



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 7 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 29 de septiembre de 2016.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tías en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de resolución del contrato de obra "Edificio para cafetería y sala de gimnasia" adjudicado a P.M.I., S.A. (EXP. 269/2016 CA)**.

F U N D A M E N T O S

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Tías, es la Propuesta de Resolución recaída en el procedimiento de resolución del contrato de obra denominada «Edificio para cafetería y sala de gimnasia», término municipal de Tías.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Alcalde para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSLP), 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 y determina el procedimiento a seguir para la resolución del mismo.

La oposición del contratista a la resolución del contrato se deduce del escrito registrado en fecha 27 de mayo de 2016, presentado ante el Ayuntamiento de Tías, mediante el que informa, por una parte, que no ha habido abandono de la obra de referencia aunque, y, por otra parte, confirma que se ha paralizado la ejecución de la obra por falta de materiales aunque no de forma continuada.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

II

1. En relación al procedimiento de resolución contractual, consta en el expediente las siguientes actuaciones administrativas:

-Informe de fecha 18 de abril de 2016, emitido por el Ingeniero Técnico de Obras Públicas, sobre la posibilidad de iniciar acciones contra la empresa por incumplimiento en obra de «Edificio para la cafetería y sala de gimnasia», que determina:

«(...) - La firma del contrato es de fecha 3 de julio de 2015, con un plazo de ejecución de 4,5 meses (se trataba de un criterio de adjudicación).

- Acta de replanteo de fecha 6 de agosto de 2015, iniciándose las obras el día 7 de agosto de 2015.

- El vencimiento del plazo de ejecución era el día 21 de diciembre de 2015.

- Se solicita una prórroga, que se concede mediante Decreto de fecha 18 de diciembre, hasta el día 21 de enero de 2016.

- El día 29 de enero de 2016, se solicita una segunda prórroga fuera de plazo, la cual es denegada.

Como quiera que hoy 18 de abril de 2016 las obras no han concluido y no existe presencia física de trabajadores en la misma es por lo que como Director de las mismas, solicito que se tomen las medidas encaminadas a:

Rescatar la obra y dejar sin efecto el contrato claramente incumplido.

Proceder a sancionar a la empresa para resarcir el daño causado (...).

- Decreto de Alcaldía de fecha 29 de abril de 2016, en virtud del cual se acuerda iniciar el expediente de resolución por incumplimiento de la cláusula tercera de contrato de obra que nos ocupa, por incumplimiento de los plazos pactados para la ejecución de la obra, que además constituyeron un criterio de adjudicación del contrato. Como consecuencia, mediante el citado Decreto se le concede audiencia a la entidad P.M.I., S.A., a efecto de que presente las alegaciones que estime pertinentes.

- En fecha 27 de mayo de 2016, la contratista presenta escrito de alegaciones en el que, además de la información antes referida, solicita la recepción provisional de la obra, paralización y posterior anulación del proceso iniciado y audiencia con objeto de realizar defensa.

- El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Tías, mediante escrito requiere del interesado la subsanación de la representación de las alegaciones presentadas concediéndole al efecto plazo para ello.

- En fecha 6 de junio de 2016, el Ingeniero Técnico de Obras Públicas emite nuevo informe sobre el contenido del escrito de alegaciones de la interesada, indicando, entre otras consideraciones, lo siguiente:

«(...) el 29 de enero y fuera de plazo se solicita ampliación del plazo anteriormente concedido, mediante escrito con nº de registro 2016001419, alegando únicamente que se solicita por "retraso por imprevistos en los suministros pendientes", lo que indica que la obra contratada y de la que soy Director estaba perfectamente definida y pendiente de los fallos de la empresa por no tener controlados los suministros, para culminar la obra.

La afirmación de que se ha abandonado la obra es real y perfectamente comprobable, no olviden que están trabajando en una instalación deportiva y que dicha instalación posee personal de control. Y el estar las obras sin atención, sin personal durante periodos que superaban semanas se denomina "abandono de una obra".

Durante la ejecución del proyecto contratado, este Director definió en tiempo y forma cualquier duda que surgió y por lo tanto sobra el calificativo de "indefiniciones" a la labor realizada por este Director (...).

