



DICTAMEN: 299/14, de 29 de juliol

MATÈRIA: Contractes

DEPARTAMENT: Governació i Relacions Institucionals

PONENT: Enric Argullol i Murgadas

Resolució d'un contracte d'obres formalitzat per un ajuntament i A per a la urbanització i instal·lació de la xarxa elèctrica de la part residencial del sector C

ANTECEDENTS

Es dedueixen del Dictamen.

FONAMENTS JURÍDICS

I. La consellera de Governació i Relacions Institucionals ha tramès la petició de dictamen de l'Ajuntament B sobre la resolució del contracte d'obres formalitzat entre l'entitat local i l'empresa A, per a la urbanització i instal·lació de la xarxa elèctrica de la part residencial del sector C, tram X i tram Y.

La intervenció d'aquesta Comissió Jurídica Assessora es fa a l'empara d'allò que preveuen, d'una banda, l'article 275.3.a) del Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, en relació amb l'article 8.3.e) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, reguladora d'aquesta Comissió; i, d'una altra, l'article 211.3.a) del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP), que estableix la intervenció preceptiva de l'alt òrgan consultiu en els supòsits de resolució contractual amb oposició per part del contractista. En el present cas es dona oposició de l'empresa adjudicatària a la vista de les al·legacions efectuades en el tràmit d'audiència conferit per la representació del contractista conjuntament amb l'administrador concursal.

La proposta de resolució del contracte es fonamenta en la causa prevista en l'article 237.3 del TRLCSP. La proposta de resolució estableix un saldo a favor de l'Ajuntament per un import de 45.495,67 euros.

Respecte a aquesta sol·licitud de dictamen, cal especificar, en primer lloc, el dret aplicable al procediment de resolució, d'acord amb la doctrina reiteradament expressada per aquest òrgan consultiu. Pel que fa al procediment de resolució, s'han d'observar els tràmits previstos pel Text refós de la Llei 30/2007, de 30 de setembre, de contractes del sector públic, en la versió vigent a la data d'incoació d'aquest procediment —el 21 de febrer de 2014—, això és, amb les modificacions després de la promulgació del Text refós, i en el Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques. En canvi,

quant al règim substantiu aplicable a la resolució, d'acord amb la disposició transitòria primera de la Llei 30/2007, la normativa aplicable és la de la data d'adjudicació del contracte –el 10 de gener de 2010–, per tant, l'esmentat Text refós.

II. Pel que fa als aspectes formals, s'observa que l'expedient es troba indexat i paginat i que s'hi ha incorporat l'expedient relatiu a l'adjudicació del contracte que es proposa resoldre.

La tramitació s'ajusta a la normativa d'aplicació. Consta en l'expedient l'Acord d'incoació de l'expedient de resolució contractual de 21 de febrer de 2014, la notificació a l'empresa adjudicatària, i que s'ha realitzat el tràmit d'audiència. S'hi ha incorporat els informes de l'arquitecte municipal, de la cap del Servei de Contractació i Compres, de la Intervenció i de la Secretaria de l'Ajuntament i la proposta de resolució.

III. Cal examinar, a continuació, les dades més significatives en relació amb la resolució del contracte.

Per Decret de l'alcaldia de 18 de gener de 2010, es va adjudicar el contracte d'obres d'urbanització i instal·lació de la xarxa de subministrament elèctric del Projecte d'urbanització de vials de la part residencial del sector C tram X i tram Y, a favor de l'empresa, per un import de 532.989,64 euros (IVA exclòs). El termini d'execució de les obres es va fixar en 6 mesos comptats a partir del dia següent a l'acta de comprovació de replanteig, que es va signar el 26 d'abril de 2010.

El 17 de maig de 2012, l'empresa adjudicatària del contracte va presentar un escrit en el qual sol·licitava que l'Ajuntament acordés suspendre el contracte indicat de conformitat amb el previst en l'article 220 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, atès que les obres s'han aturat en diverses ocasions per causes no imputables a l'empresa adjudicatària. En concret, s'assenyala que es van aturar definitivament el 8 de novembre de 2011 i el 5 de març de 2012 es va comunicar a l'empresa que no se n'autoritzava la continuació.

