



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 4 1 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de diciembre de 2009.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de las obras "Adecuación y Mejora de Espacios Infantiles de La Laguna", formalizado el día 12 de junio de 2009 con la adjudicataria C.P.A.T., S.L. (EXP. 703/2009 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 23 de noviembre de 2009, (R.E. del 24), el Alcalde del Ayuntamiento de San Cristóbal de La Laguna solicita 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 arts. 194 y 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), preceptivo Dictamen respecto de la Propuesta de Resolución, con forma de Acuerdo a adoptar con carácter definitivo por la Junta de Gobierno Local, por la que se pretende declarar la resolución del contrato de las obras de Adecuación y Mejora de los Espacios Infantiles de La Laguna, suscrito por la Corporación indicada y la empresa C.P.A.T., S.L. (el contratista), por entender que ha concurrido la causa resolutoria prevista en el art. 206.g) LCSP que establece el mencionado efecto en el caso de "incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales, esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato".

2. Antes de abordar el análisis de la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución que se ha sometido a nuestra consideración, debemos reseñar las incidencias más relevantes ocurridas en la efímera vida del referido contrato.

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

La Junta de Gobierno Local, mediante Acuerdo de 8 de junio de 2009, resolvió adjudicar definitivamente a la empresa citada por el procedimiento negociado con publicidad y por un precio de 345.092 €, financiado con cargo a los recursos del Fondo Estatal de Inversión Local aprobado por Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre, la adecuación y mejora de los espacios infantiles de La Laguna, con un plazo de ejecución de 4 meses y medio.

El contrato se formalizó el 12 de junio de 2009, señalando la cláusula tercera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que el plazo de ejecución sería de "cuatro meses y medio, a partir del día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo y una vez aprobado el plan de seguridad y salud, de conformidad con las cláusulas 8, 28 y 30 del citado Pliego".

El Acta de comprobación de replanteo, en un modelo previsto al efecto, fue suscrito por ambas partes el 15 de julio de 2009, precisando la misma que "están disponibles los terrenos" pero que el proyecto es "no viable. Por las siguientes razones", sin precisarlas, con suspensión del comienzo de las obras, hasta que se dicte la resolución oportuna por el órgano de contratación.

En la misma fecha 15 de julio de 2009, la Dirección de las obras, firmante del Acta, emite informe del que resulta que tras la adjudicación se solicitó del contratista fichas técnicas de los juegos que, tras ser estudiadas por la Dirección de obra, fueron informadas negativamente telefónicamente por cuanto los juegos propuestos "no cumplen con las especificaciones del proyecto", que se encuentran en el punto 25.1 del Pliego de Cláusulas Técnicas, tanto en lo concerniente a "materiales" como al "uso que se describe de ellos", sin que en los criterios de valoración en la adjudicación (cláusula 9) se valorara "el cambio de calidades, materiales ni uso del mobiliario presupuestado y descrito en el proyecto".

Por todo ello, "aunque el suelo esté disponible para la ejecución de las obras, la no disposición de los juegos hace inviable el comienzo de éstas debido a que repercutiría negativamente en los ciudadanos y en los intereses municipales, al tener que eliminar todas las áreas de juegos existentes y no tener con conocimiento exacto del momento en el que la empresa nos presente una oferta que se adapte a lo establecido en el proyecto".

El Área de Obras e Infraestructuras, con fecha 9 de septiembre de 2009, informa que "la demora (...) en la ejecución del contrato no se encuentra justificada (...) debido a que, desde el 15 de julio, después de haber presentado propuesta de juegos por parte de la empresa, los mismos no cumplían (...) con las especificaciones" que

figuran en el proyecto y en el Pliego de Cláusulas Administrativas. En informes de 3 de agosto y 23 de septiembre informa que “la opción más beneficiosa para los intereses municipales [(...) es] la resolución del contrato” ya que “en tres meses la citada empresa no ha presentado ninguna propuesta juegos viable que cumpla con las especificaciones; lo que ha impedido el comienzo de las obras (...)”. Previamente se habían celebrado reuniones sobre el asunto por la Administración y la contrata. El mismo Área de Obras informa, el 25 de septiembre, que las obras no han comenzado y no se ha ejecutado ninguna unidad de obra.

La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 25 de septiembre de 2009, acordó proponer al adjudicatario la resolución del contrato por “mutuo acuerdo (...) sin consecuencias económicas” dándose cuenta al contratista para alegaciones, que no formuló en plazo, sino el 14 de octubre oponiéndose a tal forma de resolución pues el retraso en el comienzo de las obras es de “exclusiva responsabilidad del organismo contratante, por no firmar el acta de replanteo y comienzo de las obras en el plazo que estipula la Ley de Contratos y que no tienen la obligación de tener pre comprado o pre acordado con un determinado proveedor la compra de juegos”, instando la firma del acta de replanteo y el comienzo de la obra.

