



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 336/2013

(Sección 1ª)

La Laguna, a 8 de octubre de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente (sustituto) del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo suscrito con la empresa O.H.L., S.A., para la "Finalización de las obras del Pabellón de Deportes del Cono Sur" (EXP. 400/2013 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente (sustituto) del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, es la Propuesta de Acuerdo del procedimiento de resolución, a la que se opone en fase de alegaciones la empresa contratista, del contrato administrativo para la *"Finalización de las obras del Pabellón de Deportes del Cono Sur"*, que fue adjudicado a la empresa O.H.L., S.A., el 29 de noviembre de 2012, formalizándose el contrato el 12 de diciembre de 2012.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este 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 art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y art. 109.1.d) del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos, que son de aplicación por haberse opuesto el contratista a la resolución del contrato.

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

II

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

- Por Resolución nº 9145/2012, de 10 de mayo, del Concejal de Gobierno del Área de Ordenación del Territorio, Urbanismo, Vivienda y Aguas, se aprueba el Proyecto denominado "*Finalización de las Obras del Pabellón de Deportes del Cono Sur*", por importe de 2.046.665,78 euros.

- Por Resolución nº 25828/2012, de 29 de noviembre, del Concejal de Gobierno del Área de Hacienda, Patrimonio y Contratación, se acuerda la adjudicación del contrato denominado "*Finalización de las Obras del Pabellón de Deportes del Cono Sur*", por un importe de 1.251.526,57 euros, a la empresa O.H.L., S.A.

- El contrato se formaliza el 12 de diciembre de 2012.

- El 27 de diciembre de 2012 se suscribe por las partes el acta de comprobación de replanteo, comenzando al día siguiente el plazo de doce meses para la finalización de las obras.

- El 30 de enero de 2013 O.H.L., S.A., presenta escrito ante el Ayuntamiento solicitando la modificación del proyecto tras la revisión de medidas, estimando una carencia presupuestaria de un 38,96 por ciento sobre el presupuesto de adjudicación.

- El 4 de febrero de 2013 se da respuesta a tal solicitud por el Jefe del Servicio de Urbanismo denegando la misma, señalando, por un lado, que los incrementos de las mediciones presentados no están acreditados, y, por otro, que ha transcurrido un mes desde la firma del Acta de replanteo y no se han iniciado las obras.

- El 6 de marzo de 2013 se presenta nueva solicitud del contratista de modificación del proyecto, aumentando el porcentaje de la modificación al 57,54 por ciento, lo que es denegado el 15 de marzo de 2013.

- Entretanto, se suceden distintos escritos poniendo de manifiesto el contratista defectos del proyecto que conllevan la necesidad de modificación del proyecto, contestándose siempre por la Administración negativamente, y señalando la falta de cumplimiento de sus obligaciones contractuales por el contratista.

- El 28 de mayo de 2013 se emite informe por el Jefe del Servicio de Urbanismo proponiendo la resolución del contrato por falta de cumplimiento del contratista, lo que se remite al Servicio de Contratación.

III

1. Desde el punto de vista procedimental, se ha tramitado correctamente el procedimiento de resolución del contrato que nos ocupa, habiéndose evacuado los trámites establecidos en el art. 213 TRLCSP y art. 109 RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos. Así, constan los siguientes:

- El 12 de junio de 2013, mediante diligencia del Concejal de Gobierno del Área de Hacienda, Patrimonio y Contratación, se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato.

- Tras solicitarse, el 14 de junio de 2013, se emite informe del Servicio Jurídico el 17 de junio de 2013, favorable a la resolución contractual.

- Asimismo, habiéndose solicitado informe a la Intervención General el 18 de junio de 2013, éste se emite el 25 de junio de 2013 con carácter favorable.

- El 1 de julio de 2013 se concede al contratista y al avalista (M.) trámite de audiencia, recibiendo ambos notificación de ello el 4 de julio de 2013.

- El 16 de julio de 2013 se presenta escrito de alegaciones por la empresa contratista, oponiéndose a la resolución planteada.

- Mediante escrito de 23 de julio de 2013, como consecuencia de las alegaciones de O.H.L., S.A., el Servicio de contratación solicita informe al arquitecto municipal redactor del proyecto, en relación con las alegaciones de O.H.L., S.A. referentes a determinadas carencias del proyecto, que podrían justificar la imposibilidad de ejecución de las obras.

Tal informe se emite el 1 de agosto de 2013.

- A la vista del señalado informe de la Dirección Facultativa, el 5 de agosto de 2013 se emite informe por el Jefe del Servicio de Urbanismo acerca de la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento del contratista, con incautación de garantía y resarcimiento por daños y perjuicios.

- Por agregarse nueva documentación al expediente (informe del arquitecto municipal), se concede nuevamente audiencia al contratista el 8 de agosto de 2013, de lo que recibe notificación el 13 de agosto de 2013. Así, presenta escrito de alegaciones el 24 de agosto de 2013 reiterando los términos señalados anteriormente.