El 5 de gener de 2012, es procedeix a la recepció parcial de les obres –tram Z–, entre els carrers D i E, amb la subscripció del document corresponent pel facultatiu municipal i el representant del contractista.

D'altra banda, mitjançant Interlocutòria de 3 de juny de 2013, el Jutjat Mercantil núm. 1 de Girona va declarar la mercantil en concurs de creditors.

El 21 de febrer de 2014, l'arquitecte municipal, director de les obres, va proposar iniciar els tràmits corresponents per a resoldre el contracte. Especifica que, a efectes de la resolució del contracte, en aplicació dels articles 215 i 220 de la Llei 30/2007, es considera el 30 d'abril de 2012 com la data d'interrupció de les obres, i que l'import de les obres pendents d'executar en data 17



de maig de 2012 és de 122.238,30 euros, IVA exclòs. D'altra banda, s'afirma que la millora oferta per l'empresa adjudicatària de les obres –consistent en el subministrament i instal·lació de 20 unitats de llum complet, model Lavinia, d'Iguzzini, per un import de 75.517,40 euros, IVA exclòs–, acceptada en el procediment d'adjudicació del contracte, no s'ha realitzat. Així mateix, es proposa liquidar les obres, i s'especifiquen els drets i les obligacions de les parts, amb un saldo deutor del contractista de 45.495,67 euros, que es genera principalment per la inclusió de les millores ofertes i no executades.

Per Decret de l'alcaldia de 21 de febrer de 2014 se suspenen les obres d'urbanització i s'inicia un procediment de resolució contractual, d'acord amb la causa prevista en l'article 237.c) del Text refós, per entendre que s'ha produït una interrupció superior a 8 mesos. Es considera el 30 d'abril de 2012 com a data d'interrupció de les obres. S'assumeix la proposta de liquidació formulada per l'arquitecte municipal. Finalment, es procedeix provisionalment, i de manera preventiva, mentre no es resolgui sobre la resolució del contracte, a la confiscació de la garantia definitiva per a fer efectiva la quantitat resultant a favor de l'Ajuntament, una vegada efectuada la liquidació.

El 14 de març de 2014, la representació de l'empresa A, conjuntament amb l'administrador concursal, han presentar un escrit d'al·legacions en el qual manifesten l'acord sobre la causa de resolució aplicada, però discrepen amb el fet que se'ls descomptin les millores no executades en la part proporcional de l'obra executada.

Així mateix, consideren que els interessos de demora s'han de calcular des del 7 de juliol de 2012, ja que declaren que les obres es van aturar definitivament el 8 de novembre de 2011, i s'han de computar d'acord amb el previst en la Llei 3/2004, de lluita contra la morositat, segons l'establert en l'article 216.4 del Text refós de la Llei 30/2007, i s'estableixen en 1.588,02 euros.

També se sol·licita una indemnització per danys i perjudicis, que inclou el cost financer de manteniment de l'aval, el tècnic d'A, l'increment de despeses generals, el manteniment de l'obra del tram Y i del tram X, el lloguer de tanques, el manteniment de tanques i materials en estoc i transport de retirada. En total, fixa l'import en 103.369,92 euros i, finalment, demana la devolució de la garantia.

IV. Les posicions de l'Ajuntament contractant i l'empresa contractista coincideixen en l'admissió de la causa de resolució contractual. En concret, el desistiment o suspensió de les obres per un termini superior a 8 mesos, acordat per l'Administració (art. 237.c) del TRLCSP i art. 171 del Reial decret 1098/2001). Per tant, una circumstància decidida per l'Administració. Ara bé, les parts discrepen, en diversa intensitat, sobre els extrems de la proposta de liquidació. Cal recordar que, segons l'article 239.4 del mateix text legal, en aquests supòsits el contractista té dret al 6 per cent del preu de les obres deixades de realitzar en concepte de benefici industrial. En tot

cas, en la consideració de les discrepàncies entorn dels termes de la liquidació, caldrà tenir present sempre que la resolució es produeix per suspensió acordada per l'Administració contractant i no per abandonament del contractista.

