



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 158/2014

(Sección 1ª)

La Laguna, a 29 de abril de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Acuerdo del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras suscrito con la empresa I.O.C., S.L., de "Rehabilitación Parque Plan Parcial Tamaraceite, nº 12/12-O" (EXP. 137/2014 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria es la Propuesta de Acuerdo (PA) del procedimiento de resolución, a la que se opone en fase de alegaciones la empresa contratista, del contrato administrativo de obras para la "Rehabilitación Parque Plan Parcial Tamaraceite (nº 12/12-O)"

2. La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para su emisión se derivan de los arts. 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 al 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.

II

1. El día 11 de junio de 2012, el Concejal de Gobierno del Área de Hacienda, Patrimonio y Contratación autorizó el inicio de la contratación administrativa referida a través del procedimiento abierto con criterio único del precio más bajo,

* **PONENTE:** Sr. Brito González.

habiéndose aprobado previamente el "Proyecto de Rehabilitación del Plan Parcial Tamaraceite", por Resolución nº. 5764/12, de 19 de marzo.

Así, el contrato de obras se adjudicó a la empresa I.O.C., S.L el día 3 de octubre de 2012, formalizándose el contrato el 10 de octubre de 2012, con un plazo de ejecución de 6 meses a partir de la firma por ambas partes del Acta de replanteo, lo cual se produjo el 25 de octubre de 2012, sin que la empresa adjudicataria formulara entonces reserva o excepción alguna.

2. Posteriormente, el 12 de abril de 2013, la empresa adjudicataria solicitó la prórroga del plazo de ejecución en dos meses (alegando que había sufrido un retraso en dicha ejecución por la falta de disposición de material para ejecutar la unidad correspondiente a la coronación) siendo autorizada por Resolución de 6 de mayo de 2013 y estableciéndose como fecha de finalización de las obras el día 25 de junio de 2013.

Sin embargo, el día 5 de agosto de 2013, vencido ya el plazo de ejecución de las obras, la empresa presenta un nuevo escrito por el que solicita la suspensión temporal parcial de las obras "*ante la necesidad de realizar un modificado técnico sin repercusión económica al proyecto original y, por ende, la imposibilidad de poder certificar unidades recogidas en el modificado hasta su aprobación definitiva por parte del organismo competente*" (folio 319 del expediente).

La Dirección facultativa de las obras informó que no procedía tal suspensión pues se había cumplido el plazo de ejecución y todavía existían unidades de obras sin ejecutar, pese a los requerimientos que se le habían realizado a la contrata, observándose incluso el abandono de las obras, tal y como se hizo constar por su parte en el Libro de Órdenes.

Así, con base en los informe de la Dirección facultativa y en lo dispuesto en la normativa aplicable [arts. 212, 213.1 y 223.d) TRLCSP, en relación con la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares], se propuso por los técnicos del Ayuntamiento el inicio del expediente para la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, lo que se produjo el 30 de enero de 2014, por Resolución del Concejal de Gobierno del Área de Hacienda, Patrimonio y Contratación.

3. Asimismo, tras emitirse diversos informes (entre ellos los realizados por la Oficina gestora del contrato, de 29 de enero de 2014, y por la Intervención General, de 2 de febrero de 2014) se le otorgó trámite de audiencia al contratista y a la

compañía aseguradora de dicha empresa dado que se pretende la incautación de la garantía definitiva en exigencia de los daños y perjuicios causados.

4. La empresa contratista presentó escrito de alegaciones el 12 de marzo de 2014 manifestando que la Dirección facultativa, de forma verbal, le ordenó sustanciales cambios con respecto al proyecto inicial que requerían que la Dirección tramitara un modificado. No obstante, en ausencia de proyecto modificado pero con la confianza en su futura tramitación continuó ejecutando las obras según los cambios indicados, los cuales, en principio, no tenían repercusión económica. A ello añade que por orden de la Dirección facultativa certificó los trabajos como unidades del proyecto original; sin embargo, ante la imposibilidad de certificar toda la obra ejecutada y los cuantiosos gastos que le estaban ocasionando los cambios ordenados solicitó la suspensión de las obras, lo que no se le autorizó.

Por último, la empresa afirma que corresponde resolver el contrato no por su incumplimiento culpable, lo cual no es cierto, sino en virtud de la imposibilidad de ejecutar un contrato cuyo modificado ahora es imposible de tramitar, por extemporáneo.

5. Finalmente, el día 7 de abril de 2014 se emitió la PA objeto del presente dictamen manifestándose por la Administración que la empresa ha incumplido el plazo parcial (en realidad el plazo final fijado tras la prórroga pactada) de ejecución por causas imputables exclusivamente a la misma.

