



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 4 0 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de noviembre de 2009.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Agüimes en relación con la *Propuesta de Resolución por la que concluye el procedimiento de resolución de contrato administrativo de obras para la ejecución del Proyecto Nuevo Parque de la Goleta y Accesos (EXP. 599/2009 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Agüimes, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras para la ejecución del Proyecto "Nuevo Parque de La Goleta y Accesos".

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 195.3.a), de carácter básico, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y con el art. 109.1.d), de carácter 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.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

1. En sesión celebrada el 2 de febrero de 2009, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Agüimes acuerda la aprobación de la contratación, por el procedimiento abierto, de la obra "Nuevo Parque La Goleta y Accesos", con un presupuesto de 240.517,75 euros, más IGIC, financiado por el Ministerio de Administraciones Públicas con cargo al Fondo Estatal de Inversión Local creado por el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre. En este mismo acto se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que habría de regir la contratación y se facultó al Alcalde para la realización de cuantas gestiones fuesen necesarias.

De conformidad con lo establecido en la Cláusula 9 del Pliego aprobado, el plazo de ejecución de las obras se fijó en 8 meses, a contar desde la firma del contrato, señalándose expresamente que en todo caso debería cumplirse con lo dispuesto en el art. 7.1 del Real Decreto-Ley 9/2008. A su vez, en la Cláusula 30.6 se estableció que la fecha límite de ejecución de las obras sería el 31 de diciembre de 2009 y que cualquier solicitud de prórroga que realizara el Ayuntamiento razonada y debidamente motivada debería ser autorizada por la Dirección General de Cooperación Local.

2. Tramitado el correspondiente procedimiento, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 6 de abril de 2009, acordó la adjudicación provisional de la obra mencionada a la entidad mercantil A.C.I., por un importe de 235.707,40 euros, más un IGIC en la cantidad de 11.785,37 euros.

Transcurrido el plazo legalmente previsto y una vez presentada la documentación preceptiva por la mencionada entidad, la adjudicación provisional fue elevada a definitiva por Decreto de la Alcaldía de 14 de abril de 2009.

3. El 27 de abril de 2009 se formalizó el contrato en documento administrativo. De conformidad con su cláusula tercera, las obras se debían ejecutar en el plazo de 8 meses, contados desde el 12 de mayo de 2009.

El acta de comprobación de replanteo, sin embargo, no se suscribió hasta el 10 de junio de 2009.

4. El 17 de julio de 2009 se informa por la Dirección Facultativa de la obra lo siguiente:

El 7 de mayo de 2009 asistió a una reunión en las oficinas de la empresa adjudicataria con el objeto de conocer las condiciones de ejecución de la obra, así como para definir una fecha de inicio de la misma, que se fijó el día 25 de mayo.

El 26 de mayo intentó ponerse en contacto telefónico, sin conseguirlo, con el técnico de la empresa constructora con la finalidad de conocer si habían comenzado las obras, al menos los trabajos previos de la misma relativos al vallado y señalización.

Al día siguiente recibió una llamada telefónica del técnico antes citado en la que se informa que las obras no han dado comienzo, debido a la falta de algún documento administrativo. En este momento le recuerda la necesidad de comenzar las obras lo antes posible para poder cumplir los plazos previstos para su ejecución, indicándole la necesidad de tener una reunión en el solar de la obra con el fin de redactar y firmar el Acta de Replanteo e Inicio de obra, una vez que se encuentren completos los documentos de la misma.

Tras una nueva llamada telefónica efectuada el 1 de junio, se realiza una reunión en el solar de la obra, a la que también asistió el técnico municipal, en la que se aclararon todos los aspectos necesarios para dar comienzo a la obra, acordando el día viernes 12 de junio de 2009 para redactar y firmar el Acta de Replanteo e inicio de obra, lo que se lleva a efecto en la citada fecha, indicándose el inminente comienzo de las mismas. Sobre este extremo es de observar no obstante que, según consta en la documentación obrante en el expediente, el Acta fue suscrita el día 10 y no el 12 de junio.