D'altra banda, davant l'existència d'una altra causa de resolució –la declaració judicial del contractista en concurs de creditors– l'Administració municipal ha seguit la doctrina dels òrgans consultius, que, amb matisacions, propugnen la preferència per l'ordre cronològic d'aparició de les causes. En aquest sentit, només recordem la doctrina del Consell d'Estat sintetitzada en el Dictamen 2230/2004, en què posa de manifest que *«De acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo de Estado, con carácter general en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico. Dicha doctrina resulta de numerosos dictámenes, entre los que cabe citar los números 37.688, 34.387, 54.205, 55.262, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91 y 719/91, de 20 de junio de 1991, 1.656/92, de 27 de enero de 1993, 712/94, de 23 de junio de 1994, y 740/95 y 741/95, de 25 de mayo de 1995. Es paradigmático de esta doctrina el dictamen número 47.892, de 4 de julio de 1985, en el que se dice que “cuando concurren diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción debe atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”»*.

Amb el benentès que s'ha d'entendre que “[...] la causa primeramente perfeccionada en el tiempo –es decir, aquella que ha quedado integrada por todos y cada uno de sus perfiles institucionales– será, por tanto, la que rija el régimen sustantivo de la resolución”.

La posició de l'Ajuntament, aollint aquest plantejament, això és, l'aplicació de la primera causa apareguda, el desistiment o la suspensió decidida per l'Administració, ha estat acceptada, com s'ha dit, pel contractista.

En resum, ens trobem en un procediment de resolució contractual per decisió de l'Administració sense culpabilitat del contractista.

Com que l'oposició de la societat mercantil contractant es concreta en diversos extrems de la proposta de liquidació, examinarem successivament el paper de les millores ofertes, la data per a la generació d'interessos, les despeses de manteniment i la funció de la garantia definitiva.

V. En el Plec de clàusules administratives i econòmiques particulars que va regir el procediment d'adjudicació d'aquest contracte es preveia, en la clàusula XI.B (criteris de valoració que depenen d'un judici de valor), apartat 2, les millores del projecte que podien representar fins a 15 punts en la valoració de les ofertes, i es puntualitzava que l'import final de les millores s'entenia com a pressupost de contracte, sense l'aplicació de la baixa obtinguda. Segons es desprèn de la documentació d'adjudicació, les millores ofertes pel contractista duplicaven la del següent



concurrent més alt i així es reflecteix a la valoració (11.33 punts respecte de 6.06). Plantejada la possibilitat de baixa desproporcionada, en el procediment previst per l'article 136 LCSP, en la compareixença el contractista va adduir raons tant sobre les millores com respecte a l'oferta econòmica. Tots aquests elements permeten afirmar que les millores ofertes, i acceptades en el procediment d'adjudicació, formen part del contracte i de les seves condicions, encara que no apareixen expressament en la seva formalització.

Cal plantejar quina repercussió han de tenir en la liquidació del contracte. Segons s'afirma en l'expedient, i no es discuteix, les millores, que representaven un cost perfectament definit per al contractista, no es van executar. En la proposta de resolució es consideren un deute pendent del contractista.

Aquest entén, d'una banda, que no formen part del contracte i, de l'altra, que la direcció facultativa no les va admetre; i, a més, en la recepció de les obres acabades el 5 de gener de 2012 el representant municipal va expressar que les obres "estan acabades i en bon estat, de conformitat amb les prescripcions tècniques i administratives del contracte".

Ara bé, com hem dit, les millores van quedar, amb l'adjudicació, integrades en el contracte i formen part de les prestacions previstes. Així mateix, no consta la inadmissió per part de la direcció facultativa al·legada i, en canvi, és certa la referència a l'acte de recepció parcial.

Des d'un punt de vista material, les millores incideixen substancialment en l'economia del contracte. El contracte es va adjudicar per 532.989,64 euros (IVA exclòs). Les millores ofertes estaven pressupostades en 87.600,18 euros. La no realització d'aquestes implica un desequilibri en el contracte.

En el moment de suspendre les obres les certificacions emeses suposaven 410.775 euros (IVA exclòs) i l'import adjudicat pendent era de 122.238,30 euros (IVA exclòs). El percentatge de millores igual a l'import executat, però no realitzades, era de 58.197,89 euros. Dit amb altres paraules, les obres realitzades, en fer-se sense millores, havien implicat un estalvi respecte de la quantitat convinguda pel contractista.