En nuevo informe de 19 de octubre de 2009, la Dirección de las obras precisa los incumplimientos de la oferta presentada por el contratista, que conciernen tanto a los materiales como al uso de los juegos, precisando que en ningún momento se le exigió a la empresa un precontrato con proveedores sino que los juegos debían cumplir con las “descripciones técnicas” del proyecto, señalándose que sólo se “aceptaron tácitamente los juegos de mayores, que corresponden al 1,20% del presupuesto de la obra”, reiterando que la opción “más beneficiosa” era la resolución del contrato.

En sesión celebrada el día 20 de octubre de 2009, la Junta de Gobierno Local adoptó el acuerdo de continuar con la “tramitación del expediente en orden a la resolución del contrato” sin “incautación de la garantía”, dado que no se han causado más daños que “los de la demora en la ejecución de las obras”, con reserva de acciones por los daños que se pudieren ocasionar por su futura no ejecución. También se acordó solicitar del Ministerio de Administraciones Públicas “la prórroga del plazo de ejecución de las obras (...) habida cuenta que las mismas tienen una duración estimada de cuatro meses y medio y el retraso en su ejecución no es

imputable a la Administración", de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.1 del citado Real Decreto Ley 9/2008.

Con fecha 2 de noviembre de 2009, el contratista presenta escrito de alegaciones (reiterando uno anterior de 14 de octubre) que ya habían tenido respuesta en los informes de la Dirección de obras, desconociendo aquél que, en cualquier caso, el acta está firmada por ambas partes, sólo que en la misma se declara como "no viable" el comienzo de las obras *sin que pueda confundirse el cumplimiento del contrato conforme a las especificaciones de los Pliegos con que la Administración obligue al contratista a firmar un pre contrato con proveedores, lo que no es el caso.*

Se formula finalmente Propuesta de Resolución, de 10 de noviembre de 2009, la cual acuerda "continuar con la tramitación", improcedentemente puesto que en realidad se inicia el procedimiento de resolución por incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales, con devolución de la fianza, cuya Propuesta de Resolución debe ser el verdadero objeto de la petición de preceptivo Dictamen.

II

1. En la Propuesta de Resolución el Resuelvo -que está duplicado y que no se identifica en el cuerpo de la misma- debiera pronunciarse sobre la resolución que se acuerda, no sobre la *continuación de la tramitación* que en puridad concluye con la elevación de la Propuesta a definitiva y ulterior notificación al contratista.

Por otra parte, en la fundamentación jurídica de la mencionada PR se hace referencia a la propuesta que se hizo en su día al contratista de resolver el contrato por mutuo acuerdo, lo que procedería ubicar en el apartado de antecedentes, ya que finalmente la resolución procede por incumplimiento por el contratista de su obligación principal.

También se hace referencia en tal fundamentación al informe de la Intervención General, que debería ubicarse, asimismo, en los antecedentes.

En los fundamentos jurídicos deberá dejarse constancia expresa de los preceptos aplicables al caso, no sólo de las cláusulas de los Pliegos o documentos del proyecto, sino de los preceptos de la legislación contractual que resulten de aplicación; específicamente, los que conciernen a la causa de resolución alegada.

Finalmente, la referencia que se hace en la misma fundamentación al Anexo en soporte digital, donde constan las dos propuestas de juegos efectuadas por el contratista, es contenido propio de los antecedentes.

2. Por lo que al fondo atañe, la resolución del contrato se ha instruido en la medida en que el contratista no ha procedido a cumplimentar la obligación esencial del contrato, que es la de suministrar, e instalar, los elementos lúdicos y de esparcimiento que deberían ubicarse en las zonas infantiles de responsabilidad municipal. La causa de la resolución es el no cumplimiento por el contratista de su obligación principal, sin que ni siquiera se haya dado comienzo a la ejecución del contrato, justamente porque con ocasión del Acta de comprobación del replanteo, suscrita por ambas partes, se consideró que el proyecto era "NO VIABLE", con suspensión del comienzo de la ejecución a resultas de la Resolución que lo autorizara, e informe de la justificación de la no viabilidad, de la misma fecha.

La no viabilidad del proyecto resulta del hecho de que las fichas del material lúdico y de esparcimiento a instalar en las zonas infantiles, facilitadas por el contratista a petición de la Administración, no respondían a las especificaciones de materiales y de uso de los juegos proyectados, de conformidad con lo que se disponía en el Pliego.

Por lo que al capítulo de materiales atañe, se informa que sólo los juegos de mayores (el 1,20% del material total) respondían a las especificaciones proyectadas. El resto presentaba notorias diferencias respecto de lo acordado.