Este Director no ha dado instrucción alguna a partir del día 21 de enero de 2016, excepto el rechazar la concesión de nueva prórroga el 15 de febrero de 2016 (...).

- En fecha 1 de julio de 2016, la empresa P.M.I., S.A., actuando mediante representación de la citada entidad el Sr. D.S., presenta propuesta de liquidación de obra ejecutada «Edificio para cafetería y sala de gimnasia».

- En fecha 6 de julio de 2016, el Secretario de la Corporación Local emite informe señalando, entre otras, las causas y efectos que determinan la resolución del contrato así como el fundamento jurídico de las mismas. Concretamente, lo realiza con base en la demora en el cumplimiento de los plazos para parte del contratista, de acuerdo con el art. 223 TRLCSP; determinando en consecuencia la necesidad de que la Propuesta de Resolución que finalmente se emita, se pronuncie sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida; sobre la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, y fijar los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista; y determinar los daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista a la Administración pública (arts. 225 y 239 TRLCSP).

- En fecha 7 de julio de 2016, la Interventora municipal emite informe favorable sobre el expediente de resolución del contrato al considerar debidamente fundamentada la causa de resolución del contrato. No obstante, se advierte que no figuran cuantificados los daños y perjuicios ocasionados, ni pronunciamiento alguno sobre la incautación de la garantía definitiva.

2. En fecha 1 de julio de 2016, se remite al Consejo Consultivo de Canarias el expediente relativo a la resolución del contrato de obra pero sin la preceptiva Propuesta de Resolución para ser considerada, por lo que el Pleno del Consejo Consultivo acuerda no tramitar la solicitud de Dictamen, hasta tanto se complete el expediente y se vuelva a remitir con la necesaria Propuesta de Resolución.

3. La Propuesta de Resolución se emite en fecha 26 de julio de 2016, determinando la causa de resolución del contrato el incumplimiento de la cláusula tercera del contrato relativo al plazo de ejecución de la obra de 4,5 meses, que fue objeto de una sola prórroga concedida oportunamente; por lo demás, dicho plazo de ejecución consta como criterio de adjudicación del contrato.

4. En la tramitación del procedimiento de resolución del contrato de obras, consta Decreto de Alcaldía de fecha 18 de julio de 2016, mediante el que resuelve suspender el plazo para resolver el procedimiento iniciado para la resolución del contrato de obra «Edificio para cafetería y sala de gimnasia», por el tiempo que medie entre la solicitud al Consejo Consultivo de Canarias del preceptivo dictamen hasta la recepción del mismo.

III

1. En nuestro Ordenamiento Jurídico, particularmente en materia de contratación con el sector público, la normativa aplicable le reconoce a la Administración una serie de potestades o prerrogativas en el ejercicio de sus funciones. Así, el art. 210 TRLCSP hace mención de la facultad que tiene la Administración para resolver los contratos y determinar los efectos de la misma, siempre que haya sido ejercida de acuerdo con las causas y dentro de los límites que la normativa ha establecido.

2. Entrando en el fondo del asunto, ha resultado acreditada la causa que hace posible que en este caso se pueda proceder a dicha resolución, pues los documentos obrantes en el expediente confirman que el contratista ha incumplido con su parte del contrato por la causa a la que la instrucción del procedimiento se refiere, y que está prevista no solo en el pliego de cláusulas administrativas del contrato sino

también en la propia ley, pues la contratista ha incurrido en demora, por incumplimiento de los plazos previstos para la ejecución y entrega de la citada obra, que por lo demás fueron criterios que se tuvieron en cuenta por la Mesa de Contratación para adjudicar el contrato. Además, también se observa incumplimiento de la contratista en el ejercicio debido de conservación y policía sobre la obra, en unas instalaciones por lo demás que seguían siendo utilizadas en otra parte no afectada por la obra, como nos ha indicado el Director de Obra en su informe.

3. En este procedimiento concurre como causa de resolución del contrato la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, prevista en la letra d) del art. 223 TRLCSP.

