

DICTAMEN núm. 31/2011, relativo a la resolución del contrato de obras para la ejecución del proyecto de ampliación del Colegio Público *Ponent* de Inca *

I. ANTECEDENTES

1. El 18 de noviembre de 2010, el alcalde de Inca formula, por segunda vez, la consulta preceptiva sobre el procedimiento de resolución del contrato de obras de ejecución del proyecto de ampliación del Colegio Público *Ponent* de la ciudad de Inca. Remite de nuevo el expediente que se había enviado junto con la anterior consulta presentada el 12 de noviembre de 2010, la cual fue retornada por la presidenta de este Consejo ya que se tenía que llevar a cabo un trámite de audiencia.

2. En la documentación remitida constan los siguientes antecedentes de interés en relación con el contrato de obras objeto de nuestro examen:

a) A propuesta del concejal de Urbanismo, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Inca, el 12 de junio de 2009, aprobó la adjudicación provisional del contrato de obras citado en el encabezamiento a la empresa N por un total de 275.324,33 euros IVA incluido. Se advierte en la adjudicación provisional que el adjudicatario habrá de ejecutar el contrato dando cumplimiento al proyecto y a la propuesta técnica, especialmente por lo que se refiere a las mejoras valoradas en 14.738,10 euros y una ampliación del plazo de garantía en 1 año más, es decir dos años de garantía.

b) El 18 de junio de 2009, la entidad Sociedad de Garantía Recíproca (ISBA), avala a la contratista la fianza definitiva del contrato por un total de 11.867,43 euros. El 22 de junio de 2009, ingresa dicha cantidad en la caja municipal, según carta de pago. El 25 de junio siguiente la empresa N presenta los certificados de la Seguridad Social y de Hacienda acreditativos de estar al corriente en los pagos y la copia de la póliza de seguro de responsabilidad civil, suscrita con la empresa Allianz a través de la correduría de don L. L.

c) El 3 de julio de 2009, la Junta de Gobierno Local de Inca elevó a definitiva la adjudicación provisional del contrato. El 14 de julio siguiente el alcalde y la representante de la entidad N suscribieron el contrato administrativo de obras haciendo constar en la cláusula segunda que los pliegos de cláusulas y de prescripciones técnicas forman parte integrante del contrato. Importa destacar que el plazo de ejecución de la obra contratada es de 4 meses desde el replanteo, condición que consta tanto en el contrato (cláusula 2ª) como en el pliego de cláusulas administrativas (apartado 5º).

* Ponencia de la Hble. Sra. Rosa María de Hoyos Marina, consejera.

3. En cuanto a la ejecución del contrato de obra de ampliación del CP *Ponent*, debemos destacar los siguientes datos de interés:

a) El acta de replanteo se suscribió el 14 de septiembre de 2009 por lo que el plazo de ejecución se extendía hasta el 15 de enero de 2010, según se deduce del informe técnico del arquitecto supervisor el señor V. T.

b) Desde el 18 de noviembre de 2009, la compañía constructora va presentando las facturas de obras realizadas dando lugar a las correspondientes certificaciones de obra. Las seis primeras certificaciones son por un valor de: 20.718,43 euros (18-11-2009); 21.250,27 euros (18-11-2009); 25.739,80 euros (21-1-2010); 29.349,09 (15-3-2010); 4.424,23 euros (15-3-2010) y 72.722,83 euros (10-5-2010).

4. El 16 de diciembre de 2009, la contratista presenta un escrito ante el Ayuntamiento mediante el cual requiere del pago de la primera certificación de obra, la correspondiente al mes de octubre, extremo que es contestado por el Alcalde de Inca en el sentido de reprochar la presentación irregular de las facturas.

5. El 15 de enero de 2010, la contratista solicita una prórroga del plazo de ejecución hasta el 26 de febrero de 2010. El gerente de la entidad de la Consejería de Educación y Cultura (IBISEC) que se encarga de la supervisión de las obras (de acuerdo con el Convenio interadministrativo firmado entre la Consejería y el Ayuntamiento de Inca de fecha 28 de marzo de 2.009), comunica el 17 de marzo de 2010 al Ayuntamiento el vencimiento del plazo de ejecución (15 de enero) y la estimación de que las obras podrían finalizar el 15 de abril de 2010, sin perjuicio de ulteriores comprobaciones.