Enfront d'aquesta situació, l'Ajuntament entén que la liquidació ha de corregir aquest desajust, encara que, com hem vist, res va advertir en recepcionar les obres.

D'acord amb la clàusula XX del Plec abans esmentat, "en el moment de recepció de les obres es comprovarà, en particular, el compliment pel contractista de les següents obligacions [...] c) el compliment dels criteris d'adjudicació; d) el compliment de les condicions d'execució [...]".

Ara bé, el silenci o l'error en fer-se una recepció parcial d'obres no soluciona el desajust en l'execució del contracte per manca d'execució de les millores ofertes, de manera que s'ha de corregir, en fase de liquidació, aquesta desviació.

VI. Quant al termini per a establir els interessos de demora, l'Ajuntament situa el *dies a quo* en el 30 de desembre de 2012 –8 mesos després del 30 d'abril–, mentre que el contractista el situa en el 7 de juliol de 2012, perquè entén que les obres es van aturar definitivament el 8 de novembre de 2011. Ara bé, va ser el 17 de maig de 2012 quan l'empresa contractista va sol·licitar-ne la suspensió al·legant la interrupció de les obres.

En l'informe del Servei de Contractació i Compres de l'Ajuntament es descriuen diverses vicissituds: el 25 d'octubre de 2010 les obres pateixen una aturada per causes atribuïbles al subministrament d'electricitat i telefonia; el 14 de febrer de 2011 es recomencen; el 20 de maig de 2011 es concedeix una pròrroga de 5 mesos; el 4 d'octubre de 2011 s'atorga una altra pròrroga, i el 4 de gener de 2012 una de nova, fins al 30 de juny de 2012; el 5 de gener de 2012 es recepcionen les obres del tram Z, que entra en servei.

Aquestes dades, i la inexistència de documentació que n'avalí el plantejament, no permeten acceptar les dates indicades per la contractista.

VII. En relació amb les despeses de manteniment, la discrepància de les parts se centra en els conceptes i, després, en la valoració. Ara bé, de l'expedient no es pot deduir si, quan i a causa de què, es produeix l'allargament dels terminis. De les poques dades sobre aquesta qüestió consta que una primera interrupció va ser per causes alienes a ambdues parts (electricitat i telefonia). Sense més informació, no és possible atribuir a l'Administració les despeses al·ludides, o assenyalar que corresponen a la contractista. En tot cas, no troba suport que aquesta quasi sempre faci el càlcul en funció dels 37 mesos que van transcórrer entre el 25 d'octubre de 2010 –termini inicial de finalització– i l'inici de l'expedient de resolució el 20 de febrer de 2014, quan s'han produït pròrroques i recepció parcial de les obres. També és una dada significativa que en l'acta de recepció no constés cap observació sobre aquestes qüestions.

Prenent com a referència la data utilitzada per l'Ajuntament –30 de desembre de 2012– són procedents els conceptes reclamats per la contractista en relació amb el cost financer del manteniment de l'aval, sempre que es diferenciï la part relativa a l'obra recepcionada i la pendent d'executar. Només aquesta segona part podria ser procedent.

No es justifiquen les despeses relatives al cost per les interrupcions, ni l'increment de despeses generals, ni la responsabilitat de l'Administració sobre això. Per tant, no són admissibles les quantitats reclamades per aquests conceptes.

En relació amb el manteniment de l'obra, les dues parts coincideixen en el concepte, però de nou la periodificació no coincideix en situar l'empresa contractista el dia inicial, com si totes les interrupcions i retards fossin provocats per l'Administració, sense justificar-ho. El concepte és procedent, però la quantificació s'hauria de refer d'acord amb les coordenades esmentades.



També en el lloguer i manteniment de tanques les dues parts coincideixen en els conceptes, però la quantificació divergeix segons la periodificació.

Finalment, l'empresa contractista inclou un concepte, que l'Administració no preveu, que és el de "materials en *stock* i transport retirada", i adjunta una relació de despeses. Ara bé, la informació és escassa i no permet verificar si són despeses incloses en el pressupost del contracte i no incloses en les certificacions lliurades i abonades. Si són previstes i no abonades anteriorment, és procedent la demanda de la part contractista.