- Paralelamente, el 27 de junio de 2013, O.H.L., S.A., pide suspensión temporal de las obras y modificación del proyecto inicial, lo que se le deniega el 9 de julio de 2013 por el Jefe del Servicio de Urbanismo, que informa de la tramitación de expediente de resolución contractual, momento en el que no procede ya la solicitud de suspensión.

- El 27 de septiembre de 2013 se emite Propuesta de Acuerdo de Resolución contractual por causa del incumplimiento del contratista de los plazos parciales y, necesariamente, del total.

IV

1. En cuanto al fondo del asunto, y con fundamento de los informes emitidos a la largo del procedimiento, la Propuesta de Acuerdo viene a resolver:

“PRIMERO: la resolución del contrato de «Finalización de las obras del Pabellón de Deportes del Cono Sur», con O.H.L., S.A., adjudicatario, por causas imputables al mismo, derivadas de incumplimiento de los plazos parciales de ejecución de las obras, que hacen presumir objetiva y fehacientemente la no conclusión en el plazo de doce meses formalmente establecido. En el informe de la oficina gestora, de 28 de mayo de 2013, se indica que a 21 de mayo anterior «continúa la inactividad en obra». De hecho en el mismo informe se hace referencia a que el total de las certificaciones tramitadas del periodo febrero/20 de mayo no supera los 2.000 euros. En los meses subsiguientes no se produjo avance significativo alguno.

SEGUNDO.- La incautación de la garantía definitiva constituida mediante seguro de crédito y caución de M.C.C.C.I.S.R., S.A. (Póliza número ...), depositada según carta de pago número 320120029230, de 12 de noviembre de 2012, en cuantía de 58.500 euros.

TERCERO.- En el supuesto de generación de daños y perjuicios, cuya determinación es atribución de la oficina gestora del contrato, lo concretará motivadamente en su caso, sustanciándose en procedimiento incidental, a consecuencia de que actualmente no es posible su especificación. Dicho procedimiento se efectuará en armonía con las pautas legales pertinentes, incluyendo el preceptivo trámite de audiencia al interesado. En su caso se tomará en cuenta que tal indemnización se hace efectiva en primer término sobre la garantía”.

2. Entendemos que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho en cuanto a la procedencia de la resolución del contrato por las causas establecidas en la misma, si bien, debe motivarse la misma, no bastando la remisión a los informes en

los que se basa (tal como hace en el apartado cuarto: "*CUARTO.-Los acuerdos precedentes se fundamentan en los informes del Servicio de Urbanismo (28-05-13 y 05-08-13), Servicio de Contratación (12-06-13 y 23-07-13), Asesoría Jurídica (17-06-13) e Intervención General (25-06-13), obrantes en el expediente*), debiendo, asimismo, contestar a las alegaciones efectuadas por O.H.L., S.A., el 24 de agosto de 2013.

Sin perjuicio de ello, y en relación con la causa de resolución del contrato que nos ocupa, ciertamente procede la resolución del mismo por incumplimiento culpable por parte del contratista.

Así, el art. 212 TRLCSP establece: "*2. 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. 3. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración. 4. 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 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato. (...). 6. La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el párrafo anterior respecto al incumplimiento del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiere previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total*".

Por su parte, el art. 223 de aquel Texto dispone, entre las causas de resolución del contrato: "*d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista*".

Establece, asimismo, la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato: "*Si llegado el término de cualquiera de los plazos o del plazo final de la obra, el contratista hubiera incurrido en mora, por causa imputable al mismo, la Administración podrá optar entre la resolución del contrato con pérdida de garantía, o la imposición de las penalidades reglamentarias, que se harán efectivas mediante deducción de las mismas en las certificaciones o documentos de pago al contratista*".

Pues bien, dadas estas premisas, nos hallamos, en el presente caso, ante un contrato cuyos plazos no han sido cumplidos, pues, suscrita el acta de comprobación

de replanteo el 27 de diciembre de 2012, sin reservas, y con un plazo de ejecución total de 12 meses, sin que conste ninguna prórroga o suspensión, se detrae de los documentos obrantes en el expediente que sólo se han ejecutado tramos mínimos de la obra (los trabajos efectuados ascienden a 1.912,67 euros al 20 de mayo de 2013, que representa sobre el total (1.251.526,57) el 0,15%, cuando, a finales de mayo, en armonía con el planning de obras, la cuota ejecutable estaba fijada en 188.594,54 euros (15,07%)), llevando la evolución de los trabajos a pensar razonablemente que será imposible cumplir el plazo total. En todo caso, el incumplimiento de los plazos parciales es causa suficiente para la resolución contractual a tenor de lo establecido legalmente y en el propio contrato suscrito entre las partes.

Frente a esta falta de ejecución de las obligaciones contractuales, O.H.L., S.A., ha opuesto en sus escritos de alegaciones de 16 de julio de 2013 y 24 de agosto de 2013, la imposibilidad de ejecución del proyecto, cuya modificación se ha insistido en solicitar desde el 31 de enero de 2013, apenas un mes después de la firma del acta de comprobación del replanteo, momento en el que debió ponerse de manifiesto cualquier defecto del proyecto que imposibilitara su ejecución.

