



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 6 5 / 2 0 1 5

(Sección 2ª)

La Laguna, a 29 de abril de 2015.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución sobre la resolución del contrato de la obra "Construcción de una Escuela Infantil en Antigua, Fuerteventura", adjudicado a la empresa S.C., S.A., mediante Orden nº 860, de 3 de diciembre de 2010 (EXP. 134/2015 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución (Orden resolutoria), por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de obras referenciado *ut supra*, a la que se opone la empresa contratista.

2. El contrato del que trae causa el procedimiento de resolución fue adjudicado el 2 de diciembre de 2010, vigente la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP), por tanto, esta Ley es la aplicable al asunto planteado, en virtud del apartado segundo de la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (que establece: "Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior") así como su normativa complementaria, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

3. La legitimación para la solicitud del 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 (LCCC), en relación con el art. 195.3 y 197.1 LCSP, que establece dicha preceptividad "en los casos de (...) resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista".

II

1. Los antecedentes de hecho correspondientes a este procedimiento, son los siguientes:

Primero.- Por Orden de la Consejera de Educación, Universidades, Cultura y Deportes, de 2 de diciembre de 2010, se adjudica definitivamente la obra "Construcción de una Escuela Infantil en Antigua, Fuerteventura", por un importe de 367.517,10 euros, a la empresa S.C., S.A.

Segundo.- Con fecha 3 de enero de 2011, se formaliza el contrato administrativo de referencia, en el que figuran, entre otras cláusulas administrativas: la sujeción por parte de la entidad adjudicataria al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y al Pliego de Prescripciones Técnicas; el plazo de ejecución de la obra de cuatro meses; la garantía definitiva tiene un importe de 18.375,85 euros; la conformidad prestada por el contratista al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares; y que la licitación se llevaría a cabo mediante procedimiento abierto y tramitación urgente.

Se adjunta resguardo del mandamiento de constitución de depósitos.

Tercero.- En fecha 16 de marzo de 2012, el Servicio de Planificación, Proyectos y Construcciones emite nota de régimen interior dirigida al Servicio de Programación, Contratación y Equipamiento adjuntando informe del arquitecto técnico competente en el seguimiento de la citada obra, notificada igualmente a la Dirección facultativa, a la entidad S.C., S.A. y al Ayuntamiento de Antigua. El informe mencionado es referente al estado en que se encuentran las obras de construcción de la escuela infantil promovida por la Consejería de Educación, Universidades y Sostenibilidad.

El 5 de julio de 2012, la Dirección facultativa de las obras dirige informe a la Dirección General de Centros e Infraestructura educativa en el que manifiestan: trabajos muy lentos y fuera de plazo; la contrata sigue sin presentar un planning real de obra; trabajos ejecutados de forma desordenada y sin seguir las órdenes indicadas

en el libro correspondiente por la Dirección facultativa; finalmente, que sólo se han certificado 27.578,12 euros.

Cuarto.- En fecha 23 de julio de 2012, se emite Orden del Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad, mediante la que se inicia procedimiento de resolución del contrato de la obra de referencia por incumplimiento de los plazos por parte del contratista, con carácter culpable; se resuelve aplicar las penalidades establecidas en la cláusula 30.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (500 € por día), indicando que, al haber comenzado el incumplimiento el 1 de junio de 2011, hasta el 30 de junio de 2012 supondría un montante de 91.000,00 euros, que habría de ingresar el contratista en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Gobierno de Canarias; además, al haber alcanzado cuatro veces el múltiplo del 5% del precio del contrato, se le impone la penalidad de 19.611,07 euros, a ingresar en dicha Dirección General, computándose el interés general en caso de no realizar el ingreso en el plazo de 30 días desde la notificación; motivadamente, se resuelve incautar la garantía definitiva.

La citada Resolución es notificada a la Dirección facultativa de la obra, que en fecha 22 de agosto de 2012 emite comunicado solicitando, entre otras cuestiones, información de las actuaciones administrativas que se hayan realizado por la Consejería respectiva en relación con el comunicado remitido.

Quinto.- En fecha 24 de marzo de 2014, se emite Orden del Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad, que declara la caducidad del expediente administrativo de resolución del contrato sobre la citada obra (por el transcurso del plazo máximo que la jurisprudencia ha establecido para la finalización del procedimiento -3 meses-, ya que ni la LCSP ni su Reglamento establecen plazo determinando para resolver), y se ordena incoar nuevo expediente de resolución del contrato de obra.

Sexto.- En fecha 25 de abril de 2014, se emite Orden del Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad acordando el inicio del expediente de resolución del contrato de la obra "construcción de una escuela infantil en Antigua, Fuerteventura". La misma sigue el mismo sentido que en la anterior Orden, si bien, además de notificar a las partes interesadas, resuelve que se proceda a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto y que se determinen las que son de recibo y fijen los saldos pertinentes a los efectos

de que el contratista indemnice a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados.

