



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 393/2017

(Sección 2ª)

La Laguna, a 26 de octubre de 2017.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tías en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras «Reforma de acerado y asfalto de la calle (...) en Puerto del Carmen», adjudicado a la empresa (...) (EXP. 350/2017 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

El objeto del presente dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Tías, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de obras «Reforma de acerado y asfalto de la calle (...) en Puerto del Carmen», adjudicado a la empresa (...). La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo 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, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCS), de carácter básico, y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

II

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

* Ponente: Sr. Bosch Benítez.

- Mediante Decreto de la Alcaldía de 4 de abril de 2016 se adjudicó a la entidad (...) el contrato de obras «Reforma de acerado y asfalto de la calle (...) en Puerto del Carmen», por un precio de 454.107,67 euros, sin incluir el IGIC.

- El contrato fue formalizado en documento administrativo el 5 de mayo de 2016.

Conforme a su cláusula tercera, el plazo de ejecución de la obra sería de tres meses a contar desde la fecha en que la Administración diese la orden de inicio de la misma, una vez suscrita el acta de comprobación del replanteo.

En esta misma cláusula se estableció que esta comprobación del replanteo tendría lugar en un plazo no superior a un mes desde la fecha de formalización del contrato.

- Mediante Decreto de la Alcaldía de 2 de junio de 2016 fue aprobado el Plan de Seguridad y Salud presentado por la empresa.

- El 8 de junio de 2016, la contratista presenta cronograma de obra. Esta documentación fue objeto de diversas subsanaciones a requerimiento de la Dirección de la obra, presentando la última documentación con fecha 3 de agosto de 2016.

- El acta de comprobación del replanteo fue suscrita el 31 de agosto de 2016, por lo que las obras debían dar comienzo al día siguiente.

- Con fecha 8 de septiembre de 2016 se emite informe por la asistencia técnica de la Dirección de obra, en el que indica que el objeto del mismo, así como de los sucesivos, es llevar un control de la ejecución semanal de la obra, de tal forma que se tenga constancia tanto de los ritmos de ejecución de los trabajos como de la calidad de los mismos.

En este informe, que incorpora reportaje fotográfico, se pone de manifiesto que las obras no han comenzado ni se ha colocado la correspondiente señalización, por lo que se incumple con el programa presentado. Se deja constancia además de que el jefe de obra ha comunicado que los trabajos no se han iniciado debido a que no disponen de la señalización de obra requerida.

- El 16 de septiembre se emite nuevo informe semanal por la asistencia técnica que indica que las obras no han comenzado y no se ha colocado la señalización, si bien se ha comenzado a acopiar algunos materiales en un solar situado al inicio de la calle.

- En informe de la asistencia técnica de 5 de octubre se indica que los trabajos se iniciaron el 20 de septiembre con las demoliciones, excavación de zanja y

canalizaciones en el lado sur del primer tramo; en el lado norte del primer tramo se comenzaron el 27 de septiembre y la colocación de bordillos en el lado sur se inició el 4 de octubre. En este informe, en relación con el plazo de ejecución, se pone de manifiesto que no se cumple con los plazos de obra estipulados por parte del adjudicatario.

En nuevo informe de 24 de octubre se da cuenta del estado de ejecución hasta la fecha, señalando la finalización de las unidades de obra de demoliciones, canalizaciones, bordillos y pavimento de aceras, por lo que se dio el visto bueno a la empresa para iniciar los trabajos de demolición del siguiente tramo.

- Con fecha 28 de octubre de 2016, se solicita por la contratista una ampliación de dos meses del plazo de ejecución de la obra, por los siguientes motivos:

«La Propuesta municipal obliga a la ejecución de dicha vía en 5 tramos, con el condicionante de no dar inicio a un tramo sin haber finalizado y abierto al tráfico el tramo anterior, por motivo de seguridad y gestión del tráfico, por afectar a la totalidad de la zona turística, produciendo un bloqueo del área.

La apertura por etapas produce interferencias y coordinación en los servicios afectados, entre ellos el realizar continuos desplazamientos de las medidas de seguridad, creando accesos peatonales que permitan el tránsito en las zonas de actuación compatibles con los trabajos de maquinaria pesada, siempre en condiciones de seguridad y salud, así como pasarelas de acceso a las viviendas particulares afectadas.

Existencia de línea de media tensión a escasos 20/50 cm de profundidad. La cual se esperaba, según los planos de servicios afectados, a una profundidad no inferior a 1,00 metro, que ralentizan las labores de demolición y excavación por el peligro que supone la misma durante la ejecución de los trabajos.