Desde la fecha anteriormente señalada hasta el 17 de julio en que se redacta el presente informe se han producido varias comunicaciones con la empresa adjudicataria de la ejecución de la obra, para conocer el estado de la misma, indicándose por el técnico indicado que las obras no habían comenzado, justificando este hecho con múltiples disculpas y posponiendo su comienzo a diferentes fechas (22 de junio, 29 de junio y finalmente 8 de julio), sin que en ninguna de ellas se haya dado comienzo a las obras de ejecución previstas, todo ello sin justificación alguna.

A su vez, desde el momento de la firma del Acta de Replanteo e Inicio de Obra se ha personado en el lugar el 25 de junio y el 10 de julio, comprobando in situ que las obras, ni siquiera los trabajos previos, han dado comienzo.

Finalmente, personado por última vez el 17 de julio informa con esta misma fecha que las obras no han dado comienzo, ni siquiera en sus trabajos previos, encontrándose el solar en el mismo estado que tenía en el momento de la redacción del proyecto de ejecución de la obra.

Concluye en este informe que, tras más de dos meses desde la primera reunión con la empresa adjudicataria de las obras, habiéndose firmado el acta de comprobación de replanteo y fijado e incumplido en múltiples ocasiones por parte de la empresa constructora las fechas señaladas para dar comienzo a los trabajos, las obras no se han iniciado, ni siquiera en sus trabajos previos, considerando como única causante de este hecho a la empresa adjudicataria.

5. El 20 de julio de 2009 se emite informe jurídico en el que se estima que, según se desprende del informe de la Dirección Facultativa, la demora en el cumplimiento de las obligaciones y el incumplimiento de los plazos hace presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir con el plazo total, lo que constituye causa de resolución del contrato. Considera asimismo que la adjudicataria ha incumplido su obligación, prevista en la Cláusula 27.2 del PCAP y concretada en la cláusula séptima del contrato suscrito, relativa a la contratación de personal desempleado, lo que constituye, a tenor de aquella cláusula, causa de resolución contractual.

Se propone por ello la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la garantía definitiva, así como la indemnización por los daños y perjuicios causados a la Administración, en caso de superar el importe de la garantía constituida.

III

El presente procedimiento de resolución contractual se inicia por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de julio de 2009, disponiéndose en este mismo acto el otorgamiento del trámite de audiencia al contratista.

Constan las siguientes actuaciones:

1. La entidad adjudicataria presenta alegaciones con fecha 10 de agosto de 2009, en las que, si bien no manifiesta expresamente su oposición a la resolución, sí considera que no son ciertas las manifestaciones de la dirección facultativa de la obra. Indica además que desde que le fue notificado el inicio del procedimiento de resolución con fecha 3 de agosto de 2009 ni la propiedad ni la Dirección Facultativa se han puesto en contacto al objeto de realizar una visita a la obra para comprobar los trabajos ejecutados hasta el momento de la resolución, visita que estima necesaria al objeto de medir y certificar los trabajos efectivamente realizados, así como inventariar el material allí depositado y proceder a su retirada si fuera necesario. Concluye su escrito solicitando únicamente que se gire la señalada visita.

2. Ante estas alegaciones, se adopta Acuerdo por la Junta de Gobierno Local en sesión de 3 de septiembre de 2009 en el que se pone de manifiesto que la empresa en sus alegaciones no se pronuncia sobre la aceptación de la resolución del contrato, solicitándose únicamente una visita previa a las obras y, en cuanto al informe emitido por el Director Facultativo, simplemente se limita a manifestar su disconformidad sin aportar razones que la justifiquen. Se acuerda en consecuencia otorgar un plazo de cinco días a la entidad adjudicataria para que de una manera clara e inequívoca remita su aceptación a la resolución del contrato, procediéndose en tal caso a la visita de las obras, en la que se levantará la correspondiente acta de liquidación, donde quedarán perfectamente reflejados los trabajos efectivamente realizados y el material depositado, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. En caso contrario, se continuará con los trámites correspondientes a la resolución del contrato.

