

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA
DICTAMEN Núm.: 639/2019, de 3 de octubre

Ponencia: Álvarez Civantos, Begoña

Castillo Gutiérrez, Manuel del. Letrado

Órgano solicitante: Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio

Cuestión sometida a dictamen y principales temas tratados: Resolución de contrato de obras.

Incumplimiento del contratista.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Se solicita dictamen sobre la resolución del contrato de obras de rehabilitación de los edificios sitos en la Avenida del Guadalquivir nº 22-28, y Avenida de La Bahía nº 23-25, ambos en la ciudad de Cádiz.

Dado que el contrato se formalizó el 10 de abril de 2018, resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, pues de acuerdo con su disposición final decimosexta, entró en vigor el 9 de marzo de 2018. Asimismo, la tramitación del procedimiento de resolución debe ajustarse a lo dispuesto en el mismo texto legal, al haberse iniciado el 29 de abril de 2019.

II. Antes de entrar en el fondo del asunto, procede apreciar la competencia de este Consejo para emitir el dictamen solicitado, así como pronunciarse sobre a quién corresponde la competencia para resolver el contrato y si el expediente remitido ha seguido el iter procedimental que prescribe la normativa vigente con tal finalidad.

1.- En cuanto a la primera, el artículo 191.3.a) de la Ley 9/2017, establece que su dictamen es preceptivo en la resolución de los contratos cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por consiguiente, habida cuenta de la oposición del contratista manifestada en el expediente sometido a consulta, ha de afirmarse la competencia de este Órgano para la emisión del dictamen.

2.- En relación con el órgano competente para acordar la resolución, el artículo 212.1 de la Ley 9/2017 establece que la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso.

En el supuesto considerado se ha adjudicado el contrato por el Director General de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, y por este Órgano se ha acordado el inicio del procedimiento.

3.- En lo relativo al iter procedimental, se encuentra previsto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, con observancia de las reglas establecidas en el artículo 191 de la Ley 9/2017, sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio.
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.
- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos de los artículos 109 y 195.
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

Tales trámites han sido cumplimentados en el presente caso, como se desprende de la relación de hechos. Por lo demás, el procedimiento no ha caducado, pues se ha iniciado el 29 de abril de 2019, por lo que no se ha excedido del plazo de 8 meses previsto en el artículo 212.8 de la Ley 9/2017.

III. Entrando ya a conocer del fondo del asunto, la Administración consultante fundamenta la resolución del contrato en la causa de resolución recogida el artículo 223.h) del TRLCSP, si bien, como se ha advertido, al contrato no le resulta de aplicación tal norma, sino la Ley 9/2017, de conformidad con su disposición transitoria primera, apartado 2, a sensu contrario.

La cláusula 41.h) del Pliego prevé la resolución en caso de “abandono por parte del contratista de la prestación objeto del contrato”.

Como este Consejo ha recordado, el contrato no puede prever específicas causas de resolución distintas de las contempladas legalmente, pues las causas de resolución de los contratos son las específicamente establecidas en la LCSP (arts. 211 y 245, entre otros) al haberse eliminado en la nueva LCSP como causas de resolución “las establecidas expresamente en el contrato”.

Con tal premisa y considerando las circunstancias del caso, resulta que la causa de resolución procedente que se puede hacer valer es la prevista en la letra f), párrafo primero, del artículo 211.1, consistente en el incumplimiento de la obligación principal del contrato.

En efecto, según resulta del expediente, se ha constatado “el abandono por parte del contratista de la prestación objeto del contrato al no existir trabajadores ejecutando los trabajos de los capítulos que conforman la obra contratada. Como consecuencia de lo anterior, se detecta la situación de riesgo existente ante la falta de adopción de medidas de seguridad que afectan a los ocupantes de las viviendas con incumplimiento del Plan de Seguridad, siendo necesaria la adopción de las mismas a la mayor brevedad”.

