



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 9 0 / 2 0 1 4

(Sección 1ª)

La Laguna, a 3 de septiembre de 2014.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de El Hierro en relación con la *Resolución del contrato de la obra "Terminación Sala de Congresos y Audiciones en La Peña", adjudicado a la empresa (...) UTE mediante Resolución nº 1100, de fecha 21 de junio de 2012 (EXP. 293/2014 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el señor Presidente del Cabildo Insular de El Hierro, es la propuesta de acuerdo plenario de resolución del contrato administrativo de obra "Terminación de la sala de congresos y audiciones de La Peña".

2. La contratista se ha opuesto a la resolución contractual. Esta oposición determina la preceptividad del Dictamen según los arts. 211.3, a) y 249.2, ambos de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), en relación con el art. 11.1.D, d) de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias. De este último precepto y del art. 12.3 de la misma Ley resultan, respectivamente, la competencia de este Consejo para emitir el Dictamen y la legitimación del Sr. Presidente del Cabildo Insular de El Hierro para solicitarlo.

3. El contrato que se pretende modificar fue adjudicado el 21 de junio de 2012, bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), por lo que este texto normativo es la ley que lo rige.

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

4. En la tramitación del expediente no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten a un Dictamen sobre el fondo.

II

1. El día 11 de julio de 2012, se formalizó el contrato con el representante de la contratista, la Unión Temporal de Empresas (UTE) "(...)" (en adelante, citada simplemente como la UTE). En él se fijaba un plazo de doce meses para la terminación de la obra.

2. El día 8 de agosto de 2012 se procedió a la comprobación del replanteo en la cual el representante de la UTE manifiesta que *"habida cuenta de que la obra prevista en proyecto debe ensamblarse a una obra previamente ejecutada de la que se desconocen las unidades de obra ejecutadas y el estado de las mismas al día de hoy, debería procederse a la suspensión de las mismas hasta que por parte de la dirección de obra y del propio contratista se realicen las oportunas revisiones que garanticen el correcto estado de las obras que se encuentran ejecutadas por el anterior adjudicatario y las encomendadas al contratista, pues sólo así puede garantizarse la correcta y normal ejecución de los trabajos pendientes y la seguridad de los mismos, así como la perfecta delimitación de las responsabilidades entre el antiguo y el actual adjudicatario para el caso de que se produzca algún defecto en la construcción y/o para el caso de que la obra se arruinase, asimismo, el contratista pone de manifiesto que el estado de la construcción evidencia la necesidad de trabajos que no se encuentran contemplados en el proyecto encomendado -v.gr. retirada de instalaciones antiguas. El contratista manifiesta que, caso de no procederse a la revisión de la obra y a la delimitación antedicha y a situar la obra en un estado tal que permita ejecutar con normalidad la obra proyectada, en este acto efectúa la oportuna reserva sobre estos aspectos"*.

La dirección facultativa de la obra consideró que no había motivos técnicos para suspender el comienzo de la obra y ordenó el inicio de los trabajos. Con ello la fecha final del plazo para la terminación de las obras se situó en el 8 de agosto de 2013.

3. El 20 de agosto de 2012 la UTE solicitó la suspensión de las obras por considerar que había impedimentos para el inicio de los trabajos.

4. Por el Decreto n.º 1514/12, de 4 de septiembre de 2012, se contestó a esta solicitud. En él analizaron las reservas formuladas por la UTE con ocasión del acto de comprobación del replanteo y los motivos alegados para solicitar la suspensión de las obras y se concluyó que carecían de fundamento, por lo que se denegó ésta. No

obstante este decreto concedió a la UTE un plazo para iniciar las obras cuyo término fijó en el día 20 de septiembre de 2012, con lo que la fecha final del plazo de doce meses para la terminación de las obras se situó en el 20 de septiembre de 2013.

Esta resolución devino firme.

5. El 11 de julio de 2013 el funcionario responsable del contrato propone que se instruya el procedimiento para la imposición de las penalidades previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el caso de retrasos en la ejecución de la obra. Esta propuesta se notificó a la contratista y se solicitó informe a la dirección facultativa.

