



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 6 / 2 0 1 3

(Sección 1ª)

La Laguna, a 27 de junio de 2013.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de La Victoria de Acentejo en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo suscrito con la empresa L.M.O.L.C., para la ejecución de la obra de "Reforma del Centro Infantil Santo Domingo" (EXP. 236/2013 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de La Victoria de Acentejo, 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 la obra de "Reforma del Centro Infantil Santo Domingo", que fue adjudicado a la empresa L.M.O.L.C. el 1 de junio de 2007, formalizándose el contrato posteriormente (no consta fecha).

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 (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.

* **PONENTE:** Sr. Lorenzo Tejera.

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) -que vino a derogar el TRLCAP-, en sus apartados primero y segundo: *“Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán 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 regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.*

Tal Disposición se reproduce en la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que vino a derogar la citada Ley 30/2007.

Pues bien, habiéndose publicado la convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato en el BOP de Santa Cruz de Tenerife nº 58, de 16 de abril de 2007, resulta de aplicación la normativa antes referida.

II

1. Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, son antecedentes del procedimiento que nos ocupa los siguientes:

- En el BOP de Santa Cruz de Tenerife nº 58, de 16 de abril de 2007, se hizo público anuncio de licitación para la realización de la obra de “Reforma del Centro Infantil Santo Domingo”.

- El contrato es adjudicado el 1 de junio de 2007 a la empresa L.M.O.L.C., otorgándose el aval bancario el 9 de julio de 2007. Posteriormente, sin que conste fecha, se formaliza el contrato.

- Con fecha 3 de octubre de 2007 se suscribe acta de comprobación del replanteo de la obra y de inicio de obra, fijándose como fecha para el inicio inmediato de las obras, siendo de 24 meses el plazo máximo de ejecución.

- El 11 de agosto de 2008 se solicita por la contratista la paralización temporal de las obras hasta la definición total del proyecto y/o modificados correspondientes,

con carácter retroactivo desde mayo de 2008. En tal escrito se hace constar: que antes del mes de mayo de 2008 el Ayuntamiento solicitó a la Dirección Facultativa la modificación en parte de la distribución o tabiquería de las obras con el fin de acondicionar el centro a las nuevas necesidades solicitadas por el Ayuntamiento; que para tales modificaciones y otras indefiniciones de adaptación del proyecto la Dirección Facultativa comunica que iniciará un proyecto rectificado o modificado, sin que se haya recibido; que por ello las obras se encuentran prácticamente paralizadas desde hace tiempo; y que se elaborará relación de gastos inherentes a tal situación que se solicitarán al Ayuntamiento.

- El 28 de mayo de 2009 se solicita la devolución del aval "por haber cumplido el aval su finalidad".

- A efectos de tramitar aquella solicitud, el Ayuntamiento pide al contratista, con fecha 22 de junio de 2009, aportación de informe técnico sobre la finalización y recepción de la obra.

- El 5 de noviembre de 2009 se presenta por la contratista solicitud de aplazamiento de la obra igual al tiempo transcurrido desde su paralización temporal ajena a su voluntad, lo que ocurrió entre el 31 de marzo de 2009 y 19 de octubre de 2009, fecha de reinicio una vez recibido proyecto modificado de la Dirección Facultativa y evaluado por la Constructora.

- El 25 de agosto de 2010 se emite informe por la Secretaría General del Ayuntamiento desfavorable a la concesión de la prórroga solicitada el 5 de noviembre de 2009, dado que el plazo de ejecución de la obra venció el 3 de noviembre de 2009, estableciendo el art. 100 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) que no cabe la prórroga tras concluir el plazo de ejecución del contrato. Se propone asimismo la resolución del contrato o la imposición de penalidades por incumplimiento del plazo de ejecución de la obra.

- El 26 de agosto de 2010 se añade adenda al informe anterior del Secretario General del Ayuntamiento con determinadas aclaraciones.

- A pesar del informe del Secretario, por Decreto del Alcalde-Presidente nº 607/2010, de 1 de septiembre de 2010, notificado al contratista el 9 de septiembre de 2010 se acuerda prórroga de seis meses ya que es necesario continuar la ejecución de las obras y ya queda un porcentaje mínimo para acabar. Tal Decreto se ratifica por el Pleno el 27 de septiembre de 2010.