El 15 de abril de 2019 el Responsable del Contrato emite informe del siguiente tenor literal:

“(…) Importe Certificado a 10 de febrero de 2019: Hasta Certificación nº 8 por importe total de 606.188,35 euros (IVA excluido)

-Certificación en trámite presentada en 0304-19: nº 9 por importe 61.573,18 euros, IVA excluido (81,42%).

-Importe retenciones practicadas: 30.309,42 euros

Penalizaciones practicadas por retraso: 16.679,07 euros Retraso sobre el Programa de Trabajos: 5 meses y 13 días.

Hasta el jueves 4 de abril la obra se ha ido desarrollando a un ritmo lento, pero continuo, provocado en parte por la complejidad de la partida de sustitución de ascensores al tenerse que fabricar los aparatos a medida ya que la cabina estándar no se adaptaba al hueco existente. Por otro lado los inquilinos y propietarios de algunas de las viviendas con terrazas privativas interpusieron numerosos problemas a la hora de ejecutar las nuevas impermeabilizaciones.

A partir del día 4 de abril los trabajadores de la subcontrata de albañilería C.L., se manifiestan en la obra impidiendo la entrada y el normal desarrollo de los trabajos al resto de gremios aduciendo falta de pago de las nóminas de febrero y marzo. Durante los días 4, 5 y 8 de abril se mantuvo esta situación en la que la subcontrata impedía el trabajo al resto de la obra.

Durante estos días se intenta mantener contacto con la dirección de la empresa contratista principal siendo imposible y consiguiendo únicamente contactar con el Jefe de Obra el cual nos transmite su incapacidad para dar solución inmediata la situación.

El lunes 8 de abril se cita a la empresa en las oficinas de la Sección Técnica personándose una vez más únicamente el Jefe de Obra. En esta reunión nos enseña documentación que justificaría que están al día con los pagos a la subcontrata, ya que aducen tener contratado un servicio de certificación y control para las subcontratas, el cual les facilita como comprobante del pago de las nóminas un listado firmado por los operarios de haber cobrado la nomina del mes de febrero. En la misma reunión se comprueban las firmas de dicho listado con las firmas que se recogen en el listado de parte diario de trabajo comprobándose evidentes diferencias entre ambos.

El martes 9 de abril el Director de Obra y Coordinador de Seguridad de la obra recibe en respuesta a un correo con instrucciones de seguridad enviado el día anterior, un correo electrónico por el que el Jefe de Obra le dice estar de vacaciones, se realiza visita a la obra y se comprueba el abandono por parte del contratista de la prestación objeto del contrato, al no existir trabajadores ejecutando los trabajos.

Tras este correo no hemos conseguido más comunicación ni con el Jefe de Obra ni con ningún responsable de la empresa.

El pasado viernes 12 se levanta Acta Notarial en la que se constata que no se están ejecutando ningún trabajo en la obra ni tomándose medidas de seguridad reclamadas por el Coordinador en distintos correos. Actualmente las obras se encuentran paradas.

Debido a dicha paralización, cabe destacar que han quedado dos ascensores sin funcionar, los de los bloques 23 y 23D de Avenida de La Bahía (Edificios de baja+6) con el consiguiente perjuicio para los usuarios de dichos bloques.

Asimismo han quedado sin concluir varias cubiertas de los edificios de Avenida Guadalquivir y que están provocando filtraciones en algunas viviendas y zonas comunes de dichos edificios.

A raíz de los acontecimientos producidos estamos recibiendo llamadas de diferentes subcontratistas de la obra transmitiéndonos su preocupación por el incumplimiento de pagos por parte de la empresa Contratista (Impermeabilizadores y Ascensoristas).

La obra queda con un problema de seguridad y salubridad por acumulación de escombros al no haber podido ser retirado por la empresa adjudicataria de este trabajo y de los vecinos por tener que circular por zonas con falta de protección”.

