



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 429/2011

(Sección 2ª)

La Laguna, a 12 de julio de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo suscrito con la empresa M.R., S.L., para la ejecución de las obras comprendidas en el proyecto denominado "Mejora y pavimentación del Camino de la Caleta", T.M. de Los Silos (EXP. 370/2011 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución, a la que se opone en fase de alegaciones la empresa contratista, del contrato administrativo para la ejecución de las obras comprendidas en el proyecto denominado "Mejora y pavimentación del Camino de la Caleta", T.M. de Los

Silos, que fue adjudicado a la empresa M.R., S.L. por el Consejo de Gobierno Insular, en sesión celebrada el 21 de mayo de 2007, formalizándose el contrato el 8 de junio de 2007.

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 en relación con el artículo 59.3,a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y con el artículo 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

(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.

En este sentido, es de recordar que, conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en sus apartados primero y segundo: "Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos". Y, "los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior".

II

1. Son antecedentes del procedimiento que nos ocupa los siguientes:

- En el BOC nº 75, de 16 de abril de 2007, se hizo público anuncio de licitación para la realización de las obras comprendidas en el proyecto denominado "Mejora y pavimentación del Camino de la Caleta", T.M. de Los Silos.

- Por el Consejo de Gobierno Insular, en sesión celebrada el 21 de mayo de 2007, se dispone la adjudicación del contrato para la ejecución de la citada obra a la entidad mercantil M.R., S.L.

- Constituido el depósito de la garantía definitiva, el 6 de junio de 2007, se formaliza el contrato el 8 de junio de 2007.

- Con fecha 6 de julio de 2007 se suscribe acta de comprobación del replanteo de la obra, fijándose como fecha para el inicio de las obras al día siguiente, siendo de 7 meses el plazo máximo de ejecución.

- Tras solicitarse por el Ayuntamiento de Los Silos, el Consejo de Gobierno insular, en sesión celebrada el 10 de septiembre de 2007, autorizó la suspensión temporal de la ejecución del contrato, por la conveniencia de realizar previamente una obra por parte de la compañía U.

Tal suspensión se levanta por acuerdo del mismo órgano de 26 de enero de 2009, concediéndole al contratista un plazo de seis meses para la terminación de las obras, concluyendo el plazo el 6 de agosto de 2009.

- El Consejo de Gobierno Insular, en sesión celebrada el 9 de noviembre de 2009, concedió a la empresa contratista una prórroga de cuatro meses, tras vencer el plazo anterior, finalizando tal prórroga el 6 de diciembre de 2009.

- Tras realizarse la comprobación y reconocimiento de la obra por los Servicios Técnicos de la Corporación, el 22 de abril de 2010, se observa que la misma no se encuentra en condiciones de ser recibida por los motivos que se recogen en el acta extendida al efecto, debidamente firmada por el representante de la Administración Contratante, la Dirección Facultativa de la obra y la propia empresa Contratista, en la que el representante del Cabildo Insular no da por recibida la obra, e indica al Director Técnico de la misma que deberá dar las instrucciones precisas al contratista para su subsanación, fijando un nuevo plazo al efecto.

Constan como causas de no recepción:

“- En el cauce del Barranco de Correa el drenaje transversal no se ha construido según se detalla en el proyecto, que, por otra parte, sirvió de base para la obtención de la autorización del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, pues no se han construido las aletas ni el cuenco de recepción de las aguas de escorrentía.

- Se observa en múltiples puntos de los arcenes laterales, contruidos con pavimento de hormigón, un desgaste superficial con desprendimiento de áridos”.

- El 13 de mayo de 2010 la Dirección Facultativa de la obra da orden por escrito al contratista de subsanación de la obra consistente en colocar la señalización de cauce indicada por el Consejo Insular de Aguas y en ensayar 11 muestras de losas alteradas e inalteradas a lo largo de los 1.166 m de camino para comprobar la resistencia característica del hormigón puesto en obra, así como en la reparación de las losas deterioradas, siempre y cuando el resultado de los ensayos fueran satisfactorios.

Se concede un plazo al efecto de 4 meses.

