



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 354/2013

(Sección 2ª)

La Laguna, a 22 de octubre de 2013.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras (...), suscrito con la entidad A.C.O.C., S.A.U. el día 16 de mayo de 2011 (EXP. 359/2013 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitada por el Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, recae sobre la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras (...) incluido en el Área de Renovación Urbana, A.R.U, en la parcela P-1 del Plan Especial de reforma interior del polvorín, (...), Las Palmas de Gran Canaria.

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para la emisión de éste 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 los preceptos de carácter básico recogidos en los arts. 195.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y 109.1.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, aplicables porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

2. El contrato cuya resolución se pretende fue adjudicado el 5 de mayo de 2011. Por ello, de acuerdo con lo previsto en la Disposición transitoria primera del Texto Refundido de la antedicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14

* PONENTE: Sr. Millán Hernández.

de noviembre, ha de estarse en esta materia contractual a lo previsto en la normativa vigente al tiempo de adjudicación del contrato, la citada LCSP.

II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual y que constan documentados en el expediente, son los siguientes:

- Mediante Resolución nº 9.736/2011, de 5 de mayo, de la Dirección de Gobierno del Área de Hacienda, Economía y Turismo del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria se adjudicó a la entidad A.C.O.C., S.A.U. el contrato para la ejecución de un edificio de 37 viviendas de protección oficial (...) por importe de 2.063.141,23 euros, y un plazo de ejecución de 20 meses, a contar desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo (Cláusula 7 PCAP).

La ejecución y financiación de esta obra se enmarca en el Acuerdo suscrito entre el Ministerio de Vivienda, Consejería de Bienestar Social, Juventud y Vivienda del Gobierno de Canarias y el propio Ayuntamiento.

- El 16 de mayo de 2011 se suscribió el correspondiente contrato en documento administrativo, formalizándose el acta de comprobación del replanteo el 31 de mayo de 2011.

- Con fecha 14 de agosto de 2012 la contratista presenta solicitud de aumento del plazo de ejecución de las obras en cuatro meses al amparo de lo previsto en el artículo 100 RGLCAP, ante la aparición de una causa sobrevenida no imputable al contratista, consistente, según refiere, en el comportamiento generalizado de los subcontratistas y suministradores, incapaces de conseguir por los medios habituales la financiación necesaria para llevar a buen término los trabajos contratados en los plazos pactados y con las calidades exigidas.

Esta prórroga fue concedida mediante Resolución del Concejal de Gobierno del Área de Hacienda, Patrimonio y Contratación de 11 de octubre de 2012, quedando fijado el plazo de ejecución hasta el 31 de mayo de 2013.

- Con fecha 8 de noviembre de 2012 el Servicio de Urbanismo interesa la anulación parcial de la fase de autorización y disposición del gasto realizado con fecha 17 de mayo de 2011 por importe de 768.107,48 euros. Se fundamenta esta petición en la circunstancia que, para el ejercicio 2012, la cantidad de que se

dispone asciende a 403.289,85 euros, por lo que procede la anulación de los 364.817,63 euros restantes.

Se hace constar, además, en escrito del mismo Servicio de 15 de noviembre que para las anualidades 2011 y 2012 se presupuestaron las cantidades correspondientes, si bien, al no existir compromisos firmes de aportación de las Administraciones firmantes del convenio para el ejercicio 2012, sólo se desbloqueó la cantidad aportada por el Ayuntamiento, razón por la que para la finalización de las obras resulta imprescindible contar con la cantidad de 364.817,63 euros para el ejercicio 2013.

- El 20 de marzo de 2013 la contratista presenta escrito en el que pone en conocimiento de la Administración que la especial situación para conseguir financiación por la que atraviesa el sector de la construcción le impide acometer los desembolsos necesarios para ejecutar las obras de referencia en los plazos contratados, toda vez que los pagos recibidos a cuenta de las certificaciones emitidas al Ayuntamiento acumulan retrasos muy superiores a los previstos en el cash-flow de las obras (ciento once días adicionales sobre los cincuenta y cinco previstos), que se elaboró con las condiciones de cobro que figuraban en el PCAP y entendiéndose que la Administración se adaptaría a las condiciones de pago de las Administraciones públicas. Aporta un cuadro resumen de los retrasos acumulados.

Propone por ello ajustar el ritmo de las obras a la capacidad de pago real por su parte, a cuyos efectos solicita un aumento del plazo en cuatro meses para la terminación de los trabajos.

