



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 4 1 / 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 Rehabilitación del Faro de Arinaga (EXP. 600/2009 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 "Rehabilitación Faro de Arinaga".

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 "Rehabilitación Faro de Arinaga", con un presupuesto de 448.342,86 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 Acuerdo 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 6 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 446.101,15 euros, más un IGIC en la cantidad de 22.305,06 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 6 meses, contados desde el 12 de mayo de 2009.

El acta de comprobación de replanteo sin embargo no se suscribió hasta el 26 de mayo de 2009.

4. El 20 de julio de 2009 se informa por la Dirección Facultativa de la obra lo siguiente:

A. Insuficiencia de personal en la obra e incumplimiento de la propuesta de operarios a contratar, detallada en su oferta:

La constructora en ningún momento ha dispuesto en la obra de un operario con la categoría de encargado.

Con fecha 30 de junio, en el Libro de Órdenes de la obra la Dirección Facultativa requirió a la constructora para que dispusiese de una persona como encargado de la misma. Hasta el día de la fecha no existe en la obra ningún operario que tenga la categoría y ejerza la función de encargado, verbalmente se le había exigido en varias ocasiones desde el inicio de la obra.

Igualmente, según la oferta presentada, durante todo el tiempo de ejecución de la obra ésta tendría asignados tres técnicos de grado medio a tiempo completo. Hasta el día de la fecha sólo ha habido un técnico de grado medio asignado a la ejecución de la obra y a tiempo parcial, que es el único de los tres que no tiene experiencia acreditada en el tipo de unidades de obras en las que se fundamenta principalmente el proyecto, es decir, revestimientos, alicatados, electricidad, fontanería, etc.

En cuanto a oficiales, albañiles y peones, en el mes de junio se ha incumplido con la contratación prevista de tres oficiales y tres peones para las unidades de solados y alicatados, así como la de un oficial y un peón para la ejecución de la cimentación y estructura.

En relación a la situación de los operarios en la obra hay que hacer constar que desde hace algunos días la obra está totalmente paralizada por falta de actividad de la totalidad de los operarios presentes en la misma.

Al día de hoy no se ha colocado el cartel de obra, incumpliendo lo establecido en la Resolución de la Secretaría de Estado de 9 de diciembre de 2008, en la que se exige la instalación de un cartel anunciador desde el inicio hasta, al menos, la finalización de la obra, a pesar de habersele reiterado en múltiples ocasiones.

B. Falta de presentación de muestras de materiales y de contratación de los mismos:

Desde el inicio de los trabajos, una vez firmada el Acta de Replanteo, se requirió a la constructora en reiterada ocasiones para que presentara a la Dirección Facultativa la muestras de los diferentes materiales de acabado [pavimentos, aplacados de piedra, revestimientos de paneles (...)].

La importancia de la presentación de estas muestras y su urgencia están justificados porque estos materiales es necesario contratarlos y traerlos de fuera de la Isla. Como el plazo de ejecución de la obra es de seis meses, dichos materiales han

de ser encargados con prontitud para que los suministros lleguen a tiempo para su colocación.

La entrega de estas muestras no se ha producido en su totalidad al día de la fecha. En la semana pasada se presentaron muestras de diversos aplacados de piedra, pero no se han presentado muestras de los revestimientos de formica ni de los tableros fenólicos. Tampoco se ha dado el visto bueno a las muestras de alicatados por no ajustarse a las medidas especificadas en el proyecto.

C. El ritmo de ejecución de los trabajos está notablemente retrasado con respecto la Plan de la obra:

El próximo día 26 de cumplen dos meses desde la firma del Acta de Replanteo y según el Plan de Obras todos los trabajos se encuentran retrasados con respecto a las previsiones establecidas en el mismo.

Los trabajos de movimientos de tierra y de cimentación y contención deberían estas ejecutados en su totalidad. La situación en la obra es que los trabajos de movimientos de tierra no se han iniciado y tampoco los relativos a cimentación y contención.

Los trabajos de estructuras tendrían que estar finalizados y, a día de hoy, ni tan siquiera han sido iniciados.

Los trabajos de solados y cerrajería tendrían que estar iniciados y al día de hoy no se ha comenzado la ejecución de los mismos.