6. A instancias del Ayuntamiento de Inca, el 7 de abril de 2010, el arquitecto de supervisión emite informe sobre la prórroga solicitada por la empresa N, en el que concluye «no es considera raonada la petició de 6 setmanes, segons la qual el final d'obra estaria previst pel passat dia 26 de febrer de 2010». En un informe técnico posterior, de 19 de mayo de 2010, sobre «reclamació que presenta l'empresa constructora referent a les obres del pati del CEIP *Ponent*», la dirección facultativa rechaza las reclamaciones efectuadas por un total de 42.142,97 euros por «partidas no previstas». El 13 de julio de 2010, el IBISEC comunica al Ayuntamiento de Inca, que desde el departamento técnico encargado de la dirección del contrato se ha estimado un término probable de finalización de éste en 210 días (7 meses) lo que comportaría una penalidad por el retraso en la obra que asciende a 73.002,66 euros.

7. El 14 de julio de 2010, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Inca aprueba iniciar un procedimiento de imposición de penalidades a la contratista por el retraso injustificado a ella imputable. Y en dicho acuerdo se dispone «concedir una prórroga al contractista per a la terminació del projecte fins el dia 15 d'agost de 2010». El 28 de julio siguiente, la contratista presenta escrito de alegaciones en contra por considerar

que no existe retraso imputable a la compañía sino en cualquier caso a las inclemencias meteorológicas y a la ejecución de unidades fuera de proyecto, al mismo tiempo que reclama los retrasos en el pago por parte de la Administración.

8. El arquitecto supervisor del IBISEC emite un informe el 6 de septiembre de 2010 sobre las alegaciones precedentes de la contratista en el que, de interés para este análisis, se concluye:

[...] el retard és de 8 mesos aquest mes de setembre (es triplica el termini d'execució) i encara no està finalitzada.

Pel que fa a la penalització [...] s'hauria d'aplicar l'article 196 de la LCSP en no aparèixer altra fórmula en el Plec de condicions tècniques particulars del contracte signat amb l'Ajuntament d'Inca.

9. El celador de obras municipal, el 1 de octubre de 2010, en relación con las obras del CP *Ponent* pone de manifiesto:

[...] es pot constatar que les obres han estat aturades, almenys, des del dia 14 de maig fins al dia 1 d'octubre de 2010.

10. El 6 de octubre de 2010, la Junta de Gobierno acuerda archivar el expediente de demora e incoar el procedimiento de resolución del contrato con los efectos de incautación de la garantía definitiva y la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas, sin perjuicio de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado. Dicha resolución conlleva la terminación del anterior procedimiento de imposición de penalidades a la contratista y se notifica a ésta y a la avalista ISBA Sociedad de Garantía Recíproca, el 7 de octubre de 2010.

11. El 21 de octubre de 2010, la empresa contratista presenta un escrito de alegaciones en el que niega el retraso imputable a la constructora aunque significativamente afirma:

Resulta obvio que la Administración de continuar con su voluntad de proceder a la resolución del contrato, deberá proceder a la inmediata apertura del expediente para la comprobación, medición y liquidación de la obra [...] Estamos a la espera de que dicho expediente se inicie con la celeridad con que se ha iniciado el presente de resolución.

12. El 27 de octubre de 2010, el secretario municipal propone la resolución del contrato previo dictamen de éste Consejo, propuesta que asume el concejal presidente de la Comisión Informativa de Urbanismo y a su vez es notificada a la contratista, a la entidad avalista y al IBISEC. Este acto administrativo incluye la suspensión del plazo para resolver y notificar.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera

El Alcalde de Inca está legitimado para solicitar el presente dictamen, con el carácter preceptivo, y el Consejo Consultivo es competente para emitirlo, en aplicación de los artículos 21.c y 18.12.c de la Ley 5/2010 de 16 de junio, del Consejo Consultivo, en relación con el artículo 195.3.a de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Este Órgano Consultivo es competente para evacuar el dictamen, que tiene la cualidad de preceptivo en virtud de los preceptos reseñados, por tratarse de expediente de resolución de contrato administrativo por causa imputable al contratista en el que consta expresamente la oposición de este último.

Segunda

El contrato cuya resolución se pretende decretar por el Ayuntamiento de Inca se rige por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la LCAP.

En cuanto al procedimiento para la resolución del contrato, se han seguido correctamente los trámites exigidos por los artículos 195 de la Ley 30/2007 y 109 del Real Decreto 1098/2001. Efectivamente se ha dado puntual cumplimiento a:

- La audiencia por plazo de diez días a la sociedad licitadora-adjudicataria, que presentó escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución contractual tal y como hemos señalado en los antecedentes.
- La audiencia, también por plazo de diez días, a la entidad avalista, que nada ha manifestado en relación a la incautación de la garantía prestada.
- El informe del Servicio Jurídico, ya que consta en el expediente el emitido por el secretario de la Corporación.
- El dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, trámite este que ahora se está aquí evacuando por este Consejo Consultivo.
- La Junta de Gobierno Local de Inca es el órgano competente para acordar la resolución del contrato por ser el órgano de contratación.