Considera además que, al ser el retraso en los pagos una causa que no le es imputable, su solicitud debe resolverse según lo previsto en el artículo 197.2 LCSP, concediendo la prórroga.

En relación con este escrito se emite informe por el Servicio de Urbanismo en el que se reconoce la veracidad de lo manifestado por la empresa en orden al retraso en los pagos, a lo que se añade que, no obstante, desde la oficina gestora se han realizado los trámites oportunos para tramitar las certificaciones cumpliendo los plazos en la medida de lo posible, teniendo en cuenta que al tratarse de gastos con financiación afectada, en ocasiones su tramitación está sujeta a la incorporación de remanentes, lo que supone un retraso en la tramitación. Indica también que desde el propio Servicio se ha hecho lo posible para paliar la situación económica de la empresa mediante la solicitud de agilización del pago de cada una de las

certificaciones de obra a la Concejalía de Gobierno del Área de Hacienda, Patrimonio y Contratación.

- Mediante Resolución del Concejal de Gobierno del Área de Hacienda, Patrimonio y Contratación de fecha 6 de mayo de 2013 se deniega la ampliación del plazo de ejecución de las obras solicitado por el contratista.

- El 28 de mayo de 2013 se levanta acta de medición general de las obras a efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 166 RGLCAP.

- El 19 de junio de 2013 se remite escrito a la contratista por el que se le otorga un plazo de 10 días para proceder a la retirada de los materiales de su propiedad, que, en su caso, puedan encontrarse en la referida obra.

- Con fecha 25 de junio de 2013 se propone la tramitación de dos contratos menores para la ejecución de determinadas obras en la edificación objeto del contrato que nos ocupa, que fueron informadas desfavorablemente al continuar vigente este último, ya que no ha mediado procedimiento de resolución contractual.

2. Con estos antecedentes, con fecha 11 de julio de 2013 se propone por el Servicio de Urbanismo la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución de las obras.

Se emite seguidamente, con fecha 18 de julio de 2013, informe del Servicio de Contratación en el que estima que se ha producido el citado incumplimiento, por lo que procede la resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva, así como la exigencia de indemnización de daños y perjuicios, a determinar mediante un procedimiento incidental.

En esta misma fecha este informe fue rubricado por el Concejal de Gobierno del Área de Hacienda, Patrimonio y Contratación, incluyendo una diligencia en la que se ordena el cumplimiento de los diversos trámites del procedimiento (informes de la Asesoría jurídica y de Intervención, audiencia al contratista y avalista y dictamen de este Consejo en caso de oposición del contratista).

Constan con posterioridad las siguientes actuaciones:

- Informes de la Asesoría Jurídica y de la Intervención General, de fechas 22 y 29 de julio de 2013 respectivamente, ambos de carácter favorable a la resolución contractual.

- Documentación relativa a la liquidación de la obra, de la que resulta que la valoración del total de la obra ejecutada asciende a la cantidad de 1.560.910,08

euros, por lo que la liquidación es cero euros, al coincidir esta cifra con la de la certificación nº 23, última certificación emitida por la empresa el 31 de mayo de 2013.

- Trámite de audiencia a la contratista y al avalista, presentando aquélla alegaciones en el plazo concedido al efecto en las que si bien manifiesta su acuerdo con la resolución contractual, estima sin embargo que la causa no le es imputable, al haber solicitado en tiempo y forma aumento de plazo, debido a los retrasos en el abono de las certificaciones de obra, que le fue denegado. Sostiene por ello que la resolución del contrato debe producirse sin incautación de la garantía definitiva.

- Se ha formulado finalmente, con fecha 21 de agosto de 2013, la Propuesta de Resolución del procedimiento en la que se propone la resolución del contrato por el incumplimiento del plazo de ejecución, con incautación de la garantía definitiva.

3. Por lo que se refiere al procedimiento tramitado, se constata que no se adoptó formalmente el acuerdo de inicio del procedimiento por parte del órgano de contratación, si bien, como ya se ha señalado en los antecedentes, prestó su conformidad al informe relativo a la resolución, ordenando la continuación de los trámites pertinentes, que se han llevado a efecto. Singularmente, se otorgó trámite de audiencia a la entidad interesada, que tuvo conocimiento del inicio del procedimiento y de las causas alegadas, presentando alegaciones al efecto. Se considera por ello una irregularidad no invalidante del procedimiento tramitado.