Sin necesidad de entrar en consideraciones técnicas, que, en todo caso vienen perfectamente aclaradas en el informe emitido el 1 de agosto de 2013 por el arquitecto municipal en relación con las alegadas deficiencias del proyecto, procede señalar que el acta de comprobación de replanteo, suscrita el 29 de diciembre de 2012, se firmó por O.H.L., S.A., sin reservas, reflejando su conformidad respecto de los documentos contractuales del proyecto, señalándose en la misma expresamente: *“a) El replanteo es conforme respecto de los documentos integrantes del proyecto, que se reputa idóneo y viable en toda su extensión y contenido”*. A lo que se añade: *“e) El contratista no formula reserva ni excepción alguna a la comprobación del replanteo”*.

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 Finalización del Pabellón de Deportes del Cono Sur conforme al proyecto aprobado en este expediente y cuyo contenido se determinó viable expresamente por el contratista en el acta de comprobación del replanteo, debiéndose ejecutar la obra conforme a aquél, sin perjuicio, como señala el acuerdo de inicio del procedimiento, *“de comenzar y continuar su ejecución, con independencia de cualquier reivindicación*

tratable con el curso de los trabajos, si bien en el caso que nos ocupa no hubiera llegado a buen fin".

Por otro lado, debe señalarse que, si bien niega el contratista en todo momento que la modificación pretendida sea del contrato, sino del proyecto, se deriva lo primero, tal y como ha señalado la Administración reiteradamente, dado su alcance, de un 38,96% primero, pasando finalmente a ser de un 57,54% sobre el presupuesto de adjudicación, que supera lo amparado legalmente.

En este sentido, resulta destacable el dato aportado en el acuerdo de inicio de este procedimiento. Así se dice: *"A la presente convocatoria licitaron treinta interesados, de los cuales 29 fueron admitidos por la Mesa de Contratación, una vez calificada la documentación general. De los citados veintinueve resultaron excluidos en la Mesa de Contratación de formulación de propuestas de adjudicación dos, a consecuencia de la incursión de sus ofertas en valores anormales o desproporcionados. Finalmente, pues, quedaron admitidos un total de 27, entre los que figura la adjudicataria (O.H.L., S.A.).*

Los dos excluidos fueron los dos primeros, por lo que al ocupar el tercer puesto O.H.L., S.A., obtuvo la adjudicación. El porcentaje de baja de la oferta del adjudicatario se cifró en un 38,85% (sobre el presupuesto base de licitación). Por otro lado, el importe solicitado inicialmente como modificado contractual asciende en porcentaje al 38,96% (entendido sobre el precio del contrato) y posteriormente elevado al 57,54%.

En consecuencia, la oferta quedó acreditada como apta para asumir el contrato, siendo avalado por el propio contratista con la firma del contrato y ulteriormente el acta de comprobación del replanteo sin ningún tipo de objeción, y bajo los términos concluyentes ya explicitados".

Dada la información relativa a las ofertas presentadas, la pretensión de O.H.L., S.A., llevaría consigo un fraude no amparado por la legalidad y que implicaría una mala fe manifiesta por cuanto se presenta a licitación por una oferta con la pretensión de aumentarla *ex post*, una vez adjudicado y firmado el contrato, y suscrita, incluso, el acta de comprobación de replanteo con total conformidad.

En este sentido, se afirma también por el arquitecto municipal en su informe de 1 de agosto de 2013, tras refutar los argumentos técnicos expuestos por el contratista en sus alegaciones de 16 de julio de 2013, manteniendo la viabilidad del

proyecto para el cumplimiento contractual: *“la petición de un proyecto modificado en los términos que propone el contratista, en base a la presentación de un presupuesto que suponía una variación sustancial del contrato y sin la debida justificación, no es amparo para no iniciar la ejecución material de las obras. Una vez dicho esto, añadir que la medición presentada por el contratista, que supera el 10% del precio de contrato, está realizada en base a unos incrementos de medición realizados de forma artificial. Proponiendo el contratista y valorando a su criterio cambios en los sistemas constructivos con el único objetivo de aumentar el presupuesto, introduce mejoras no solicitadas que bajo su criterio son necesarias para la puesta en uso del edificio y que no son objeto del contrato, introduce excesos de mediciones las cuales son errores de interpretación del contratista, y por último asigna unidades de obras diferentes a áreas del proyecto que no le corresponde, todo ello con el único objetivo de incrementar los importes totales. Por los motivos expuestos, no es procedente la redacción de un proyecto modificado en los términos propuestos por el contratista”.*

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 Acuerdo, en cuanto a la resolución del contrato y sus efectos.

Asimismo, procede la incautación de la garantía y la eventual indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 225.3 y 4 TRLCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista, determinándose en pieza separada la determinación de los daños y perjuicios, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 del RGLCAP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Acuerdo es conforme a Derecho sin perjuicio de lo señalado en el Fundamento IV.2 de este Dictamen. Procede resolver el contrato en virtud de la causa invocada en la Propuesta de Acuerdo con los efectos señalados en la misma.