Añade asimismo la PA que si bien es cierto que la Dirección facultativa en su escrito de 12 de septiembre de 2013 aludió a la necesidad de realizar un modificado sin variación presupuestaria para lograr la adecuada finalización de las obras, dicha Dirección, en informe aclarativo posterior, señaló que en ningún caso la obra se paralizó por no existir tajos del proyecto sin modificar que se pudieran ejecutar, y que entre la última certificación -la número 6 correspondiente al mes de abril- y la solicitud de la empresa de suspensión del contrato transcurrieron dos meses en los que se produjo una inactividad injustificada por parte del contratista; añadiendo que incluso el 12 de septiembre de 2013 había diversas unidades del proyecto que seguían sin ejecutar, lo que expresamente se le indicó oportunamente en el Libro de Órdenes, hoja nº 2 (folio 347 del expediente).

Sobre esta cuestión, la PA -recogiendo el informe del Servicio de Contratación, de 29 de enero de 2014- señala que *"no obstante el hecho de que la Dirección facultativa, en su escrito de 12-09-13, se aluda a la necesidad de realizar un*

modificado sin variación presupuestaria, que recoja las variaciones y ajustes entre el Proyecto y la Obra, pone en evidencia (...) que pudo haber razones para no poder concluir las obras a tiempo”.

Ello plantea ciertas dudas aclaradas en el informe complementario, emitido el 15 de enero de 2014, al señalar que *“por tanto, esta Dirección facultativa se ratifica que en el momento en que contratista paralizó las obras de forma unilateral, no existía la necesidad del citado modificado (reflejado en la hoja nº 5 del Libro de Órdenes cuya copia se adjunta) ya que los tajos ordenados se podían finalizar de acuerdo al Proyecto contratado”.*

Desde luego, no se ajusta a Derecho que la Dirección facultativa exija en la citada orden, de fecha 6-7-2013 (folio 350 del expediente), la realización de tareas no imprescindibles al contratista ya vencido el plazo contractual (art. 239.5 TRLCSP), lo que denota un incorrecto actuar de la citada Dirección facultativa y de la propia Administración.

No obstante, para la Administración la ejecución del contrato fue discontinua, con ritmos lentos y actuaciones incoherentes, excavándose en un primer momento en exceso, lo que supuso una necesaria rectificación y, posteriormente, retirándose indebidamente material de obra susceptible de ser empleado como relleno en un momento posterior, todo lo cual evidenciaba un mal hacer continuado de la prestación principal contratada que culmina con el incumplimiento del plazo contractual fijado.

Por tanto, la Corporación Local considera que se ha producido un incumplimiento culpable que acarrea la resolución del contrato y la incautación definitiva de la garantía en exigencia de los daños y perjuicios ocasionados, pues el incumpliendo del plazo en un contrato de obras supone el incumplimiento de una obligación contractual esencial [arts. 223.f) y 225.2 TRLCSP].

III

1. En cuanto al fondo del asunto, es preciso hacer referencia inicialmente a la prueba de los hechos alegados por ambas partes.

En primer lugar, la empresa manifiesta en su escrito de alegaciones que la Dirección facultativa le exigió, de forma verbal, sin que existiera proyecto alguno al respecto, modificaciones sustanciales con respecto al proyecto inicial debidamente aprobado. Pues bien, la empresa no ha demostrado la existencia de tales órdenes verbales, pues incluso aunque tal Dirección afirme, como previsión de futuro, que

para la completa finalización sería necesaria una modificación de lo proyectado, ello no demuestra que lo exigiera al contratista durante la ejecución de las obras, máxime cuando se trataba de una modificación de futuro, una vez ejecutada por completo la totalidad de las unidades de obra inicialmente contratadas.

En este sentido, el Pliego de Condiciones es claro, pues su cláusula 22 establece, respecto de la Oficina gestora, que "tiene en este sentido las más amplias facultades para cursar instrucciones u órdenes por escrito, a través del medio que estime más pertinente, o verbalmente. En cualquier caso, aquellas que por su trascendencia o importancia, independientemente de que en primera instancia pueden transmitirse oralmente, si es posible, han de reiterarse por escrito".

Asimismo, de manera específica la cláusula 27, que lleva por rúbrica "Dirección de la obra y delegado del contratista", dispone que *"la Administración a través del Director facultativo nombrado al efecto, efectuará la comprobación, coordinación, vigilancia e inspección para la correcta realización de la obra contratada, emitiendo sus órdenes e instrucciones al contratista por medio de su Delegado de obra. Las citadas órdenes e instrucciones se cursarán por escrito, a través del oportuno instrumento (libro de órdenes, etc.), de tal manera que quede constancia en los mismos"*.

A todo lo dicho se añade que el art. 28.1 TRLCSP prohíbe la contratación verbal salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el art. 113.1 TRLCSP, carácter de emergencia, circunstancia que, evidentemente, no concurre en este caso.

En conclusión, no se ha demostrado la existencia de órdenes verbales dirigidas a modificar el proyecto inicial, ni se ha tramitado modificado alguno, no realizándose las actuaciones correspondientes a su tramitación, según dispone el art. 234.4 TRLCSP, ni existe en el expediente, como correctamente afirma la empresa adjudicataria, ningún proyecto de modificación.