6. El 28 de agosto de 2013 la dirección facultativa informa que el ritmo de obra ha sido muy inferior al previsto en el programa de trabajos ofertado, que los retrasos son graves y que a la mencionada fecha es materialmente imposible la finalización de la obra en los plazos contractuales. En un segundo informe señala que en los primeros seis meses de ese plazo de 12 meses, sólo se libraron certificaciones de obra por un valor en conjunto de 103.476,85 € sobre un total de los 2.914.355,68 € a los que asciende el presupuesto de ejecución material (PEM); que un año después de la firma del acta de replanteo sólo se ha certificado obra por valor 278.336,50 € PEM sobre un total de 2.914.355,68 € PEM; que se han incumplido reiteradamente los plazos parciales fijados en el programa de trabajo; que no se ha aportado la plantilla de personal y los medios materiales ofertados para la realización de los trabajos, según resulta de la comparación entre la plantilla y medios materiales efectivamente dispuestos y la documentación que recoge su oferta formulada en el proceso de licitación; que finalizado el plazo del contrato sólo se ha ejecutado obra por valor del 24'18% del presupuesto de ejecución material, por lo que está pendiente de ejecutar obra por valor de más del 75 % de dicho presupuesto. Este informe respecto a las consecuencias técnicas de la no terminación de la obra expresa lo siguiente:

" (...) en caso de que no se terminen completamente los trabajos licitados (especialmente los cerramientos exteriores), las unidades ejecutadas o parcialmente ejecutadas podrían sufrir un deterioro irreversible que obligaría al Cabildo Insular a costear su futuro desmontaje y reposición, obligándose a volver a ejecutar unidades ya certificadas y abonadas. Asimismo muchos de los sistemas constructivos, en caso de no completarse y ponerse en servicio, carecerían de garantía. La falta de uso de otros sistemas acarrearía también su obsolescencia y, por ende, la necesidad de sustitución cuando se optase por terminar y poner en servicio el edificio.

La conclusión técnica de un eventual abandono de los trabajos sin finalizar la obra es que una gran parte de las unidades ejecutadas o a medio ejecutar quedarían completamente inservibles o necesitadas de carísimos procedimientos de reposición. Por ello consideramos totalmente desaconsejable que no se termine la obra y se culmine la puesta en marcha de la Sala de Congresos y Audiciones en La Peña en este momento, y recomendamos que se adopten las medidas para evitar esa eventualidad".

7. El 5 de septiembre de 2013 la UTE solicita una de prórroga en cuatro meses del plazo para la terminación de las obras.

8. A la vista de los informes técnicos que razonan los deterioros y pérdida de garantías de las instalaciones de la obra si no se ponen en funcionamiento en corto plazo, el cual sería imposible de respetar si se resolviera el contrato y se procediera a una nueva licitación, el 16 de septiembre del 2013, la Administración insular concedió una prórroga de dos meses que finalizaría el 20 de noviembre de dicho año. Llegada esta fecha se le concedió a la contratista una segunda prórroga hasta el 20 de diciembre y en esta fecha se concede una tercera prórroga hasta el 20 de febrero de 2014.

9. La Administración insular inició un procedimiento para la imposición de penalidades por retraso en la ejecución que se resolvió por el Decreto nº 164/2014, de 6 de febrero imponiendo a la UTE una penalidad de 43.715 € por incumplimiento de los plazos parciales del contrato, la cual se haría efectiva mediante deducción en las cantidades que en concepto de pago total o parcial debieran abonarse al contratista.

10. El 20 de febrero de 2014, fecha en que vencía la última prórroga concedida, la empresa contratista solicitó una nueva prórroga de cuatro meses. A esa fecha, después de dieciocho meses de trabajos en la obra cuyo plazo contractual de ejecución era originariamente de doce meses, sobre un total de los 2.914.355,68 € del precio del contrato, se habían librado certificaciones por un valor en conjunto de 955.746'10 €, lo que equivale a un 33% de aquél.

11. El Cabildo Insular inició el procedimiento de resolución contractual en cuyo seno se ha dado audiencia a la UTE y a su avalista.

III

1. En trámite de audiencia la contratista alega como causas del retraso:

a) La demora de la Administración en nombrar al ingeniero industrial de la obra, nombramiento que no se produjo hasta el día 21 de marzo de 2013.

b) Las modificaciones que la dirección facultativa ordenó durante la ejecución de los trabajos.

c) La negativa a la elaboración y aprobación de un proyecto modificado que resolviera todas las modificaciones que requería la obra para posibilitar su completa y correcta ejecución.

2. Respecto a la primera alegación la contratista no argumenta ni por ende prueba cómo ha determinado el retraso en la ejecución de la obra que el nombramiento del ingeniero industrial se haya realizado el 21 de marzo de 2013. Tampoco acredita que antes de esa fecha haya procedido a la ejecución de las instalaciones que requerían la supervisión de dicho técnico, ni que esa supervisión, en caso de haberse iniciado antes de la fecha mencionada, no pudiera ser realizada por la dirección facultativa de la obra. Por estas razones, dicha alegación carece de virtualidad exculpatoria de la mora de la contratista y, por consiguiente, debe ser desestimada.