- Posteriormente, el 7 de octubre de 2010, la Comisión informativa de Urbanismo y Obras Públicas emite dictamen favorable a la prórroga proponiendo al Pleno su aprobación definitiva.

- El 14 de octubre de 2010 se ratifica (definitivamente) por el Pleno el acuerdo adoptado mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia 607/2010, lo que se notifica al contratista el 28 de octubre de 2010.

- El 2 de diciembre de 2010 se emitió informe desfavorable por el Secretario General del Ayuntamiento respecto de la aprobación del modificado de la obra "Reforma del Centro Infantil Santo Domingo".

- El 29 de diciembre de 2010 se informa por el Arquitecto Director de las obras, V.R.G., lo siguiente: "Posteriormente (a la adjudicación del contrato) y durante la ejecución de las obras han cambiado las competencias de la Consejería encargada de su supervisión. Como consecuencia de lo anterior hubo que realizar un «Proyecto de Reforma» ya que coincidió que en este plazo de tiempo habían cambiado las normas de las Escuelas Infantiles (antes Guarderías), y en consecuencia había que adaptar el proyecto a la normativa vigente y a las normas exigidas por la Consejería encargada de supervisar el proyecto. Por lo cual así como en el «proyecto inicial» no estaban incluidas las instalaciones al no ser exigibles, en el «proyecto de reforma» sí lo están por indicación del organismo competente. Por tanto, el «proyecto de reforma» cumple con las normativas vigentes en la fecha en que se redactó. Para evitar que las exigencias de la Consejería pudieran estar en contradicción con lo redactado en el «proyecto inicial», y tener que demoler parte de las obras que se estaban ejecutando, se decidió, de común acuerdo entre los técnicos municipales, la dirección facultativa y la contrata, que lo más correcto era paralizar la obra hasta que el «proyecto de reforma» se terminara de redactar. Este acuerdo lo presentó la contrata en el Ayuntamiento solicitando el aplazamiento de la ejecución de la obra. Posteriormente, y por indicación de las autoridades municipales, se reanudó la obra para que se terminara de ejecutar lo adjudicado a la contrata. Por otro lado, las obras que se están realizando, y las certificaciones expedidas hasta la fecha, coinciden fundamentalmente con las obras indicadas en el «proyecto inicial» presentado".

- El 27 de septiembre de 2011 se emite certificado de final de obra por el Director de la obra, en el que se fija como fecha de terminación de la misma julio de 2011.

- El 26 de marzo de 2012 se dicta providencia por el Concejal de Obras Públicas e Infraestructuras, en la que, tras manifestar dudas acerca de la ejecución de las obras y el coste de determinadas partidas, ya pagadas por el Ayuntamiento, con aceptación expresa por la Dirección Facultativa, dispone la realización de informe pericial por arquitecto técnico externo sobre la obra en el que se analicen las partidas de obra ejecutadas, su coste y las anomalías que pudiera presentar el inmueble. Asimismo se dispone que con posterioridad se emita informe por Secretario General sobre los pasos a seguir, en su caso, para la resolución del contrato.

Una vez firmado por el arquitecto técnico S.B.H. contrato administrativo de arrendamiento de servicios profesionales el 26 de marzo de 2012, emite el informe pericial solicitado en mayo de 2012. En el mismo se pone de manifiesto la falta de ejecución de parte de la obra y los defectos existentes en lo ejecutado. Posteriormente, firmado el 28 de enero de 2013, emite informe en el que se detallan los antecedentes más destacados, y se afirma la existencia de demora en la ejecución de la obra, informando la procedencia, a considerar por jurista, de incoar expediente de resolución del contrato.

- El 15 de mayo de 2012 el arquitecto Director de la obra presenta renuncia a la dirección de la misma por falta de entendimiento con el Concejal, a partir, al parecer, de conversación telefónica de 9 de mayo de 2012.

- El 9 de agosto de 2012 se solicita por el contratista devolución de la fianza "por haber cumplido la finalidad por la que se constituyó".