- El 15 de octubre de 2010, la Dirección Facultativa de la obra remite al Servicio Técnico de Agroindustrias, mediante fax, informe en el se señala, entre otras cosas:

“Los resultados muestran que ninguna de las 11 muestras realizadas en campo cumple con las características del hormigón previsto en el proyecto, estando a más del 50% por debajo de la resistencia especificada.

Ante estos resultados esta Dirección Facultativa considera inadmisibles las losas ejecutadas y ordena, mediante escrito en el libro de órdenes, la demolición de todas las losas ejecutadas en el camino, la retirada a vertedero autorizado del material sobrante, la ejecución de las losas previstas en el proyecto y el ensayo del hormigón en fresco y trépanos de las losas ejecutadas; para estas operaciones se da un plazo improrrogable de 40 días hábiles.

Esta orden se firmó el miércoles 13 de octubre de 2010”.

- Cumplido aquel plazo el día 13 de diciembre de 2010, se convocó nuevamente a los técnicos y a la empresa contratista para proceder a la recepción de la obra, procediéndose a efectuar las correspondientes comprobaciones y reconocimientos de las obras que no estaban en condiciones de ser recibidas, tal como se reflejó en el acta fallida de recepción, observándose que la empresa adjudicataria no ha procedido a la reparación de las losas de hormigón en los laterales del camino, según las instrucciones dictadas por la Dirección Facultativa.

Por ello, el Cabildo Insular de Tenerife no dio por recibida la obra, formalizándose la correspondiente acta el 13 de diciembre de 2010.

- El 13 de enero de 2011, el Servicio Técnico de Agroindustrias e Infraestructura Rural, remite al Servicio Administrativo de Agricultura informe en el que se señala:

“En primer lugar debemos indicar que la unidad de obra que no ha sido dada como válidamente ejecutada, por la Dirección de Obra, es la descrita en el documento “Presupuesto” del proyecto, que sirvió de base para el contrato, como: m3 Firme de hormigón 22,5 N/mm² coloreado

Hormigón de 22,5 N/mm² de resistencia característica, con árido de 40 mm de tamaño máximo elaborado en planta, a una distancia superior a los 15 km desde la planta. Incluso puesta en obra, incluso aplicación de colorante inorgánico pardo.

Igualmente en el documento del proyecto “MEMORIA” en su apartado 8.2 SECCIÓN TIPO, se describe:

“Las capas de firme rígido son: una capa base compuesta por zahorras naturales (picón) que se ajustará a 10 cm de espesor compactado al 95% del Proctor Normal y una capa de rodadura dispuesta en dos subcapas de HM-151P/401E de 12 cm de

espesor y HM-22,51P/401E de 8 cm coloreada, primera y segunda capa respectivamente”.

También en el documento “PLANOS”, en su plano nº 8, denominado “DETALLES OBRAS DE FÁBRICA” se observa en la “SECCIÓN TIPO DEL FIRME FLEXIBLE CON EL FIRME RÍGIDO” que en la capa de rodadura superior se hace referencia a la unidad de obra en cuestión, describiendo su resistencia característica como de 22,5 N/mm².

Además, como ya indicó el Director de Obra, del ensayo de los testigos extraídos (Documento adjunto nº 7), por el laboratorio acreditado, I., de la obra ejecutada, se han obtenido valores de resistencia de rotura que en el mejor de los casos ha alcanzado un valor de 10,9 N/mm², valor inferior al 50% del descrito en el proyecto que sirvió de base al contrato.

Por otra parte, desde el punto de vista técnico, la resistencia establecida (22,5 N/mm²) para la capa de rodadura del firme rígido, de la que forma parte la unidad de obra de referencia, viene determinada en dicho valor, entre otros motivos, por el de garantizar que la exposición del hormigón a la acción de las ruedas de los vehículos no provoque un desgaste prematuro con liberación de áridos, que a su vez servirán como elementos abrasivos, acortando la vida útil del pavimento.