De igual forma se realizan actuaciones de reposición de acometidas de agua a viviendas particulares y de saneamiento general a medida que, por las labores de demolición y excavación, son objeto de roturas continuas».

- Con fecha 15 de noviembre de 2016 se emite informe por el Director de la obra, en el que propone una ampliación en un mes del plazo de ejecución de la obra.

Este informe se basa en el previo emitido por la asistencia técnica, que coincide con la motivación expuesta por la contratista, ya que confirma que los ritmos de obra y planificación de la misma se han visto alterados en un porcentaje que podría cifrar en un 60% del plazo de ejecución de las mismas, debido a las condiciones en que se encuentran los servicios existentes en la zona.

- Mediante Decreto de la Alcaldía de 24 de noviembre de 2016 se resuelve la prórroga en un mes del plazo de ejecución de la obra, siendo con ello el nuevo vencimiento el 31 de diciembre de 2016.

- Con fecha 1 de diciembre de 2016 se solicita por la contratista una nueva ampliación de dos meses del plazo de ejecución de la obra. Se motiva en la ralentización de los trabajos debido a la existencia de una línea de media tensión a escasos 10 cm de profundidad en el cruce de calle entre los tramos 3 y 4, la existencia en estos tramos de un mayor número de viviendas con sus acometidas individuales, lo que incrementa las labores de reposición de acometidas de agua y de saneamiento general, la colocación, a petición de la dirección de obra, de collarines de conexión a las acometidas particulares en los citados tramos, así como la no retirada, también a petición de la dirección, de la luminaria existente debido a la proximidad de las fiestas navideñas. También se alega la ralentización de los trabajos el hecho de que los señalados tramos no se está actuando a ambos lados de la vía, a fin de producir el mínimo impacto y molestias a los vecinos de la zona, lo que ha sido puesto en conocimiento de la Dirección facultativa.

- Con fecha 29 de diciembre de 2016 se emite informe por la Dirección de la obra en el que indica que los argumentos expuestos por la contratista no justifican una nueva prórroga, pues si bien la anterior se había motivado con base en una rotura por desconocimiento de la ubicación de las líneas, una vez referenciadas éstas es un problema de gestión de empresa. Añade que por la Dirección se había solicitado un plan de trabajo, que fue suscrito por la empresa y que se supone que fue realizado con base en unos parámetros reales. Entiende por ello que no procede la ampliación del plazo solicitado, por lo que a fecha 31 de diciembre deberían paralizarse los trabajos, fijar las condiciones de seguridad en la vía afectada y procederse a la apertura del expediente que estime el órgano de contratación.

- Mediante Decreto de la Alcaldía de 30 de diciembre de 2016 se resuelve denegar la prórroga del plazo de ejecución del contrato, toda vez que no está justificada la ampliación del plazo.

Este decreto fue notificado a la contratista el 13 de enero de 2017.

- El 13 de enero de 2017 se emite informe por la Policía Local en el que se pone de manifiesto que durante la mañana del mismo día se ha comprobado que la empresa contratista sigue realizando las obras de acondicionamiento de las aceras, tuberías de agua, luz y asfalto, adjuntando diversas fotografías.

Este informe motiva que el 17 de enero de 2017 la Alcaldía dirija escrito a la contratista en el que se ordena la inmediata paralización de las obras, toda vez que no se ha concedido la prórroga solicitada y el contrato ha finalizado el 30 de diciembre de 2016.

- Con fecha 20 de enero, la contratista presenta alegaciones en las que indica que el Decreto que deniega la prórroga se encuentra recurrido y, habiéndose solicitado la suspensión del acto administrativo, que su ejecución está suspendida. Considera además que, aun admitiendo la tesis del Ayuntamiento, el contrato no podría quedar finalizado el día 30 de diciembre de 2016, por cuanto la resolución desestimatoria no fue notificada hasta el día 13 de enero de 2017. Por último, añade que las obras que se están realizando son las necesarias para asegurar la seguridad de la obra y evitar cualquier accidente que pudiera sufrir un tercero en la zona, las relacionadas con la ejecución de la interconexión de las infraestructuras eléctricas a fin de poder garantizar el suministro eléctrico y los trabajos realizados para el hormigonado de línea de MT en superficie y evitar cualquier incidente que pudiera ocurrir al quedar al descubierto.

El recurso de reposición a que hace referencia en este escrito fue presentado el mismo día 20 de enero de 2017.