- Mediante escrito del Concejal de Obras Públicas e Infraestructuras de 8 de febrero de 2013 se señala que el 13 de octubre de 2011 se solicitó por él al Ayuntamiento, verbalmente, recibir la obra para terminarla la propia Administración por incumplirse los plazos por la empresa, lo que se manifiesta a la empresa para que retire sus medios auxiliares y bienes materiales, lo que hace en la segunda quince de octubre de 2011; asimismo se identifican las obras no concluidas en julio de 2011; se indica que, según información de los trabajadores municipales la empresa dejó de trabajar en mayo de 2011; finalmente, se niega por el Concejal haber dado órdenes a la empresa.

- El 23 de marzo de 2013 el Director de la obra presenta escrito dirigido al arquitecto S.B.H., contestando a determinadas cuestiones planteadas, al parecer, por éste. Se concluye de ello que se desconoce la existencia de acta de paralización de las obras, así como del libro de órdenes y asistencias a la obra. Asimismo se señala

por el Director, en relación con la fecha aproximada en la que la contrata terminó de trabajar: *“con fecha de diciembre de 2011 se emitió la última certificación-liquidación de la obra hasta ese momento ejecutada, por lo que la contrata dejaría de trabajar el último trimestre de dicho año”*.

- El 4 de abril de 2013 se emite informe por la Secretaría General en relación con la resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

- En la misma fecha se emite propuesta de inicio de procedimiento de resolución del contrato por el Concejal de Obras Públicas e Infraestructuras.

- El 17 de abril de 2013 se inicia el procedimiento que nos ocupa, tras acuerdo del Pleno del Ayuntamiento, notificado al contratista y al avalista el 6 de mayo de 2013.

- El 16 de mayo de 2013 se presenta escrito de alegaciones por el contratista en el que se opone a la resolución del contrato, argumentando al efecto que si bien concurre retraso en el cumplimiento de los plazos, es imputable el mismo a la Administración.

- El 23 de mayo de 2013 se emite informe de Secretaría General en el que se refutan las alegaciones del contratista.

- El 24 de mayo de 2013 se emite informe por el Arquitecto Técnico S.B.H.

- El 29 de mayo de 2013 se emite Propuesta de Resolución por el Concejal de Obras Públicas en Infraestructuras.

III

En cuanto al fondo del asunto, y con fundamento de los informes emitidos a la largo del procedimiento, la Propuesta de Resolución viene a señalar: *“PRIMERO. La causa de resolución del contrato, a la vista del informe del Arquitecto Técnico al servicio de este Ayuntamiento, S.B.H., consiste en la demora en el incumplimiento de los plazos por parte del contratista y se halla incluida en el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en concordancia con lo establecido en la cláusula nº 31 del pliego de cláusulas administrativas particulares.*

“Además debemos destacar que en el informe técnico, se recogen numerosos DEFECTOS CONSTRUCTIVOS, en la junta de dilatación, las instalaciones, la estructura, y en general en la azotea transitable del Centro Cultural, terraza trasera del Centro Infantil, en la cocina del nivel - 2, el Aula 1 del Centro Infantil.

De acuerdo con el art. 95 y 96 del TRLCAP: «El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

2. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

3. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 20 por cada 100.000 pesetas (0,12 por 601,01 euros) del precio del contrato.

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

4. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 % del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades».

5. La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

6. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Artículo 96. Resolución por demora y prórroga de los contratos.

1. En el supuesto a que se refiere el artículo anterior, si la Administración optase por la resolución, ésta deberá acordarse por el órgano de contratación sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule

oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

2. Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor”.

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, dado que:

Se ha constatado que, a pesar de la prórroga concedida por la Administración para el cumplimiento extemporáneo del contrato, en contra, incluso, del informe emitido al respecto por la Secretaría General el 25 de agosto de 2010, por haber concluido ya el plazo de ejecución del contrato, la contrata no ha culminado las obras. Así, tal como se desprende del informe pericial incorporado al expediente, que resta al menos un 40% de la obra por ejecutar, quedando por acometer entre otros los siguientes tajos:

1. Colocación de aproximadamente 710 m² de pavimento cerámico tanto en interiores como en exteriores, según proyecto de ejecución, incluido el rodapié, aplicación de rejunte y posterior limpieza.

2. Colocación de aproximadamente 120 m² de pavimento especial de baldosas de caucho antideslizante en las zonas de cunas, juegos y cochitos del Aula 1 y 2.