Se hace constar, no obstante lo anterior, que el Consejo Consultivo no ha tenido a la vista determinados antecedentes del contrato público, a saber, el proyecto y su aprobación, el acta de replanteo, el pliego de prescripciones técnicas, así como el convenio suscrito entre el Ayuntamiento y la Consejería de Educación y Cultura, de 28 de marzo de 2009, citado en el procedimiento, extremos todos ellos que se aceptan del modo que se han aportado al presente procedimiento por el secretario municipal.

Tercera

El régimen jurídico de la resolución por demora en la ejecución de un contrato público de obra viene determinado por los artículos 196 y 197 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establecen:

[...]

2.. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

3. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere 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.

[...]

Artículo 197.

En el supuesto a que se refiere el artículo anterior, si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquél que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

2. Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor.

Asimismo hay que tomar en consideración el artículo 220 de la LCSP, que regula las causas de resolución en los contratos de obra y remite, en parte, al artículo 206 relativo a las causas generales de resolución entre las que se encuentran:

e) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista [...]

g) El incumplimiento de las demás obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

La propuesta de resolución fundamenta la procedencia del acuerdo resolutorio por incumplimiento culpable del contratista en que la constructora no sólo no ha cumplido el plazo de ejecución (recuérdese el 15 de enero de 2010, según el pacto inserto en el contrato y en el Pliego de cláusulas administrativas particulares) sino que además, a día 6 de octubre de 2010, fecha de inicio del procedimiento resolutorio, han transcurrido cerca de nueve meses desde la finalización del plazo, más del doble del período de trabajo pactado (cuatro meses).

La adjudicataria, en sus escritos, presenta argumentos que se fundamentan en: a) las inclemencias meteorológicas que darían lugar a la aplicación de una prórroga

justificada; *b*) la falta de pago de la Administración y *c*) la falta de aceptación de trabajos extras. Pues bien ninguno de los argumentos esgrimidos se ven corroborados por pruebas o informes técnicos que permitan hacer dudar a este Consejo Consultivo de los argumentos técnicos incorporados al procedimiento procedentes de la entidad IBISEC que actúa como supervisora y que además, siendo una entidad del sector público dedicada a las construcciones escolares y culturales en nuestra Comunidad Autónoma, goza de la presunción de objetividad e imparcialidad. Sorprende que la contratista se haya limitado a una enunciación de sus alegatos sin aportar documento ni prueba alguna de sus quejas. Al contrario, existen datos objetivos que resultan contrarios a sus pretensiones. En primer lugar, respecto de las inclemencias meteorológicas que se alegan como base para la prórroga, nada se especifica, en el escrito de 15 de enero de 2010, que además se ha presentado tardíamente, de los días de «abundancia de lluvias» ni se justifica qué trabajos se han visto afectados, cuestión esencial para determinar la prórroga del plazo. En segundo lugar, su reclamación de pago de 16 de diciembre de 2009 ya fue contestada puntual y motivadamente por el Ayuntamiento al día siguiente. Y en el expediente se han incorporado las certificaciones de obra que debieron dar lugar a los pagos oportunos. En tercer lugar, las supuestas «unidades ejecutadas fuera de proyecto» no se han especificado ni aceptado por la dirección de obra. Contrariamente, la dirección del IBISEC ha contestado punto por punto a sus alegaciones.

Por otra parte, es esencial el cumplimiento del plazo contractual por razones de interés público obvias, entre las cuales destaca la fecha de puesta en funcionamiento de la infraestructura o obra (siendo así que los centros escolares deben funcionar en determinadas fechas y deben ser utilizados por los usuarios con las máximas condiciones de seguridad). Por lo demás, el contrato suscrito por la contratista y el Ayuntamiento, el 14 de julio de 2009, incluye específicamente el plazo de ejecución como una de las condiciones contractuales técnicas (Segunda.b.3). Es significativa la manifestación de la contratista en su escrito de 21 de octubre de 2010, que contiene una aceptación implícita de la resolución, ya que en el mismo hace constar que sólo está a la espera de la liquidación del contrato.

Este Consejo Consultivo entiende que en el presente caso se ha producido, sin lugar a dudas, una demora imputable a la contratista.