- El 24 de enero de 2017 se informa por la asistencia técnica que se ha procedido a la paralización de la obra, si bien se ha comunicado a la empresa que debe adoptar todas las medidas en cuanto a seguridad vial se refiere (pavimentado de zanjas y socavones, soterrado de canalizaciones y cualquier otra medida oportuna) y que se estiman estarán concluidas el 10 de febrero.

- Con fecha 27 de enero de 2017, la Alcaldía ordena por segunda vez la inmediata paralización de las obras, ante el informe de la Policía Local del mismo día que indica que continúa su ejecución.

- En relación con esta paralización se informa el 30 de enero por la Dirección facultativa lo siguiente:

«1. Por parte del órgano de contratación debe preverse un equipo que garantice la seguridad en la obra de los usuarios de la vía, durante el periodo que transcurra entre esta paralización y la resolución del expediente y contratación de los trabajos que restan por ejecutar. (...)

2. Aclarar que “los males” de esta contratación no se hubieran resuelto si este Director de obra le hubiese otorgado DOS meses en vez de UN mes como ampliación del plazo, lo cual fue realizado basándome en los siguientes criterios:

a.- Como Director solo informé que de forma excepcional se podía otorgar una ampliación de UN mes y todo ello debido a que a pesar de que Endesa había notificado la ubicación de sus redes, resultó ésta ser errónea.

b.- La empresa había solicitado una ampliación de DOS meses, pero habiendo recabado información sobre los suministros, la ampliación para que se ejecutara la totalidad de la obra (por causas imputables a la política comercial de la empresa), sería de al menos CUATRO meses, ya que hoy día 30 de enero, que se hubiese cumplido el plazo solicitado, las luminarias no están fabricadas.

c.- También hay que recordar que el criterio del órgano de contratación era el de NO otorgar ampliaciones aunque fuese justificada por la Dirección de Obra y consensado con el Excmo. Cabildo Insular de Lanzarote, lo que sucedió con los trabajos que afectaron a la calle Libertad de Tías (...).».

- Con fecha 1 de febrero de 2017 se presenta escrito por la contratista en el que señala que una vez recibida la orden de 17 de enero de paralización de los trabajos únicamente se estaban realizando las obras necesarias para garantizar la seguridad, si bien tras la segunda orden recibida comunica que se procede a la paralización inmediata en un plazo de 24 horas, dejando la obra en su estado actual, con advertencia del grave peligro que suponen los trabajos inacabados, salvo comunicación del Ayuntamiento de otras órdenes.

- El 7 de febrero de 2017 se emite informe por la Dirección facultativa relativo al recurso de reposición presentado por la contratista contra la denegación de la segunda prórroga, en el que se sostiene que las alegaciones de la misma no deben ser aceptadas por los motivos que explicita.

Con fundamento en este informe, mediante Decreto de la Alcaldía de 8 de febrero de 2017 se desestima el recurso.

- Notificado este acto a la contratista, el 8 de marzo de 2017 tiene entrada en el Registro de la Corporación escrito de la misma en el que se muestra su disconformidad con el informe de la Dirección facultativa y propone la liquidación del contrato por mutuo acuerdo, recepción de la obra y de los materiales acopiados y devolución de la garantía definitiva.

En relación con este escrito se emite informe por la Dirección Facultativa en el que se concluye que procede abonar a la contratista el valor de la certificación nº 3

correspondiente a los trabajos realizados durante el mes de diciembre (21.932,22 euros) y no acceder al resto de las cuestiones solicitadas, ya que al no haber concluido la obra no puede ser recepcionada ni devolverse la garantía definitiva.

- Con base en este informe, por Decreto de la Alcaldía de 28 de marzo de 2017 se desestima propuesta de la empresa, si bien se reconoce y aprueba la certificación nº 3 por el importe señalado.

- Tras la notificación de este decreto el 6 de abril, la empresa presenta el 9 de mayo de 2017 recurso de reposición en el que reitera alegaciones anteriores y solicita liquidación del contrato, la devolución de la garantía definitiva y el reconocimiento del lucro cesante por importe de 10.903,84 euros. En cuanto a la certificación número 3, solicita que se valore en la cantidad de 53.455,73 euros.

Este recurso fue inadmitido por extemporáneo por Decreto de la Alcaldía de 17 de mayo.

2. Con estos antecedentes, mediante Decreto del mismo órgano de 15 de mayo de 2017 se resuelve el inicio del presente procedimiento de resolución del contrato de referencia por incumplimiento del plazo de ejecución, con fundamento en el art. 223 TRLCSP.

En el procedimiento tramitado se ha otorgado el preceptivo trámite de audiencia a la contratista, que presenta alegaciones en las que se opone a la resolución por la causa sostenida por la Administración y propone que se declare la nulidad del Decreto de inicio de este procedimiento y la resolución del contrato por mutuo acuerdo.

