hubieran fijado conforme a lo dispuesto en el art. 146.2 TRLCAP, sin embargo, la Administración, teniendo en cuenta el Informe del Ingeniero Industrial del Servicio de Infraestructuras, señala que ni existe en sus expedientes el proyecto modificado, ni

tampoco hay constancia en el registro o por el material presentado de la existencia de un proyecto modificado que se hubiera encargado y pagado, añadiendo, en dicho Informe, que “En el nuevo documento presentado *Importe de la Obra excluyendo las unidades que han sido sustituidas por los precios contradictorios*, la Dirección facultativa reconoce la existencia de precios contradictorios, por un valor total de 150.701,70 euros”.

Por ello, se reconoce la existencia de precios contradictorios por valor de 150.701,70 euros, generados a consecuencia de la modificación del proyecto inicial, que se dividió en dos módulos, realizándose sólo uno de ellos.

La empresa constructora reconoce que dicho importe ya se le ha abonado en las certificaciones de obra (pag. 8 de 8 del Informe señalado del ingeniero industrial), lo que supone que al hacer la liquidación se sumará con el resto de las certificaciones a los efectos del cálculo del valor de la obra ejecutada; si no fuera así debe figurar, a los mismos efectos en la suma de la obra ejecutada pendiente de certificar, si existiera.

4. No es correcto decir, como hace la Administración, que los precios contradictorios se corresponden a unidades de obra no realizadas, pues como se afirma en el art. 146.2 TRLCAP estos precios se generan por la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas. Son fijados por la Administración a la vista de la propuesta de la Dirección facultativa, con trámite de audiencia al contratista (art. 136.2 TRLCAP).

Así, al reconocerlos como existentes se han de añadir al presupuesto inicial.

Es de tener en cuenta al Tribunal Supremo cuando considera que:

“La aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras de reclamaciones por exceso sobre el proyecto que hubiera sido efectivamente ejecutado como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender que, en algunos casos, no se producía una alteración sustancial del proyecto, pero llegando a afirmar que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en dichas órdenes como requisitos de competencia o procedimiento que no son imputables al contratista, no pueden oponerse a él para que éste pueda percibir su importe”. (STS de 15 de junio de 1999).

C O N C L U S I Ó N

Procede la Resolución del contrato por aplicación de las causas determinadas en el artículo 149.c) TRLCAP y 171 de su Reglamento. Consecuentemente, los efectos de la resolución deben evaluarse según lo razonado en el Fundamento IV.