3. Este acto fue notificado a la empresa adjudicataria el 4 de septiembre de 2009, sin que presentara alegación alguna durante el plazo concedido al efecto.

4. El 21 de septiembre de 2009 se cita a la citada entidad al acto de comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas, que se llevaría a cabo al día siguiente. Esta citación fue notificada mediante fax el mismo día, personándose el representante de la entidad al día siguiente en las dependencias municipales para proceder a su retirada.

5. En el día señalado se gira visita a la obra por parte de la Concejala de Urbanismo, la Secretaria Accidental de la Corporación, el Director Facultativo de las obras y el Asesor Jurídico municipal. En el acta de comprobación de obra levantada se hace constar que por parte del representante de la entidad se había manifestado que no asistiría a la visita programada y, en relación con el estado de las obras, se constata que la misma continúa abandonada, sin que hasta el momento hayan sido iniciadas. Se adjunta reportaje fotográfico acreditativo e informe técnico de la dirección facultativa en el que, tras reiterar sus consideraciones realizadas en su anterior informe de 17 de julio, se añade a la fecha de levantamiento del Acta de comprobación de obra, ésta sigue sin dar comienzo, ni siquiera en sus trabajos previos, encontrándose el solar en su estado originario y considera como única causante de este hecho a la empresa constructora adjudicataria de las obras.

6. El 25 de septiembre de 2009 se emite nuevo informe jurídico en el que se reitera la concurrencia de las causas de resolución contractual ya apreciadas en el

anterior informe de 20 de julio, por lo que se propone su resolución, previo Dictamen de este Consejo. En cuanto al acuerdo de resolución, se estima que debe contener pronunciamiento expreso acerca de la pérdida de la garantía definitiva, con notificación y audiencia a la entidad financiera avalista y la indemnización de los daños y perjuicios causados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

7. Consta finalmente en el expediente un último Acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión de 28 de septiembre de 2009 en el se aprueba el contenido del informe jurídico anteriormente mencionado, dando cumplimiento del mismo en todos sus términos.

IV

A la vista de las actuaciones practicadas, puede considerarse que se han observado las prescripciones legales y reglamentarias de aplicación, habiéndose emitido singularmente los informes técnicos y jurídicos que fundamentan la resolución contractual y otorgado trámite de audiencia a la entidad adjudicataria. No obstante, procede reparar el procedimiento por los dos motivos siguientes:

De conformidad con lo previsto en el art. 109.1.b), en los casos en que se proponga la incautación de la garantía definitiva, procede que se otorgue trámite de audiencia al avalista, que habrá de otorgarse en el mismo plazo de diez días naturales que se conceda al contratista. En el presente caso, sin embargo, no se ha otorgado tal trámite a la entidad financiera que prestó aval, si bien se prevé que se haga en el Informe jurídico una vez declarada la resolución del contrato.

No obstante, este trámite es de preceptivo cumplimiento al mismo tiempo que se otorgue a la entidad adjudicataria, por lo que, en los términos y con las consecuencias que luego se dirán, ha de efectuarse siempre antes de resolverse el procedimiento.

No se ha elaborado en debida forma la Propuesta de Resolución que ha de culminar el expediente y que, en este caso, viene constituida por el Informe jurídico de 25 de septiembre de 2009. Así, esta Propuesta debe tener el contenido propio de la Resolución que pretenda dictarse y al que se refiere el art. 89.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). En este sentido, ha de contener la motivación de la resolución contractual y los efectos de ésta, en particular el concreto pronunciamiento acerca de la procedencia de la incautación de la garantía definitiva constituida.

No obstante, esta exigencia legal, a cumplimentar en su momento, no obsta a que se efectúe en este Dictamen pronunciamiento sobre el fondo del asunto, pues en la documentación que integra el expediente, especialmente en el referido Informe, han quedado suficientemente explicitadas las causas de resolución aducidas por el órgano de contratación y su fundamentación, conociéndolo el interesado por demás.