Por último, dado que la falta de resistencia del hormigón afecta a una unidad de obra de carácter extensivo, pues se desarrolla a lo largo de los laterales de todo el camino en una longitud de 2 x 1.166 m, con un ancho medio de 1 m y un espesor de 8 cm, que dan como resultado, según proyecto y a falta de la medición final, unos 219 m³ de hormigón, y dada la falta de respuesta, por parte del Contratista, a las Ordenes del Director de Obra de proceder a su demolición y reconstrucción, se realiza la siguiente propuesta:

Que se declare resuelto el contrato, por incumplimiento culpable, con la empresa M.R. para la ejecución de la obra de Mejora y Pavimentación de camino de La Caleta, dado que ya se le han dado a dicha empresa contratista dos plazos para la reparación de las unidades de obra defectuosas, teniendo en cuenta que el segundo de éstos tenía carácter de improrrogable, de acuerdo al artículo 147.2 del Real Decreto Legislativo 2100, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

2. En la tramitación del procedimiento constan las siguientes actuaciones:

- El procedimiento se inicia el 31 de enero de 2011, por acuerdo del Consejo de Gobierno Insular, a la vista de los informes técnicos emitidos, ante la imposibilidad de recepción de las obras por los defectos de ejecución que han sido puestos de manifiesto en los informes técnicos señalados, por incumplimiento culpable del contratista (art. 147.2, párrafo segundo del TRLCAP, en relación con el art. 113.4), con propuesta de incautación de la garantía definitiva, así como de indemnización a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía.

- Tras ser notificadas la empresa contratista y la entidad avalista, sin que por esta última presentara alegaciones, el 21 de marzo de 2011, fuera del plazo conferido al efecto, la empresa contratista presenta escrito de alegaciones, en el que, entre otras cuestiones, manifiesta:

"1) Las losas de hormigón coloreado fueron reparadas superficialmente debido a la erosión superficial por el paso de vehículos sobre ellas en el tiempo de fraguado sobre todo en el acceso a las fincas colindantes, en las que a pesar de la señalización y prohibición de circulación, los elementos de vallado aparecían al día siguiente retirados y las losas de hormigón con las huellas de rodadas de neumáticos sobre ellas. Estas reparaciones tuvieron lugar en diciembre de 2009 y en agosto de 2010, cumpliendo las órdenes dictadas por la Dirección Facultativa.

Las referidas órdenes mencionaban la ejecución de ensayos del hormigón de las losas; por tanto se encargó la realización de unos ensayos de resistencia a la compresión, previa extracción de testigos en zonas indicadas por la Dirección Facultativa. La demora en la entrega de los resultados por parte del laboratorio dio lugar a una serie de llamadas telefónicas en las que se nos ponía de manifiesto el problema de ensayar los testigos extraídos debido a su geometría (sólo tenían 8 centímetros de altura), aun así se hicieron y dieron como resultado un acta que según se detalla en el propio acta se envió una copia a esta empresa y otra a la dirección facultativa. Ante los resultados obtenidos de los testigos extraídos, y comparando los resultados que se obtuvieron en las probetas realizadas durante la ejecución de la obra, se manifestó la extrañeza de tan dispares resultados volviendo a comentar con el laboratorio la dificultad de realización del ensayo a compresión de los testigos extraídos.

3) Las reparaciones efectuadas en las losas de hormigón coloreado han cumplido su objetivo de cubrir los desperfectos superficiales encontrados en el hormigón debido al paso prematuro de vehículos sobre ellas. Así se puede apreciar a pie de obra, teniendo

en cuenta que dichas losas se fabricaron durante los meses de junio a septiembre de 2009, y que se pusieron en servicio para su uso público en seguida de su ejecución; de ahí la posible causa de los desperfectos superficiales.

4) Por tanto, y a la vista de que el hormigón no ha sufrido un deterioro desde la reparación superficial antes mencionada, se reconsidere por parte de la Dirección Facultativa la orden de demolición de todas las losas ejecutadas con hormigón coloreado y se considere a las mismas como admisibles aunque ello conlleve una rebaja en el precio de ejecución material.

5) Asimismo, y debido a la duración del contrato, solicitamos la revisión de precios del mismo, aunque en principio y debido a la duración prevista no se contemplaba, la duración real debida a la suspensión temporal nos hace solicitar la mencionada revisión con fórmula tipo que más se adecua a las cantidades del proyecto que es la nº 45".

- El 23 de marzo de 2011 la Directora Facultativa de las obras emite informe sobre las alegaciones presentadas por la contratista, donde se señala:

"Respecto a los puntos 1 y 2:

Los trabajos de hormigonado con HM-22,5 coloreado se inician a finales de julio de 2009. Concretamente el 23 de julio de 2009 se elige la muestra coloreada de entre 3 posibles.