Séptimo.- En fecha 6 de agosto de 2014, se emite Orden del Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad, declarando la caducidad del procedimiento de resolución incoado y el inicio de nuevo procedimiento de resolución, en idéntico sentido que en la anterior Orden.

Dicha Orden fue notificada tanto a la entidad adjudicataria -S.C., S.A.- como a la entidad avalista -B., S.A.-, indicando la posibilidad de interponer contra la misma el recurso potestativo de reposición respectivo.

Octavo.- En fecha 24 de septiembre de 2014, consta el acta de comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto con el fin de fijar el saldo a favor o en contra del contratista, en la cual se determina un saldo a favor de la empresa de 205.193,39 euros, no siendo firmada por el contratista.

Noveno.- En fecha 2 de octubre de 2014, el Servicio de Planificación, Proyectos y Construcciones emite informe ratificando el acta referida.

Décimo.- En fecha 31 de octubre de 2014, se emite Orden del Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad que acuerda la suspensión del plazo máximo legal para resolver el contrato de la obra "Construcción de una escuela infantil en Antigua. Fuerteventura", por el tiempo que medie desde la petición hasta la recepción de dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, lo que, supuestamente, fue notificado a las partes interesadas. Se adjunta, con la misma fecha, la propuesta de liquidación realizada por la Dirección facultativa, resultando la cantidad de 205.193,39 euros.

Undécimo.- Se emite Orden del Consejero referido por la que se propone resolver el contrato de la citada obra (sin fechar), sobre la que este Consejo Consultivo se ha de pronunciar.

Decimosegundo.- Mediante Dictamen 436/2014, de 2 de diciembre de 2014, el Consejo Consultivo de Canarias concluyó que el procedimiento había incurrido en caducidad, por lo que procedía declarar la evidente caducidad del mismo, aunque ello no impide que se volviese a ordenar la incoación de un nuevo procedimiento de resolución contractual.

Tras la nueva solicitud de dictamen y remisión del expediente al Consejo Consultivo de Canarias por parte de la Consejería, obran en el mismo las alegaciones realizadas por el contratista S.C., S.A.; el recurso potestativo de reposición

interpuesto por la entidad adjudicataria contra la Orden del Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad, de 24 de marzo de 2014; y la acreditación mediante los medios oportunos y válidos en Derecho de las notificaciones practicadas.

2. Por tanto, no habiendo incurrido en caducidad el procedimiento iniciado en virtud de Orden del Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad, de 4 de marzo de 2015, que declaró la caducidad del procedimiento anterior y ordenó el inicio de nuevo procedimiento resolutorio, nada obsta la emisión de un dictamen de fondo.

3. Por otra parte se desprende del expediente denuncia interpuesta por la entidad S.C., S.A., contra la Dirección General de Centros e Infraestructura Educativa, el 15 de octubre de 2014, ante el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de Santa Cruz de Tenerife.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, mediante Orden del Consejero de Educación, Universidades y Sostenibilidad, se propone la resolución del contrato de la obra "Construcción de una escuela infantil en Antigua, Fuerteventura", con base en el incumplimiento culpable por parte del contratista por la demora en el cumplimiento de la ejecución del contrato; así mismo, determina abonar la liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, de acuerdo con el saldo reflejado en el acta de comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas, de fecha 24 de septiembre de 2014; y se declara la incautación de la garantía definitiva en su momento constituida.

2. Del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del referido contrato administrativo de obras firmado por las partes, adjudicado mediante procedimiento abierto y tramitación urgente, se desprende que:

- En atención al plazo de ejecución, determina la cláusula 9 que será como máximo de 6 meses a contar desde la iniciación de la obra, pudiendo prorrogarse cuando el contratista no pudiese cumplirlo por causas que le sean inimputables justificadas debidamente.

En el caso que nos ocupa se observa que el plazo de ejecución de obras era de 4 meses debiendo haberse finalizado el 2 de junio de 2011. Sin embargo, si bien la recepción del contrato fue en enero de 2011, parece ser que las obras comenzaron el

9 de mayo de 2011, por lo que ya en ese entonces fue imposible culminar las obras en el tiempo establecido en el contrato.

No obstante, iniciadas las obras se detectó la presencia de un pozo de aguas en la parcela por lo que, aunque no presentaba un riesgo aparente, se hizo necesario la realización de un estudio geotécnico específico alrededor de la zapata para garantizar la estabilidad del conjunto una vez la estructura entre en carga o el desplazamiento del conjunto en el interior de la parcela de forma que los diagramas de carga salgan fuera del área de influencia del pozo.

Por otra parte, el Servicio de Planificación, Proyectos y Construcción indica que la citada incidencia no supuso más de 15 días de posible alteración del curso de las obras, por ello no justificaba el retraso de las mismas.