La conclusión que se obtiene de todo lo expuesto es que procede informar favorablemente la propuesta de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista fundado en la demora en la ejecución del plazo, demora que no ha sido en ningún momento justificada.

Cuarta

La propuesta de resolución acuerda la incautación de la fianza definitiva además de otros pronunciamientos propios de la resolución contractual. La Ley de 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su artículo 208 establece en sus apartados 4 y 5:

4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. 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.

5. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

La cuestión de la incautación de la garantía como penalidad de la resolución ha sufrido pues algunas variaciones si se compara con el derecho positivo anteriormente vigente, como decimos en nuestro Dictamen 172/2010:

La nueva regulación difiere de la anterior que se deroga en el sentido de que la incautación de la garantía ya no es automática a modo de penalidad derivada del incumplimiento culpable (el artículo 113.4 del Texto de Refundido de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 2000 precisaba: «Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada»). La nueva regulación establece que en caso de incumplimiento culposo por parte del contratista, éste deberá indemnizar los daños y perjuicios y si éstos existen se harán efectivos en primer término sobre la garantía.

En el expediente de resolución del contrato no se han determinado daño o perjuicio alguno. Por este motivo es improcedente la incautación sin más de la garantía.

La necesidad de que, ex artículo 208.5 de la Ley, el acuerdo resolutorio del contrato deba pronunciarse acerca de la pérdida, cancelación o devolución de la garantía parecería imponer que aquél no podrá disponer otra cosa que su cancelación y devolución. A nadie escapan las trascendentales consecuencias que se derivarían de tal interpretación, pues la cancelación de la garantía podría frustrar una eventual resolución indemnizatoria, en caso de una posterior desaparición o insolvencia del contratista.

En evitación de tales dificultades, cabe apuntar la posibilidad de que el referido acuerdo resolutorio establezca asimismo la incoación del procedimiento para la determinación de los referidos daños y perjuicios y, como medida cautelar para evitar su eventual frustración, ex artículo 72.1 LPAC, acuerde retener la garantía, con soporte en la declarada culpabilidad del incumplimiento del contratista. Ello, además, tendría un apoyo adicional en el artículo 90.1 LCSP, en cuanto establece

que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se declare la resolución del contrato «sin culpa del contratista». Con tal proceder podrían conjugarse las exigencias del artículo 208.5 de la Ley (el acto que acordara la resolución contractual contendría un pronunciamiento —aún provisional— acerca de la improcedencia de devolver en tal preciso momento la garantía constituida) con la necesidad de preservar la finalidad de la misma y poder contar con un plazo de tiempo suficiente para efectuar una ponderada cuantificación de los daños y perjuicios irrogados a la Administración, en el procedimiento contradictorio regulado en el artículo 113 del reglamento del TLCAP. Todo ello habría de entenderse, claro está, sin perjuicio del eventual derecho del contratista a ser indemnizado por la adopción de la referida medida cautelar, especialmente en el caso de incumplimiento por la Administración del plazo máximo de resolución del procedimiento indemnizatorio (que sería de tres meses, ex Disposición adicional octava LCSP en relación con el artículo 42.3 LPAC, vid. STS, Sala 3ª, de 19 de julio de 2004).

En conclusión, este Consejo Consultivo entiende que no procede la incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de su retención como medida cautelar a adoptar en el procedimiento de determinación de los daños y perjuicios que haya podido ocasionar el contratista.

No plantea discusión alguna que después de resolver el contrato la Administración municipal, con la colaboración que proceda del IBISEC, serán pertinentes los actos de comprobación, medición y liquidación de las obras de conformidad con el apartado 1º del artículo 222 de la LCSP.

III. CONCLUSIONES

1a. El Alcalde de Inca está legitimado para formular la consulta realizada, y el Consejo Consultivo es competente para evacuar este dictamen, que tiene la cualidad de preceptivo.

2a. Es procedente declarar resuelto, por incumplimiento culpable del contratista, el contrato de obra de ampliación del Colegio Público *Ponent* de Inca, suscrito con la entidad N el 14 de julio de 2009.

3a. Resulta improcedente el acuerdo de incautación de la garantía definitiva, sin perjuicio de su posible retención que deberá decretarse como medida cautelar en el procedimiento de determinación de daños y perjuicios.

4a. La resolución que se adopte especificará si es «de acuerdo con el Consejo Consultivo», o bien «oído el Consejo Consultivo», en aplicación de lo que establece el artículo 4.3. de la Ley 5/2010, de 16 de junio.

Palma, 18 de febrero de 2011