Se han emitido asimismo los preceptivos informes de la Secretaría y de la Intervención municipal.

Se ha elaborado asimismo la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente, en la que se fundamenta la resolución contractual en la señalada causa.

No consta, sin embargo, en el expediente que se hubiera otorgado el preceptivo trámite de audiencia a la entidad (...), al haberse constituido la garantía definitiva mediante seguro de caución [art. 109.1.b) RGLCAP].

3. Consta finalmente en el expediente que mediante Decreto de 7 de agosto de 2017 se procedió a la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, al resultar preceptiva la solicitud de dictamen a este Consejo.

Esta suspensión fue notificada a la entidad contratista.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, se fundamenta por la Administración la resolución del contrato en lo dispuesto en los arts. 212.4 y 223.d) TRLCSP. De acuerdo con el primer precepto citado, cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese 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, estableciendo a su vez el art. 223.d) como causa de resolución contractual la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. En el presente caso se funda la resolución en el incumplimiento del plazo de ejecución de la obra por causa imputable al contratista.

La entidad contratista se opone a la resolución alegando que la demora en el incumplimiento del plazo no le resulta imputable por las siguientes razones:

- Por exigencias del técnico del Ayuntamiento se han realizado cinco cronogramas, lo cual, con las alteraciones que ello supone en la ejecución de la obra, acarrea una distorsión importante en la realización del trabajo encomendado.

- En la documentación técnica proporcionada por la Corporación existían errores de carácter sustancial que motivaron la alteración del normal discurrir de los trabajos: las conducciones de agua y energía eléctrica no se encontraban a 50 cm ó 1 metro de profundidad, sino a una profundidad muy inferior, incluso rondando los 10 cm y, lo que es más grave, la conducción eléctrica no transportaba en BT, sino en MT, lo que constituye un considerable peligro que obliga a adoptar unas precauciones que forzosamente retrasan el desarrollo del trabajo.

- La obra se dividió en cinco tramos y se impidió por la Dirección facultativa la continuación de la obra de un tramo hasta que no se hubiese concluido el anterior, lo que es contrario a la lógica ya que al menos, en cuanto al asfaltado se refiere, el proceder correcto es la realización de una sola vez de toda la zona a pavimentar.

- Se les solicita que en las fechas de Navidad se mantenga el alumbrado hasta que concluya el periodo el 7 de enero de 2017, circunstancia ésta que también retrasa el trabajo de forma considerable.

La contratista sostiene que, si ha habido algún incumplimiento esencial, ha sido un fallo consecuencia de un actuar deficiente del Ayuntamiento. Considera que no es

responsable, toda vez que su posible incumplimiento trae causa de la previa infracción de sus obligaciones por la Administración municipal, por cuanto no accedió a la lógica pretensión de las prórrogas solicitadas. Concluye por ello que se ha visto imposibilitada para la correcta ejecución del contrato por causa imputable a la Corporación municipal.

2. Los informes de la Dirección facultativa de la obra sostienen que los argumentos expuestos, que ya fueron señalados por la contratista en aras a la solicitud de una segunda prórroga que le fue denegada, no justifican la demora en el cumplimiento del plazo.

En estos informes se indica que:

- La prórroga de un mes ya concedida se había justificado en la rotura de las conducciones eléctricas por desconocimiento de su ubicación, ya que la información proporcionada por Endesa resultó ser errónea, de tal forma que la traza de la nueva canalización era coincidente con la existente. Se optó por ello por realizar la nueva canalización fuera de la traza de la canalización eléctrica en servicio, dejando ésta intacta, por lo que no existía posibilidad de retrasos por interferencias de ambas líneas. Entiende que una vez localizadas ya se trata de un problema de gestión de la empresa y no de dificultades sobrevenidas.

- En cuanto a las acometidas de agua y saneamiento, la empresa alude a la colocación de collarines y la puesta en marcha de la canalización. En relación con estos extremos, se estima que la empresa también se encontraba beneficiada, ya que así no se tenía que esperar a realizar las pruebas de carga para seguir colocando pavimento.

- Con anterioridad a la comprobación del replanteo se solicitó a la empresa un plan de trabajo, que fue inicialmente rechazado por motivos de seguridad y gestión del tráfico, ya que afectaba a la totalidad de la zona turística y producía un bloqueo del área. Por ello, se indicó que la propuesta debía realizarse conforme a un plan de etapas que se le adjuntó, con el condicionante de que no podría comenzar una etapa sin concluir y abrir al tráfico la anterior. Indica la Dirección facultativa que se supone que el plan de trabajo finalmente presentado fue elaborado con base en parámetros reales.