Ya desde el 12 de agosto de 2009 se hace constar en el libro de órdenes (se adjunta copia) la orden de repetir ciertas losas marcadas en obra debido a la gran cantidad de fisuras que presentan.

El 3 de septiembre de 2009 (44 días después del inicio del hormigonado) esta D.F. toma imágenes de las losas deterioradas, aún sin demoler, y del estado general en que estaba quedando la unidad de obra de encintado lateral con HM-22,5 en ese instante, en ejecución.

En dichas imágenes se aprecia que la primera capa de asfalto estaba ejecutada antes de la ejecución del hormigón, lo que facilitaba el tráfico sobre el asfalto, haciendo innecesario circular sobre el hormigón, e incluso incómodo dado el desnivel entre ambas superficies, y que a lo largo del encintado lateral no aparecen muestras (roderas) que hagan pensar que la erosión que alega la contrata es debida al paso de vehículos durante el tiempo de fraguado. Por tanto, esta D.F. considera que la erosión de las losas no es debida al paso de vehículos en el tiempo de fraguado.

Por otro lado, esta D.F. no ordenó en ningún momento que el camino quedara abierto al tráfico, ni le consta que lo haya solicitado ninguna otra parte implicada. Y, en cualquier caso, la Contrata debe poner medidas efectivas para impedir la afectación de las unidades de obra ejecutadas.

La Contrata hace referencia al cumplimiento de órdenes dictadas por la D.F. Al respecto hay que precisar que, a la vista del desgaste superficial que presentaba todo el encintado, esta D.F. indicó en mayo de 2010 que se realizaran ensayos de resistencia en las losas marcadas en campo y, en caso de resultado satisfactorio, se procedería a la reparación de las losas con una lechada de hormigón cola coloreado; en caso no satisfactorio, se procedería a la demolición de los paños afectados y a su posterior construcción. De estas órdenes tuvo constancia por escrito la Contrata (se adjunta copia del documento firmado).

Los resultados de los ensayos no fueron satisfactorios, quedando por debajo del 50% de la resistencia característica del hormigón de proyecto. Por otro lado, no hay constancia de dificultad alguna para la realización de los ensayos con las muestras recogidas, según se desprende del acta de resultados de los ensayos del laboratorio acreditado, I. (se adjunta copia del acta). Además de estos ensayos, la Contrata pidió otros ensayos de contraste a otro laboratorio acreditado (LCC), cuyos resultados tampoco fueron satisfactorios (se adjunta copia).

El 13 de octubre de 2010, se ordenó la demolición de todo el encintado y su construcción, dándose para ello un plazo improrrogable de 40 días (se adjunta copia correspondiente del libro de órdenes). La Contrata no ejecutó ninguna de estas órdenes.

Respecto al punto 3:

Las alegaciones referentes a las reparaciones superficiales de las losas resultan improcedentes, dado que se trataba de una solución establecida para la hipótesis de que los resultados de los ensayos fueran aceptables, cosa que no sucedió”.

De todo ello concluye la Dirección Facultativa: “La orden de demolición se basa en la falta de resistencia de las losas evidenciada por los resultados de los ensayos. Ninguno de los 11 trépanos que se ensayó dio resultado satisfactorio. La falta de resistencia resultó muy acusada, con cifras tan bajas como 8,5 N/mm² de tensión de rotura cuando se requería en proyecto una resistencia característica de 22,5 N/mm². Una eventual reparación superficial no mejora la resistencia de las losas, por lo que no cabe reconsiderar la orden de demolición.

Respecto a la solicitud de revisión de precios, esta D.F. considera procedente dicha reclamación, puesto que la obra tuvo una demora por causas no imputables a la contrata. La fórmula de revisión nº 45 se considera adecuada dada la naturaleza y las unidades de obra ejecutadas y sujetas a revisión de precios de la obra”.