3. En cuanto a la segunda alegación, la contratista no describe cuáles fueron esas modificaciones y, por consiguiente, no argumenta ni prueba en qué medida su ejecución influyó en el retraso. Los informes de la dirección facultativa de la obra y del ingeniero industrial coinciden en señalar, con apoyo en las certificaciones de obra y en la documentación técnica de las instalaciones realizadas, que las unidades de obra ejecutadas se ajustan al proyecto, no difieren del mismo, y no son unidades de obra nueva. En definitiva, no se han realizado modificaciones que consistan en la ejecución de unidades de obra nueva, por lo que la segunda alegación también es infundada.

4. El objeto del contrato de obras es la realización de una obra (art. 6 TRLCSP). Esta obra está definida por su proyecto (art. 121 TRLCSP) que contiene su pliego de prescripciones técnicas (PPT) y establece las obligaciones técnicas del contratista (art. 208 TRLCSP) y, por consiguiente, el contratista está obligado a ejecutar las obras con estricta sujeción al proyecto (art. 230 TRLCSP). El proyecto forma parte del contrato y define las obligaciones técnicas del contratista en la realización de la obra. Los contratos se han de cumplir al tenor de sus cláusulas (art. 209 TRLCSP). De éstas forman parte el pliego de cláusulas administrativas particulares, PCAP, el PPT y el proyecto (arts. 115.3, 121, 123, 208 y 230 TRLCSP). La Cláusula V del presente

contrato, en coherencia con los preceptos legales citados, expresa que la contratista presta su conformidad al PCAP y al PPT que figuran en el proyecto aprobado. La Cláusula 1.2 PCAP relaciona los documentos que según el art. 123.1 TRLCSP integran el proyecto y establece su carácter contractual. La Cláusula 26.1 PCAP obliga a la contratista a ejecutar las obras con estricta sujeción al proyecto. Por consiguiente, la contratista no tiene ningún derecho a pretender su modificación ni puede retrasar la ejecución de las obras en tanto la Administración no acceda a su pretensión. Está obligada, como insisten la Ley y el PCAP del contrato, a ejecutar las obras con estricta sujeción al proyecto.

Como el proyecto forma parte del contenido del contrato, tampoco puede negarse a la ejecución de las obras conforme a él alegando defectos de éste o que no se corresponde con el estado de la obra. El momento para alegar que el proyecto no se corresponde con el estado de la obra es cuando se procede a la comprobación del replanteo (art. 229 TRLCSP, art. 140 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RCAP, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre). En el presente caso la contratista formuló en la comprobación del replanteo las siguientes reservas:

a) Que se revisara el estado de las obras ya ejecutadas por un anterior contratista.

b) Que el estado de la obra revelaba la necesidad de trabajos que no estaban contemplados en el proyecto.

La dirección facultativa desestimó estas reservas y ordenó el inicio de las obras.

Como se indicó anteriormente, el 20 de agosto de 2012 la UTE solicitó la suspensión de las obras por considerar que había impedimentos para el inicio de los trabajos. Esta solicitud fue denegada por el Decreto n.º 1514/12, de 4 de septiembre de 2012, por considerar infundadas tanto las reservas formuladas por la UTE con ocasión del acto de comprobación del replanteo como los motivos alegados para solicitar la suspensión de las obras. No cabe, por tanto, volver a plantear la necesidad de la modificación del proyecto ni escudarse en que no se haya accedido a dicha modificación para justificar el incumplimiento del plazo de terminación de la obra.

Por estas razones, la tercera alegación de la contratista no justifica la mora en la que ha incurrido y por ello debe ser desestimada.

IV

Los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la Administración (art. 212.3 TRLCSP), y que su incumplimiento o el riesgo de incumplimiento faculte a la Administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP). Por ello, el art. 223.d) TRLCSP - al que se remite en la Cláusula 35 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato (PCAP)- tipifica como causa de resolución la demora en el cumplimiento del plazo. La Cláusula 29.2 PCAP, en coherencia con el art. 212.4 TRLCSP, faculta a la Administración a decidir la resolución cuando el contratista ha incumplido el plazo total.

El transcurso del plazo pactado sin haber concluido las obras supone el incumplimiento del contrato. El mero vencimiento del plazo sin que la prestación del contratista esté realizada, implica, *ipso iure*, ante la ausencia de causa justificadora, la calificación de incumplimiento culpable, sin necesidad de interpelación. En consecuencia, la Administración está facultada para resolver el contrato, incautar la garantía y exigirle los daños y perjuicios causados en lo que excedan del importe de la garantía incautada (art. 225.3 y 4 TRLCSP).

Por todo lo expuesto, es conforme a Derecho la resolución contractual que se pretende por incumplimiento culpable de la contratista del plazo de ejecución de la obra.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.