III

La Administración actuante fundamenta la resolución del contrato de obras de referencia en el incumplimiento culpable del contratista del plazo de ejecución, con base en consecuencia en la causa prevista en el artículo 206.d) LCSP, si bien no se cita en la Propuesta de Resolución, que invoca la obligación, que califica de esencial, del cumplimiento del plazo establecida en el artículo 196.2 de la citada Ley.

Como se adelantó, en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la contratación se fijó un plazo de ejecución de 20 meses, a contar desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo (cláusula 7), si bien fue concedida una prórroga de cuatro meses, por lo que las obras debían estar concluidas el 31 de mayo de 2013.

A estos efectos es preciso tener en cuenta que los contratos se extinguen por cumplimiento o por resolución (art. 204 LCSP). El contratista asume la obligación de

cumplir con los plazos parciales y el total fijado en el contrato (art. 196.1 LCSP). Si 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 (art. 196.4 LCSP).

El día del término del contrato, estaba incumplido el plazo total y la Administración, que podía optar, lo hizo a favor de la resolución del contrato. El contrato se resuelve por incumplimiento del plazo final para la ejecución de la obra, lo cual es causa de resolución [art. 206.d) LCSP].

La Propuesta califica el incumplimiento como culpable, es decir, imputable al contratista, si bien no se contiene en la Propuesta motivación alguna acerca de esta conclusión, en la que no se da respuesta a las alegaciones presentadas por aquél acerca de la causa justificadora del incumplimiento, relativa al "reiterado retraso por parte de la Administración en el abono de las certificaciones de obra". No obstante, con ocasión de la denegación de la segunda prórroga solicitada por el contratista, se fundamenta su denegación en que tal causa no legitima la concesión de prórroga, con los argumentos a que seguidamente se aludirá.

Ante esta situación, la consideración como culpable del incumplimiento del plazo debe excluirse de la Propuesta.

Ya se señaló en los antecedentes que el contratista había solicitado una segunda prórroga del plazo de ejecución, fundamentada en el hecho de que el retraso en el abono de las certificaciones de obra había dificultado la continuación de los trabajos. Esta prórroga fue denegada con el argumento de que el contratista asume los riesgos y venturas nacidos de las relaciones contractuales y uno de los riesgos susceptibles de darse en este marco es la parcial demora de la Administración en el pago del precio del contrato. Cita además el artículo 200, apartados 5 y 6, en tanto que conceden al contratista la facultad de solicitar la suspensión del contrato cuando la demora en el pago sea superior a cuatro meses o bien la resolución cuando tal demora exceda de ocho meses, pero no le concede derecho alguno a obtener la prórroga del plazo de ejecución.

En el expediente se encuentra acreditado a través de la documentación aportada por el contratista (cuadro resumen de los retrasos acumulados) y que no ha sido rebatida, que la Administración, efectivamente, ya desde la primera certificación emitida y en prácticamente todas ellas, ha incurrido en retrasos, en alguna ocasión de más de cinco meses, incumpliendo así lo dispuesto en la cláusula 31 PCAP, en cuya

virtud el pago de las certificaciones de obra debía realizarse en los cincuenta y cinco días siguientes a la fecha de su expedición. Consta además en el expediente la solicitud de anulación parcial de la fase de autorización y disposición del gasto realizado con fecha 17 de mayo de 2011 por importe de 768.107,48 euros, fundamentada en la circunstancia que, para el ejercicio 2012, la cantidad de que se dispone asciende a 403.289,85 euros, por lo que procede la anulación de los 364.817,63 euros restantes, lo que evidencia la ausencia de consignación presupuestaria del importe total de la obra.

Por otra parte, el principio de riesgo y ventura por parte del contratista no ampara, como al efecto ha señalado la jurisprudencia, el incumplimiento de las obligaciones contractualmente asumidas por la Administración. En este sentido, señala la STS de 14 de mayo de 2011, con cita de las de 29 de septiembre de 1997, 21 de marzo de 1983, 27 de abril de 1987 y 5 de junio de 1991, que el principio general de riesgo y ventura no sólo quiebra en los supuestos de fuerza mayor, sino también cuando la Administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución.

En definitiva, el incumplimiento reiterado por parte de la Administración de su obligación de pago no permite calificar el incumplimiento por parte del contratista como culpable, por lo que no procede la incautación de la garantía definitiva que se propone.

CONCLUSIONES

1. La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho en cuanto procede a la resolución del contrato por incumplimiento del plazo final de ejecución de la obra.
2. No procede la incautación de la fianza por las razones que se indican en el Fundamento III.