3. Instalación de aproximadamente 995 m² de falso techo de yeso, continuo desmontable, con perfilaría incluida.

4. Parte del enfoscado en paramentos verticales exteriores.

5. Los capítulos, casi al completo, contemplados en el presupuesto de ejecución material referidos a carpintería y cerrajería.

6. Los capítulos, casi al completo, contemplados en los presupuestos de ejecución material referidos a fontanería y sanitarios.

7. El capítulo completo de Pinturas recogido en el presupuesto de ejecución.

8. Los capítulos, a un cincuenta por ciento, en el mejor de los casos, referidos a instalaciones.

9. Limpieza y adecentamiento de toda la planta.

El propio Director de obra, tras emitir un certificado de final de obra en el que afirma que éstas concluyeron en julio de 2011, posteriormente informa de que *“con fecha de diciembre de 2011 se emitió la última certificación-liquidación de la obra hasta ese momento ejecutada, por lo que la contrata dejaría de trabajar el último trimestre de dicho año”*. En todo caso, y más allá de las contradicciones entre las fechas, se ha superado sobradamente el plazo inicial para la ejecución de las obras, así como el plazo prorrogado para ello.

Asimismo, no puede sostener la contrata que el incumplimiento es imputable a la Administración. El contrato que vincula a las partes, y a cuyo cumplimiento queda sometido el contratista, contempla la realización de las obras de Reforma del Centro Infantil Santo Domingo conforme al proyecto inicial, único que ha sido aprobado en este expediente. Y es que, a pesar de las alegaciones que hace el contratista y de los escritos presentados por el Director de la Obras, no sólo no consta en ningún momento la necesidad de modificación del proyecto a instancia de la Administración, sino todo lo contrario, esto es, informe desfavorable a la aprobación de proyecto modificado por la Secretaría General el 2 de diciembre de 2010, por lo que tal proyecto no se aprueba. En todo caso, en el certificado de final de obra de 27 de septiembre de 2011, emitido por el Director Facultativo, no se hace referencia alguna a modificado, entendiéndose que la obra que se ejecuta es la que corresponde al proyecto inicial, o, más bien, al único proyecto aprobado y conforme al cual ha de realizarse la obra a tenor del contrato administrativo.

Por ello resulta desconcertante, cuando menos, el escrito presentado el 5 de noviembre de 2009 por el contratista, en el que solicita un aplazamiento de aproximadamente 7 meses, habiéndose presentado ya el 11 de agosto de 2008 solicitud de paralización temporal de obras hasta la definición total del proyecto y/o modificaciones correspondientes, con carácter retroactivo (pues llevaban paradas, al parecer, desde mayo de 2008), señalando al efecto que desde el 31 de marzo de 2009 hasta el 19 de octubre de 2009 estuvieron paradas las obras, pudiendo reiniciarse sólo cuando se recibió el proyecto modificado del Director Facultativo y fue evaluado por la constructora, cuando nunca se aprobó tal proyecto por el órgano competente. Todo ello, sin perjuicio de que no haya constancia en el expediente de las fechas de paralización de las obras ni sus causas.

De todo lo expuesto se desprende, por un lado, el incumplimiento contractual por parte de la contrata, y, por otra parte, su carácter culpable, por lo que resulta conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, en cuanto a la resolución del contrato.

Sin embargo, entendemos que no procede la estimación de la alegación efectuada por el contratista en la que se opone a la incautación de la fianza, pues, a tenor del art. 113.4 del TRLCAP, *“ 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”* sin que sea necesario otorgar nueva audiencia al contratista.

Procede, en todo caso, la incautación de la garantía, sin perjuicio de que en pieza separada se realice la posterior valoración de daños y perjuicios, con concesión de nueva audiencia al contratista como establece el art. 113.4 TRLCAP, en la que se podría determinar que corresponde al contratista indemnizar en una cantidad superior a la cuantía de la fianza. Ello no obsta al derecho y deber de la Administración de ejercitar las acciones de responsabilidad que procedan, en su caso, contra los intervinientes en el desarrollo de la obra dada la discrepancia existente en el expediente.

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 en ella, si bien procede la incautación de la garantía, sin perjuicio de la posterior determinación de daños y perjuicios.