Los trabajos del capítulo de infraestructuras previsto su comienzo en el segundo mes tampoco han sido iniciados. Con respecto a este Capítulo se solicitó al Jefe de Obra, con fecha 30 de junio, un planning parcial del mismo a los efectos de controlar las afecciones al suelo protegido de la Montaña de Arinaga, sin que al día de la fecha se haya entregado este documento.

Los trabajos realizados hasta la fecha de este informe son: enfoscados de paramentos interiores y exteriores de la edificación destinada a cocina y de los de la rampa de acceso y realización de la tabiquería del espacio destinado a albergar los aseos.

La Dirección Facultativa entiende, como conclusión de este informe, que esta situación de incumplimientos generalizados de la empresa pone de manifiesto su incapacidad para realizar los trabajos para los que ha sido contratada.

5. El 20 de julio de 2009 se emite informe jurídico en el que se estima que la entidad adjudicataria ha incumplido el criterio de adjudicación establecido en la Cláusula 10.2 del Pliego, considerado además como condición especial de ejecución, de contratar 28 trabajadores en situación legal de desempleo, sin que hasta el momento se haya aportado a la Administración los documentos justificativos de la contratación, por lo que incurre en las causas de resolución establecidas en los apartados g) y h) del art. 206 LCSP.

Se entiende asimismo que la adjudicataria ha incumplido los plazos parciales de ejecución de la obra, según consta en el informe de la Dirección Facultativa, que igualmente se penaliza en el Pliego con la resolución del contrato.

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, respecto a la insuficiencia de personal, contratación de materiales y respecto al ritmo de trabajo. 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. En esta misma fecha se informa por la Dirección Facultativa de la obra:

No se han ejecutado nuevas unidades de obra con respecto a la situación mencionada en el anterior informe

La obra se encuentra abandonada, de tal manera que se han retirado determinados recursos como oficina de obra y otros contenedores de almacenamiento y no hay operarios trabajando en la obra desde hace varias semanas.

En ningún momento la empresa constructora ha puesto en su conocimiento el abandono de la obra.

Esta situación supone un serio riesgo por actuaciones de vandalismo que pudieran ocasionar importantes daños a la edificación, pues la obra no está cerrada y es accesible para cualquier persona que quiera entrar en ella.

5. El 10 de septiembre de 2009, la entidad adjudicataria presenta certificación de obra nº 1, por importe 2.903,75 euros, solicitándole la Administración la aportación de la correspondiente factura debidamente sellada y firmada y que se subsanaran determinados errores.

6. En esta misma fecha se emite informe por la Policía Local sobre el estado actual de las obras en el que se pone de manifiesto que el vallado exterior ha sido forzado por su parte sur, que la puerta de entrada a las instalaciones se encuentra abierta y que tanto en el exterior como en el interior de las instalaciones existe gran

cantidad de material de construcción en estado de abandono. Se incorporan a este informe dos fotografías del lugar.

7. 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.

8. 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, de tal manera que han sido retirados determinados elementos tales como la oficina de obra y otros contenedores de almacenamiento, sin que haya operario alguno en la misma.

Se adjunta a este Acta informe técnico de la Dirección Facultativa en el que se pone de manifiesto que:

La obra se encuentra abandonada y no existe ningún operario de la empresa constructora, situación que se mantiene desde el 4 de septiembre pasado, según se hizo constar en el informe emitido en esa fecha y se ha comprobado en visitas anteriores.

Las unidades de obra ejecutadas son las contenidas en la única certificación de obra en trámite y algunos metros cuadrados más de enfoscados de preparación de soportes realizados y no incluidos en la misma.

No existe personal de vigilancia, lo que constituye una situación de riesgo, pues el vallado se encuentra tirado en el suelo y permite el acceso a cualquier persona, con riesgo de caídas en zonas no protegidas.

No ha sido colocado en la obra el cartel de la misma, que es obligatorio.

En la obra se encuentran depositados varios materiales que se detallan en el informe y que se encuentran inservibles.

El importe total de los trabajos realizados desde el inicio de los trabajos asciende a la cantidad de 4.609,16 euros, que es la que corresponde a la entidad contratista en concepto de liquidación.