La empresa, por su parte, alega que “en ningún caso ha abandonado la obra, si bien en fecha 21 de mayo de 2019 ya les comunicamos nuestra voluntad de proceder a la resolución consensuada y de mutuo acuerdo del

contrato de obra de referencia. A tal fin, convendrá formalizar la correspondiente Acta de recepción, pero también alcanzar un acuerdo respecto a la cantidad que la Administración pública contratante tiene pendiente de pago a la MTC y que asciende a la cantidad de 62.710,74 euros, correspondiente a la certificación de obra del mes de marzo de 2019”.

Sin embargo, queda constancia en el expediente de que la obra se encuentra sin actividad alguna y sin personal de forma continuada desde el 9 de abril de 2019, tal como se acredita con los informes de la Dirección Facultativa y las Actas notariales de fechas 12 de abril y 30 de abril.

El abandono de la obra resulta, pues, patente.

A la vista de lo expuesto, no cabe sino concluir que, en el caso que nos ocupa, concurre la causa de resolución prevista en la letra f), párrafo primero, del artículo 211.1 LCSP, consistente en el incumplimiento de la obligación principal del contrato, pues, a día de hoy, las obras no han concluido. Atendiendo a la naturaleza del contrato, no puede encontrar justificación la decisión unilateral, adoptada por el contratista, de paralizar la ejecución de la obra. En este sentido, no puede olvidarse la especial finalidad del contrato que nos ocupa, dirigido, prima facie, a la ejecución de una obra pública, pero destinado, en último término, a procurar la satisfacción de un especial interés público que subyace en aquella contratación, aspecto que, por supuesto, debe incidir en la posición de cada una de las partes y en los derechos y obligaciones que en virtud de la misma adquieren. Son, precisamente, la promoción y defensa de ese interés público las que justifican las especialidades que ofrece el régimen de los contratos administrativos respecto de las reglas generales sobre contratación del Derecho común. Por ello, se coloca a las partes en una situación de desigualdad, mediante el otorgamiento a la Administración de unas potestades unilaterales en relación con la vida y efectos del contrato (*ius interpretationis*, *ius variandi*), extrañas a la naturaleza bilateral de la relación contractual, que se subsumen en el privilegio de la decisión ejecutoria. De esta forma, el contratista se sitúa en una posición de sujeción respecto de esas potestades administrativas, al tiempo que recae sobre él la carga de impugnar los acuerdos administrativos dictados en ejercicio de las mismas (art. 191 LCSP).

Es, en definitiva, el fin de interés público, al que responde la contratación, es el que modula los derechos y deberes que integran la posición del contratista, convirtiendo a éste en un colaborador de la Administración para la consecución de aquella finalidad, lo que conlleva una mayor carga de responsabilidad en cuanto al buen fin del negocio.

De esta forma, el contratista no puede abandonar el contrato bajo ninguna circunstancia. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 197 LCSP, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista.

Por consiguiente, este Consejo Consultivo estima procedente la resolución contractual pretendida al amparo de la causa contemplada en el artículo 211.1.f) LCSP.

IV. Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución, la propuesta hace referencia a la necesaria liquidación de las obras y que “se inicie procedimiento contradictorio conforme a los parámetros establecidos en el artículo 113 del RGLCAP para determinar los daños y perjuicios causados por el contratista derivados de la resolución del contrato y, en función de lo que se determine en el mismo, proceder o no a la devolución de las garantías prestadas por el contratista, o en su caso parcialmente, correspondientes a los 15.492,63 euros, objeto de retención por parte de la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía”.

Tal propuesta no se corresponde con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 213 de la LCSP conforme al cual, “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”. De esta forma, la garantía ha de incautarse siempre que exista un incumplimiento culpable del contratista, que además deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución adoptada en el procedimiento tramitado por la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía para la resolución del Contrato de obras de rehabilitación de los edificios sitos en la Avenida del Guadalquivir, nº 22-28, y Avenida de La Bahía, nº 23-25, ambos en la ciudad de Cádiz, debiendo ajustarse a los fundamentos jurídicos de este dictamen.