En cuanto a los materiales, por ejemplo, los toboganes suministrados eran de "poliéster reforzado con fibra de vidrio" (mientras que en el proyecto eran de "acero inoxidable"); los soportes de los juegos múltiples eran de "pino tratada en autoclave" (en lugar de "madera laminada"); los muelles de los juegos fueron propuestos de "espiral" (en lugar de "helicoidales" y de "espiral"); los asientos de los diferentes juegos se proyectaron como de "tablero contrachapado fenólico o HPL" (en lugar de "poliuretano de superficie blanda"); el sistema de anclaje al suelo no contemplaba el aislamiento de los elementos a instalar, a diferencia de lo proyectado que pretendía evitar "el contacto de los elementos de madera con el suelo"; los armazones de los columpios propuestos contemplaban soportes de madera y rectangular o redonda y barra superior tratados en "autoclave", cuando en el proyecto se contemplaban "soportes laterales en madera impregnada de pino finlandés laminado en dos piezas con travesaño superior horizontal en hierro

galvanizado"; las cadenas de los columpios propuestos eran de "cadena galvanizada" (en lugar de "cadena galvanizada en caliente y cubierta de plástico"); y los asientos de los columpios se proponían de "goma planos" (en lugar de "aluminio, cubiertos de poliuretano").

En cuanto a los usos propuestos, diferían asimismo de los contemplados en el proyecto. Específicamente, en el proyecto se contemplaban "columpios de 3 plazas", un juego para ocho niños llamado "mariquita para ocho", un "juego giratorio y basculante", y un "juego de trepa esférico" que no figuraban en las fichas facilitadas por el contratista. Asimismo, se apreciaba la falta de algunos "juegos múltiples" y la "duplicidad" en otros.

Finalmente, también se apreció que "los diferentes proveedores de juegos homologaban todos los juegos en su conjunto, cuando en el presupuesto se especificaba la homologación de cada juego por separado".

3. Podría cuestionarse que el momento del Acta de comprobación del replanteo no es el idóneo para comprobar si el material a instalar era el previsto en las especificaciones técnicas, pues tal acta debería circunscribirse a comprobar la "realidad geométrica de la obra y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución". En este sentido, el art. 139.2ª del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D., 1098/2001, de 12 de octubre, vigente en cuanto no se oponga a la Ley vigente 30/2007 y al R.D. 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, señala que en el acta de comprobación de replanteo se deberá demostrar "la viabilidad del proyecto". Y a esta misma idoneidad y viabilidad" del proyecto se refiere la cláusula 28 del Pliego.

Justamente esta falta de viabilidad fue lo que se consignó, con firma del contratista, con ocasión de la firma del acta citada, al comprobarse que las fichas técnicas de los juegos aportadas por el contratista no se ajustaban a las especificaciones técnicas de los Pliegos, lo que determinaría -sin que el Acta contuviera objeción alguna- *la imposibilidad de ejecución del contrato conforme a lo contratado*.

Se suspendió el comienzo de la ejecución hasta tanto se resolviera lo procedente, de conformidad, por cierto, con lo dispuesto en el art. 139.4ª del citado R.D. 1098/2001, lo que llevaba directamente a la no ejecución del contrato conforme a lo pactado, con grave perjuicio tanto para los intereses públicos como para los del propio contratista que, en su caso, perdería la fianza constituida y

debería afrontar, en lo que la excediera, los posibles daños y perjuicios causados a los intereses públicos.

Ciertamente, es una irregularidad formal, no invalidante en este caso, que en el Acta se dijera que el proyecto no era viable y no se señalaran las razones (sustituidas por informe técnico de igual fecha), pero la firma por el contratista del acta evidencia que las había y que eran conocidas por él, en los términos en que fue informado y se concretó, tanto en conversaciones y reuniones habidas al efecto como en informes que obran en las actuaciones sin que unas y otros fueran negados por el contratista.

No se exige que el contratista pre contrate los bienes, aunque es posible que cuente con algún vínculo contractual con fabricante o importador, que en principio a la Administración no concierne, que le facilitara el suministro. Parece lógico que si ése no es el caso, el contratista, desde la licitación debe buscar los elementos contratados en el mercado a los efectos de presentar su oferta y si resulta adjudicatario estar en condiciones de ofrecerlos en las condiciones pactadas. No ha sido así.

4. Por lo que a la devolución de la fianza atañe, la Administración acuerda proceder a ello por cuanto considera que no se ha causado a los intereses municipales daño alguno. No obstante, debe hacerse una valoración consecuente con la demora en la no ejecución del contrato, lo que comportará valoración de daños y perjuicios que se deben cuantificar para su satisfacción con la parte proporcional de la fianza que proceda, en su caso, por aplicación de los arts. 208.4 LCSP y 113 del Reglamento General de Contratación.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, sin perjuicio de las observaciones formales realizadas en el Fundamento II, es conforme a Derecho.