9. 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.

10. 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. 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 la misma, de conformidad con lo previsto en los arts. 196.6 y 206.e) LCSP.

De acuerdo con lo previsto en la Cláusula 9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el plazo de ejecución de las obras sería de 6 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 siguiente día 26 del mismo mes, 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 27 de junio de 2009.

En el expediente ha quedado suficientemente acreditado, a la vista de los informes técnicos obrantes en el expediente y el Acta de comprobación de obra de 22 de septiembre de 2009, no sólo que el contratista ha incumplido de forma notoria las fases de ejecución previstos en el Plan de obra del contrato, sino que las obras se encuentran completamente abandonadas al menos desde el 4 de septiembre. El informe de la Dirección Facultativa de 20 de julio de 2009 acredita que no se habían iniciado los movimientos de tierra cuando ya deberían estar ejecutados, al igual que los trabajos de cimentación y contención y de estructuras y que tampoco se había dado comienzo a los trabajos de infraestructuras ni los de solados y cerrajería,

llegando finalmente a la situación de total abandono de la obra que fue informada posteriormente.

La Administración subsume este incumplimiento del contratista en la causa prevista en los arts. 196.6 y 206.e) LCSP, pues, dada la demora en la ejecución del contrato, es presumible razonablemente entender que resulta imposible cumplir el plazo de finalización de la obra.

No obstante, tal como resulta del expediente y si bien consta acreditado el incumplimiento del Plan de obras en sus diferentes fases, lo cierto es que el contratista ha procedido al abandono de la obra, paralizando su ejecución en consecuencia. Pues bien, el cese unilateral por el contratista de la prestación a la que venía obligado por el contrato constituye un incumplimiento de la obligación más esencial del contrato, que es precisamente la ejecución del mismo, con la realización de la obra contratada, por cuya razón concurre la causa de resolución tipificada en el art. 206.g) LCSP.

En este sentido, pues, la resolución procede más apropiadamente, apareciendo además con carácter previo, por la causa últimamente citada ante todo, aunque, complementariamente y al también incurrirse en ella por el contratista, pueda aducirse también la alegada por el órgano de contratación, si bien que con posterioridad y como consecuencia del abandono producido.

Por otra parte, el contratista en sus alegaciones no realiza manifestación alguna acerca de las causas que justifican esta situación, por lo que ante la ausencia de tal causa justificadora, su incumplimiento debe ser calificado como culpable.

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.

La entidad adjudicataria ofertó la contratación de un total de 28 trabajadores en situación de desempleo, lo que se consignó expresamente en la Cláusula Séptima del contrato suscrito, en el que se asumió 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 período de vigencia de sus contratos.

Según consta en el expediente a través del informe de la Dirección Facultativa de la obra, el contratista incumplió su propuesta de contratar el número de operarios ofertado. Asimismo, no dio cumplimiento a su obligación de comunicar a la Administración, en el plazo de quince días desde la firma del contrato, los documentos que lo hubieran justificado, que tampoco fueron presentados con ocasión del trámite de audiencia, el que no realiza manifestación alguna acerca de estas circunstancias.

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 séptima 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, la culpabilidad en los incumplimientos contractuales producidos determina, de conformidad con lo previsto en el art. 208.4 LCSP la incautación al contratista de la garantía definitiva, así como ulteriormente la fijación de la indemnización de los daños y perjuicios causados, en el importe que exceda del de la garantía incautada, que eventualmente hubiere de abonar el contratista, previa audiencia del mismo (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.

Por último, procede igualmente que se lleve a cabo la liquidación del contrato en los términos previstos en el art. 22.1 LCSP.

C O N C L U S I O N E S

1. Procede la resolución del contrato de referencia por las razones expuestas en el Dictamen (puntos 1 y 2 del Fundamento V), con liquidación del contrato en los términos legalmente dispuestos.

2. No obstante, aun siendo también adecuada la incautación de la garantía al contratista, sin perjuicio de la ulterior determinación por el órgano de contratación de la indemnización que deba en su caso abonar, antes de dictarse la Resolución que la disponga ha de darse audiencia al avalista (punto 3 del Fundamento V).