V

1. Una de las causas en las que la Administración actuante fundamenta la resolución del contrato de obras de referencia es el incumplimiento culpable del contratista de los plazos de ejecución de aquél, de conformidad con lo previsto en los arts. 196.6 y 206.e) LCSP.

De conformidad con lo previsto en la Cláusula 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el plazo de ejecución de las obras sería de 8 meses, a contar desde la firma del contrato. En el documento contractual suscrito el 27 de abril de 2009, se estableció sin embargo que tal plazo se contaría desde el día 12 de mayo de 2009, no siendo suscrita el Acta de comprobación de replanteo hasta el 10 de junio siguiente, fecha a partir de la cual en todo caso ha de entenderse que se inicia el cómputo del plazo de ejecución, de conformidad con lo establecido en los arts. 212 LCSP y 139.2ª RLCAP y 22 PCAP. Las obras debían iniciarse pues el 11 de junio de 2009.

En el expediente ha quedado suficientemente acreditado, a la vista de los informes técnicos obrantes en el mismo, el reportaje fotográfico aportado y el Acta de comprobación de obra de 4 de septiembre de 2009, que el contratista no ha procedido al inicio de las obras, ni siquiera en lo que se refiere a los trabajos previos de colocación de vallado y carteles anunciadores y que, a fecha del levantamiento de la citada Acta, el solar se encontraba en su estado originario, lo que evidencia de forma patente el incumplimiento del contratista.

Este incumplimiento puede además ser calificado, como así lo aprecia la Administración, como culpable, pues se ha debido exclusivamente a su propia inactividad, sin que por lo demás haya realizado manifestación alguna sobre las causas que la han motivado, limitándose en las alegaciones presentadas a negar la veracidad del informe de la Dirección facultativa, sin justificación alguna que lo acredite y, resultando, por el contrario, indubitado en el expediente que las obras no han comenzado.

La Administración subsume este incumplimiento del contratista en la causa prevista en los arts. 196.6 y 206.e) LCSP, dada la demora en el cumplimiento de los plazos, que hace presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

Sin embargo, en este supuesto no parece que, en puridad, se hayan incumplido plazos parciales de ejecución del contrato, que no constan establecidos, con el presumible incumplimiento del plazo total, sino sencillamente que las obras no se han iniciado. Por tanto, sin perjuicio de que efectivamente la absoluta inactividad de la entidad adjudicataria, producida durante meses, puede razonablemente entenderse que comportara el incumplimiento del plazo de ejecución de la obra, en realidad lo que ha ocurrido es que el contratista ha incumplido una de sus obligaciones esenciales, quizá la más obvia e importante de todas ellas, que es la de proceder a la ejecución de las obras, la cual debió iniciar desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo; actividad no realizada, ni aún la preparatoria a la ejecución propiamente dicha.

Esta causa, que también se cita en la Propuesta de Resolución, aunque no se motiva su aplicación, se encuentra contemplada en el art. 206.g) LCAP y se estima, a la vista de las circunstancias concretas, no sólo más ajustada al caso, sino de previa aparición en relación con la alegada que se recoge en el apartado e) del mismo precepto. En esta línea, el Consejo de Estado ha señalado, en su Dictamen 788/2000, que ésta es la causa que más se ajusta a la situación aquí creada, al tratarse de la pura y simple inejecución de los trabajos. A lo que no obsta, desde luego, a que, complementariamente, también pueda aducirse la que aquí se alega, pues, como se dijo, también se incurre en ella por la contrata, aunque con posterioridad y como consecuencia del anterior incumplimiento.

2. Se fundamenta la resolución contractual, por otra parte, en el incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas por la entidad adjudicataria en orden a la contratación de personal desempleado.

De conformidad con lo previsto en el art. 9.2 del Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, en los contratos que vayan a financiarse con cargo al Fondo deberá asegurarse, mediante la inclusión de una cláusula estableciendo una condición especial de ejecución de acuerdo con el art. 102 LCSP, que el nuevo personal que el contratista necesite emplear para la ejecución de las obras se encuentre en situación de desempleo.