Recordamos que el contratista en un principio se opone a la resolución del contrato al indicar que no se ha realizado abandono de la obra sino que la misma se ha paralizado por causa no imputable al mismo, debido a la falta de suministro de materiales para la ejecución de la obra. Sin embargo, cabría indicar que la regularidad en tales suministros es igualmente responsabilidad del contratista, no habiendo probado lo contrario. Además, en escrito de alegaciones posterior, el mismo propone directamente a la Corporación Local la práctica de la liquidación de la obra ejecutada a fecha de 1 de julio de 2016.

4. Por tanto, determinada pues la causa resolutoria como consecuencia del incumplimiento de plazo de ejecución de la obra por parte del contratista, de acuerdo con los preceptos legislativos antedichos que coinciden con la cláusula administrativa particular número 3.2, sobre la resolución del contrato por el órgano de contratación, que en este caso se identifica con el Alcalde; asimismo cabría citar la cláusula 9, que si bien establece en principio el plazo de 6 meses para la ejecución de la obra, sin embargo, en el presente caso, como ya hemos indicado, fue causa de adjudicación del contrato el menor plazo -cuatro meses y medio- ofertado en el concurso por parte de la interesada así como el precio de 190.926,39 euros, y que, aún habiéndosele concedido prórroga del mismo por una sola vez, ésta incumplió con su parte.

5. En resumen, el art. 223.d) TRLCSP dispone que la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista sea causa de resolución de los contratos administrativos. A este respecto, cabría hacer mención de la Doctrina del Consejo Consultivo de Canarias, entre otros en su Dictamen 290/2014, de 3 de septiembre de 2014, «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 su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculta 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 tipifica como causa de resolución la demora en el cumplimiento del plazo».

6. Sin embargo, la Propuesta de Resolución debe completarse, pues en atención a la resolución del contrato no se pronuncia sobre los efectos que la misma habría de producir en relación con la garantía definitiva constituida en el contrato por el contratista, que asciende a la cantidad de 9.546,32 euros.

No debemos ignorar que en relación con los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, como es el caso, establece el art. 225 TRLCSP que éste deberá indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados, indemnización que deberá hacerse efectiva, en primer término, sobre la garantía constituida, y en el caso de que la cuantía indemnizatoria fuere superior a la garantía incautada se deberá determinar el importe por el que deberá responder la contratista con causa en los daños y perjuicios soportados por la Corporación Local por la conducta culpable del mismo.

Tal y como nos indica, acertadamente, tanto el informe de Intervención como el informe del Secretario, la Resolución que recaiga en el procedimiento de resolución contractual deberá contener pronunciamiento expreso acerca de la pérdida de la garantía constituida, si fuere esta total o parcial, y en su caso, la cantidad que procedería devolver al patrimonio de la entidad mercantil o, por el contrario, el *quantum* que debiera ésta indemnizar por ser superior a la cantidad de la garantía incautada.

A título de ejemplo, la doctrina mayoritaria considera que la incautación de la garantía se habrá de limitar al importe correspondiente a los daños y perjuicios causados. En este sentido, en el Dictamen 352/2013 del Consejo de Estado se expresa:

«Frente a lo dispuesto en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la que se preveía la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista, el artículo 208.3 de la Ley 30/2007 circunscribe las consecuencias de ese tipo de resolución a la obligación de indemnización de los daños y

perjuicios ocasionados, la cual ha de hacerse primero efectiva sobre la garantía constituida, subsistiendo la responsabilidad contractual en lo que exceda de su importe. Al contrario, ello supone que, de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la Incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización».

En el mismo sentido se ha pronunciado este Consejo Consultivo. Por todos Dictamen 289/2014.

7. En definitiva, se considera que procede resolver el contrato administrativo de obra, de 3 de julio de 2015, con la entidad P.M.I., S.A., para la ejecución de la obra denominada «Edificio para cafetería y sala de gimnasia», por incumplimiento culpable del contratista de los plazos pactados para la ejecución de la obra así como su posterior abandono, a tenor de lo dispuesto en el art. 223.d) TRLCSP en conexión con las cláusulas números 3, 9, 28 y 34 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución del procedimiento resolutorio del contrato de obra denominado «Edificio para cafetería y sala de gimnasia» se estima parcialmente conforme a Derecho, debiendo completarse con el pronunciamiento explícito sobre la incautación de la fianza y la indemnización a su costa de los daños eventualmente causados a la Administración municipal.