A mayor abundamiento, este Consejo Consultivo ha manifestado al respecto (Dictamen 128/2013, de 12 de abril, entre otros) que *"es necesario recordar la necesidad de hacer constar en el expediente cuantas comunicaciones se crucen entre ambas partes, mediante la constatación de los registros de entrada/salida y los pertinentes acuses de recibo; también de aquellos actos no formales -reuniones, manifestaciones, comentarios o indicaciones de tipo verbal- de los que debiera*

dejarse constancia mediante sucinta acta del día, lugar e intervinientes ante los que se producen, con constancia, en su caso, en el Libro de Órdenes de la obra”.

2. Por el contrario, sí se ha probado que la Dirección de obra le indicó en diversas ocasiones al contratista que debía ejecutar las unidades de obra correspondientes, constatándose que la obra estuvo paralizada y sin operarios en diversas ocasiones. Por ejemplo, en la hoja nº 2 del Libro de Órdenes, anotación de 30 de enero de 2013, consta literalmente que *“ también se le recuerda a la empresa que tiene tajos definidos en el proyecto que no los está ejecutando”*; en la hoja nº 4, de 5 de febrero de 2013, se indica que no hay ningún operario en la obra; y en la nº 5, de 6 de julio de 2013, se recoge que la obra estaba paralizada sin que hubiera operario alguno en la misma.

3. A su vez, resulta evidente que pese a la ampliación de plazo que le fue otorgado a la empresa, sin que haya quedado acreditado motivo alguno que lo justifique, y pese a los requerimientos realizados por la Dirección facultativa la obra no estaba finalizada vencido el plazo, teniendo en cuenta, además, que se aprobó el Acta de replanteo por ambas partes sin que la empresa formulara reserva o excepción alguna.

Además, la empresa solicitó la suspensión temporal más de un mes después del vencimiento, manifestando que tal suspensión era necesaria para realizar un modificado técnico sin repercusión económica; pero se afirma también que la misma se extenderá hasta la aprobación y firma del modificado en trámite, sin que exista constancia alguna de la tramitación de un modificado, sólo de su futura necesidad, lo cual, además, se contradice con sus alegaciones referentes a la repercusión económica de la presunta modificación, pues afirma que tales cambios son costosos.

Por último, no se ha demostrado por la empresa que existiera ninguna razón, de cualquier índole, que le impidiera ejecutar las unidades de obra proyectadas ni, mucho menos, que se le obligara a paralizar las obras, ni a retirar, incluso, a sus operarios.

4. El abandono de las obras por parte del contratista sin justificación alguna está suficientemente acreditado y supone el incumplimiento culpable de una prestación esencial del contrato, en consonancia con lo establecido en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en supuestos similares.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 14 de diciembre de 2001, señala que *«el artículo 45 de la Ley de Contratos del Estado (aplicable al caso debatido)*

determina que "si el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora respecto de los plazos parciales, de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final, o este hubiera quedado incumplido, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato con pérdida de la fianza o por la imposición de penalidades".

Este precepto atribuye a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución bien por la imposición de esas penalidades, pero como dice la Sentencia de 14 de noviembre de 2000, "la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias", habiendo declarado la sentencia de 1 de octubre de 1999 que "a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación"».

Ciertamente que la resolución es el último remedio ante un contrato en crisis y que, conforme indica la STS de 26 de marzo de 1987, existen otras alternativas de aplicación previa como es la aplicación de penalidades, que, como en la resolución, sólo podrían imponerse «cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra (...) pues, como añade esta misma sentencia, "lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista" (...)».

Siguiendo con la citada sentencia, "la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede sólo la imposición de penalidades hasta el límite del 20% del presupuesto total del contrato (pues si dicho límite se sobrepasa procede en todo caso la resolución, art. 137 del Reglamento general de Contratación), no pudiendo

caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control”.

5. Establece a su vez la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato que: *“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”.*

Así pues, podemos concluir en este asunto que resulta plenamente acreditado que el incumplimiento del plazo (fundamento de la resolución instada por la Administración) se debió exclusivamente a causas imputables a la empresa y, por tanto, es de aplicación lo dispuesto en el art. 212.4 TRLCSP, que establece que cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto del cumplimiento del plazo total podrá optar la Administración, indistintamente, por la resolución del contrato o la imposición de penalidades; por tanto, procede la resolución por la que ha optado el Ayuntamiento al estar ante un incumplimiento culpable del contratista pues ha habido por parte de la empresa referida una inobservancia total y esencial de la prestación principal

6. Además, conforme dispone el art. 225, apartados 3 y 4 TRLCSP, respecto de los efectos de la resolución por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en expediente contradictorio incoado a tal efecto, tal como acertadamente recoge la PA.

La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que en su caso se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada; en todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía.

Asimismo, también resulta aplicable el art. 239 TRLCSP, regulador de los efectos de la resolución del contrato de obra, que establece que dicha resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. A tal fin, será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en

el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Acuerdo es conforme a Derecho, pues concurre la causa de resolución aducida por el Ayuntamiento, debiendo tener los efectos señalados en el Fundamento III de este Dictamen.