- El 16 de mayo de 2011, el Servicio Técnico de Agroindustrias e Infraestructura Rural, tras analizar los escritos presentados por la empresa contratista y por la Dirección Facultativa, emite informe en que se vienen a desestimar las alegaciones presentadas por la empresa contratista, ya que en ningún momento justifican su forma de proceder frente a las estipulaciones del contrato de obra formalizado al efecto.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, y con fundamento de los informes emitidos a lo largo del procedimiento, la PR viene a declarar la resolución del contrato por incumplimiento culpable por parte del contratista, a tenor de lo dispuesto en el artículo 147.2, párrafo segundo del TRLCAP, en relación con el artículo 113.4 del citado texto legal, con las consecuencias previstas en el art. 113.4 del TRLCAP, que señala: “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”. Se está pendiente de informe de valoración de daños y perjuicios.

En el punto 5 del precitado artículo se indica asimismo que “En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida”.

Asimismo, se pronuncia la Propuesta de Resolución sobre la liquidación de las obras, señalando: “El artículo 172 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que “Iniciado el expediente de resolución de un contrato cuyas obras hayan de ser continuadas por otro contratista o por la propia Administración, se preparará seguidamente la propuesta de liquidación de las mismas. La liquidación comprenderá la constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los salarios pertinentes a favor o en contra del contratista. La liquidación se notificará al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de Resolución”, encontrándose actualmente en tramitación la

liquidación del contrato, que será notificada al contratista junto con el acuerdo de resolución”.

2. Pues bien, entendemos que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable por parte del contratista, con los efectos previstos asimismo en la Propuesta de Resolución, dado que:

Se ha constatado que, a pesar de los numerosos requerimientos y prórrogas para ello que se han concedido por la Administración, la contrata ha mostrado total pasividad en el cumplimiento de aquéllos, no procediendo adecuadamente en relación con los desperfectos observados en la obra, ni siendo conforme al proyecto la resistencia del hormigón. Asimismo, no puede sostener la contrata que los desperfectos observados se produjeron por el paso de vehículos, tanto porque incumbe a ella limitar este paso hasta la entrega de la obra, como porque, según el punto 23 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato formalizado en su día, “Durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía, el contratista es responsable de los defectos que en la construcción puedan advertirse”. Ello sin perjuicio de que, tal y como se deriva de los informes obrantes en el expediente, “según se desprende del informe emitido por la Dirección de Obra, la fisura superficial del hormigón ya se detectó a los pocos días de iniciarse la ejecución de los arcones, en agosto de 2009, habiéndose dado ya en ese preciso instante la primera orden de demolición y posterior reconstrucción. Teniendo en cuenta que la obra se intentó recibir infructuosamente en primera instancia en abril de 2010, transcurrieron ocho meses en los que la empresa hizo caso omiso de las instrucciones dadas por la Dirección Facultativa; situación que se ha prolongado hasta la fecha actual”.

En cualquier caso, también se deduce de los informes obrantes en el expediente que, en cuanto a las alegaciones referentes a las reparaciones superficiales de las losas, éstas resultan improcedentes, dado que se trataba de una solución establecida para la hipótesis de que los resultados de los ensayos de las losas de hormigón fueran aceptables, cosa que no sucedió.

En este punto, enlazamos con el segundo incumplimiento por parte de la contrata:

Se produce igualmente incumplimiento del contrato por parte del contratista en cuanto a los niveles de resistencia del hormigón exigibles en virtud del Proyecto de ejecución, por ser muy inferiores al mínimo en aquél exigible, como se desprende de

los análisis efectuados en su momento, cuyos resultados, por otra parte, tuvo que rescatar del laboratorio directamente la Administración, tras numerosos intentos infructuosos de que los entregara la contrata, tal y como se señala en el informe que el día 15 de octubre de 2010, la Dirección Facultativa de la obra remite al Servicio Técnico: "Esta D.F. estuvo 4 meses solicitando al representante de la Contrata que le hiciera llegar los resultados de los ensayos que se habían marcado en campo. Como consecuencia de la omisión de esta petición, esta D.F. se presentó el 01/10/2010 en el laboratorio que realizó las muestras y, previa solicitud, le fueron entregados inmediatamente".

De todo ello se desprende, por un lado, el incumplimiento contractual por parte de la contrata, pero, por otra parte, su carácter culpable dados los numerosos requerimientos de subsanación y prórrogas incumplidos, haciendo caso omiso de las órdenes de la Administración a las que no presentó oposición ni alegación alguna en cada momento.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho. Procede resolver el contrato en virtud de la causa invocada por ella y con los efectos previstos en la misma.