Sin embargo, alega la empresa que en realidad surgieron diversas adversidades en cuanto al reinicio de las obras como consecuencia del pozo descubierto, y que si bien la Consejería dio orden al contratista para que se reanudaran los trabajos este no lo hizo al solicitar que se resolviera con carácter previo el precio contradictorio relativo a la obra además de indicar la necesidad de que se demoliese la caseta de U., hecho este último que tuvo lugar en septiembre de 2011.

Como consecuencia de dichas adversidades, se entiende que la propia Consejería concediera ampliación de plazo de obra hasta el 31 de enero de 2012, tiempo en el que debía finalizarse la misma.

- Posteriormente, debido al incumplimiento del anterior plazo, en fecha 23 de julio de 2012, la Administración inició procedimiento de resolución de contrato, con aplicación de penalidades e incautación de garantía.

Mediante escrito registrado el 3 de agosto de 2012, la contratista no justifica debidamente la causa del retraso en la entrega de la obra en el tiempo establecido. Es con fecha junio de 2012, cuando la entidad afectada finaliza las obras y remite a la Dirección de la obra la medición respectiva con la finalidad de que la Administración le abone las obras ejecutadas con la cantidad de 394.907,28 €.

El informe de Servicio de Planificación, Proyectos y Construcciones, de 9 de octubre de 2013, indica que las obras se encuentran totalmente paralizadas.

En las alegaciones presentadas el 25 de abril de 2014, la entidad contratista se opone a la resolución del contrato por las causas señaladas por la Administración implicada, e interpuso recurso de reposición ya que las obras se habían ejecutado

prácticamente en su totalidad y el contratista, a su entender, aún no había cobrado por ello.

Como ya se señaló en el Fundamento anterior, el 24 de abril de 2014 se inició nuevo procedimiento de resolución del contrato, ahora solicitando la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes a los efectos de que el contratista indemnice a la Administración por los daños causados, proponiendo igualmente la incautación de la garantía definitiva por la demora acusada. La misma fue notificada a las partes interesadas debidamente; no obstante, el citado procedimiento incurrió nuevamente en caducidad.

En el precitado procedimiento de resolución contractual se observa que el acta de comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas determinó un saldo a favor de la empresa de 205.193,39 €, que fue firmado por la Dirección facultativa, sin que conste la firma del contratista como tampoco observación del mismo al respecto.

- Tras incurrir nuevamente en caducidad e iniciarse nuevo procedimiento de resolución contractual mediante la última Orden citada se observa que, efectivamente, se ha producido un retraso considerable en la entrega de las obras, por lo que, descartando el pozo encontrado, la segunda demora producida no exonera al contratista de culpa; también se observa que la ejecución de parte de la obra no ha sido la adecuada en atención al estado de medición y presupuesto, como se desprende del informe emitido por la Sección de Proyectos. En atención a las cuestiones controvertidas, la Dirección facultativa ha hecho uso de las facultades que le han sido reconocidas, todo ello de acuerdo con los arts. 206-208 LCSP, así como con las cláusulas contractuales por las que se rige el presente contrato.

Dicha Orden fue correctamente notificada a la entidad contratista, concediéndole trámite de audiencia, sin que la misma haya presentado alegación al respecto.

Se constata en el expediente que las actuaciones anteriores a dicha propuesta de liquidación fueron debidamente remitidas a la empresa afectada -S.C., S.A.-, que presentó una propuesta de liquidación por la cantidad de 394.907,28 € que, a diferencia de la Dirección facultativa, no había sido motivada o justificada debidamente.

3. La Dirección de obras, en el ejercicio de sus competencias, ha acreditado que las unidades de obra realizadas son defectuosas, no cumpliendo por ello con las condiciones del contrato, lo que justifica que la Administración haya realizado una rebaja en el precio inicial, sin que el contratista hubiera presentado alegación al respecto tras ser notificado. No obstante, siguiendo las cláusulas del contrato, el contratista tiene la obligación de aceptar los precios rebajados fijados por la Administración de forma razonada (cláusula 27.3).

Se considera aplicable la cláusula 31, sobre el cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial de la ejecución del objeto del contrato, pudiendo en este caso el órgano de contratación incautar la garantía que se hubiere constituido y resolver el contrato.

4. En definitiva, se considera que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues ha quedado acreditado que se ha incurrido en mora por parte del contratista, no habiendo justificado mediante causa debida la inimputabilidad al mismo, y que finalizadas las obras estas fueron ejecutadas defectuosamente, según se desprende de los informes de la Dirección facultativa, lo que implica un reconocimiento de saldo a favor del contratista inferior al previsto en el contrato inicialmente.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho, por lo que procede la resolución del contrato de la obra "Construcción de una Escuela Infantil en Antigua, Fuerteventura", adjudicado a la empresa S.C., S.A.