- En cuanto a la no retirada de las luminarias en el periodo navideño, se indica que no se puede esgrimir como argumento que justifique la demora en la ejecución

ya que se habían tomado las medidas encaminadas a no interferir en las redes actuales, actuando fuera de la traza ocupada.

- La empresa había solicitado una ampliación de dos meses, pero, una vez recabada información sobre los suministros, la ampliación necesaria para que se ejecutara la totalidad de la obra, por causas imputables a la política comercial de la empresa, sería de al menos cuatro meses, ya que a fecha 30 de enero de 2017 las luminarias no estaban fabricadas.

3. De lo actuado en el expediente resulta pues que la única demora justificada en la ejecución de los trabajos fue debida a la errónea información sobre la ubicación de la canalización eléctrica, que justificó la prórroga de un mes del inicial plazo de tres meses y que se solucionó mediante la colocación de una nueva traza fuera de la que se encontraba en servicio.

Sobre este extremo, consta en el informe de la asistencia técnica de 14 de noviembre de 2016 relativo a la situación de los servicios en la zona que fundamentó la prórroga concedida lo siguiente:

«1. En el tramo norte, comprendido entre las calles (...) (Tramo I y Tramo II), se localiza un cable de media tensión, tal como nos indicó la empresa suministradora (Endesa).

Sin embargo, la empresa suministradora no advirtió de la profundidad del mismo, tan solo al demoler el pavimento del acerado ya se tuvo que tomar medidas por parte del adjudicatario de las obras para no cortar el suministro eléctrico a los vecinos de la calle.

Como se puede apreciar en las fotografías esto sucedió desde el minuto uno del inicio los trabajos del tramo norte (3/10/2016). Aun así se trabajó trasladando el cable de un lugar para otro mientras se ejecutaban los trabajos de canalizaciones y acerado, hoy día 14 de noviembre la empresa de suministro eléctrico se ha comprometido a eliminar el cable y dar el suministro a través de la nueva canalización ejecutada con estas obras. El hecho que lo confirma es que ya han pasado un nuevo cable a través de la nueva canalización (...)».

Así pues, los aducidos retrasos como consecuencia de la canalización eléctrica constan solucionados desde el 14 de noviembre de 2016, concediéndose días después (24 de noviembre) la prórroga del mes a que ya se ha hecho referencia.

En cuanto a los restantes motivos de retrasos alegados por la contratista, han quedado asimismo desvirtuados por los informes de la Dirección facultativa, como se ha señalado, acreditan su ausencia de justificación. De igual modo, el citado informe de la asistencia técnica de 14 de noviembre indica que en cuanto a las canalizaciones de agua, para las que también conforme al proyecto se colocaría una nueva tubería para el suministro, inicialmente la empresa suministradora del agua se negó a

realizar las acometidas a los domicilios, si bien para el tercer tramo de obra que se estaba ejecutando sí las llevaban a cabo. Por lo que se refiere al alumbrado público, pone de manifiesto que no se ha dado ese problema pues se trata de una canalización de nueva ejecución.

Dispone el art. 212.2 TRLCSP que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, estableciendo en concordancia con ello el art. 223.d) del mismo texto legal como causa de resolución la demora en el cumplimiento de los plazos.

En el presente caso, se ha producido efectivamente esta demora, pues la contrata no ha culminado los trabajos en el nuevo plazo establecido tras la prórroga concedida, sin que exista causa que lo justifique, al haber quedado solventadas con anterioridad a la referida prórroga los problemas surgidos en la ejecución como consecuencia de las canalizaciones de los servicios. Constituye por ello un incumplimiento culpable de la obligación que le impone el citado art. 212.2 TRLCSP, recogida asimismo en la cláusula 28 del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que rigió la contratación.

En definitiva, procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la empresa contratista por la causa alegada por la Administración, con incautación de la garantía definitiva prestada, así como, en su caso, indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada (art. 225.3 TRLCSP), tal como asimismo se prevé en la Propuesta de Resolución, previo procedimiento contradictorio previsto en el art. 113 RGLCAP.

4. Por último, cabe señalar que no procede la resolución del contrato por mutuo acuerdo solicitada por la contrata toda vez que, según dispone el art. 224.4 TRLCSP, ésta solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, lo que no acontece en el presente caso.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de obras «Reforma de acerado y asfalto de la calle (...) en Puerto del Carmen», adjudicado a la empresa (...), objeto de este Dictamen, se considera conforme a Derecho.