A su vez, el apartado 3 del mismo precepto impone a los Ayuntamientos que tomen en consideración, como criterios de adjudicación para la valoración de las

ofertas, indicadores relevantes de la medida en que el contrato de obra contribuirá al fomento del empleo.

En cumplimiento de estos preceptos, las Cláusulas 27.bis y 10.2 del Pliego establecieron, respectivamente, la citada condición de ejecución del contrato y el volumen de mano de obra a contratar como uno de los criterios de adjudicación.

A su vez, la Cláusula 27.2 impone al contratista la obligación de informar a la Administración mediante la presentación de la correspondiente declaración acreditativa de los puestos de trabajo creados así como de las altas de nuevos trabajadores y de las bajas que se produzcan. Conforme a esta misma Cláusula el adjudicatario además está obligado a mantener la vigencia del porcentaje de contratos de trabajadores durante el tiempo que haya especificado en su oferta, constituyendo el incumplimiento de tal condición causa de resolución del contrato.

En concordancia además con lo establecido en la Cláusula 27.bis, la Cláusula 19.4 del Pliego impuso la obligación a la entidad que resultara adjudicataria provisional de presentar declaración responsable de que se compromete a presentar ante la Administración, en el plazo de 15 días naturales desde la firma del contrato, los documentos que justifiquen la contratación del personal desempleado que se haya comprometido a contratar, según lo declarado en la documentación exigida en el sobre número dos.

Justamente, la entidad adjudicataria ofertó la contratación de personal desempleado y, en la Cláusula tercera del contrato suscrito, se estableció que se comprometía a ejecutar la obra con catorce personas (9 pertenecientes al personal desempleado y cinco al de la propia empresa), asumiendo además la obligación de presentar en el plazo de 15 días naturales desde su firma los documentos que justificasen la contratación del personal desempleado, con identificación del nombre, apellidos y DNI o NIE, así como la modalidad y el periodo de vigencia de sus contratos. Pero, según consta en el expediente, este compromiso específico y esencial no fue cumplido.

El contratista incumplió igualmente su obligación de presentar ante la Administración la citada documentación acreditativa de la contratación del personal desempleado, con toda seguridad por no haberse producido, de modo que sirve este nuevo incumplimiento para constatar el anterior, sin que se trate, por ende, de una simple desatención de una obligación formal.

En definitiva, es patente que el contratista ha incumplido ante todo una obligación determinante en la adjudicación del contrato y, por tanto, esencial en su cumplimiento al ejecutarlo, contenida en la Cláusula tercera del propio contrato y, además, como aduce el órgano de contratación, consecuentemente la obligación prevista en el Cláusula 27.2 de PCAP, cuyo incumplimiento lleva aparejada la posible resolución contractual.

3. Finalmente, el carácter culpable de estos incumplimientos contractuales determina, de conformidad con lo previsto en el art. 208.4 LCSP, la incautación de la garantía definitiva al contratista y, con posterioridad, la fijación de la indemnización por los daños y perjuicios causados que hubiere de abonar el contratista por el importe que exceda del de la garantía incautada, con audiencia del mismo en su caso (art. 113 RGLCAP).

Sin embargo y como se advirtió previamente, la decisión sobre la fianza, que efectivamente ha de recogerse en la Resolución a dictar, sólo puede adoptarse previa audiencia del avalista, haciéndose constar esta circunstancia en dicha Resolución, así como la contestación razonada a lo que hubiere aquél alegado ante la conocida pretensión al respecto del órgano de contratación, de modo que se justifique de forma adecuada, formal y materialmente, la referida decisión y no se cause indefensión determinante de invalidez.

C O N C L U S I Ó N

Procede la resolución del contrato de referencia por las razones expuestas en el Dictamen (puntos 1 y 2 del Fundamento V), siendo igualmente adecuada la incautación de la garantía al contratista, sin perjuicio de la ulterior determinación, por el órgano de contratación mismo, de la indemnización de daños y perjuicios que le correspondiera abonar, pero, aún debiendo recogerse aquélla en la Resolución, ha de concederse audiencia al avalista antes de dictarse ésta, según se advierte en el punto 3 del Fundamento citado.