VIII. La clàusula XVIII del Plec esmentat regula les garanties amb remissió a l'article 88 de l'LCSP (100 del TRLCSP) pel que fa a les responsabilitats que es garanteixen, i amb la prescripció que la garantia serà retornada al contractista un cop transcorregut el termini de garantia ofert, a comptar des de la data de formalització de l'acte de recepció de les obres. En aquest cas, es va oferir un termini de cinc anys addicionals, expressió que s'ha d'entendre que són cinc anys a sumar a l'any que, com a mínim, exigia el Plec, d'acord amb les previsions legals.

El contracte, la resolució del qual s'examina, s'ha executat en part –més del 77 per cent– amb recepció parcial d'obres, de manera que es podrien plantejar dos règims diferents pel que fa a la devolució, ja que, com prescriu l'article 102.1 del TRLCSP, no s'ha de tornar o cancel·lar la garantia fins que no s'hagi produït el venciment del termini de garantia i s'hagi complert satisfactòriament el contracte, o fins que es declari la resolució del contracte sense culpa del contractista.

S'examinen, a continuació, i de manera separada, les responsabilitats cobertes per la garantia i la qüestió de la devolució.

Pel que fa a la devolució, en aquest cas la resolució del contracte no implicaria la devolució, almenys en el percentatge que ha d'assegurar durant el termini ofert l'obra recepcionada. Això és, almenys el 77 % de la devolució dependria del transcurs del termini de garantia i el compliment satisfactori del contracte. Ara bé, l'article 102.3 del TRLCSP determina que en el cas de recepció parcial, que és el supòsit present, el contractista només pot sol·licitar la devolució o cancel·lació de la part proporcional de la garantia quan així s'autoritzi expressament en el plec de clàusules administratives particulars. El Plec que regeix aquest contracte, i en concret la clàusula XVIII, que regula les garanties, no ho preveu. En conseqüència, la totalitat de la garantia ha de seguir el règim de devolució lligat a la recepció parcial de les obres.

L'article 100.b) del TRLCSP disposa que la garantia respon "De l'execució correcta de les prestacions previstes en el contracte [...]". És a aquest precepte que s'acull el Decret de l'alcaldia de 21 de febrer de 2014 per a procedir a una confiscació provisional.

Ara bé, una interpretació conjunta dels preceptes de la llei que regulen la garantia, la seva devolució, la resolució dels contractes i les penalitats per execució defectuosa i retards permet establir règims diferents, i només en supòsits extrems es pot procedir a la confiscació.

Cal tenir en compte, a més, que en el cas present la causa de resolució posa en relleu que en aquesta no hi ha culpa del contractista, amb la conseqüència que no és procedent proposar una confiscació de la garantia a l'empara de l'article 100.c) del TRLCSP.

Ara bé, la cobertura de responsabilitats per la garantia, prevista en l'article 100 del TRLCSP, abasta el pagament del deute corresponent a la liquidació final del contracte. Així ho van assenyalar les sentències del Tribunal Suprem d'11 de juny de 1996 i 22 de març de 2005. Per tant, aprovada la liquidació i abans de la devolució de la garantia, podrà executar-se sobre aquesta el deute que es pugui donar a favor de l'Administració, però, en canvi, no és procedent, en aquest cas, la confiscació, ni provisional ni definitiva de la garantia.

IX. La causa de resolució al·legada es correspon amb les dades que consten en l'expedient. En ser per suspensió o desistiment de l'Administració no és procedent la reparació de danys i perjudicis per part del contractista. De fet, es pot afirmar que es dona una acord en identificar la causa entre l'Ajuntament i l'empresa contractant. En conseqüència, és procedent, com s'ha fet, entrar en la liquidació del contracte.

En el compte de liquidació s'ha de tenir en compte tant la no-realització de les millores ofertes per la contractista i acceptades pel contractant, com la indemnització del benefici en els termes legals i les despeses generades per la interrupció de les obres objecte del contracte pel que fa a l'aval financer, el manteniment de les obres, les mesures protectores i les activitats finals en les condicions esmentades.

No és procedent confiscar la garantia, sobre la qual, però, pot executar-se el deute que resulti –si escau– de la liquidació abans de la seva devolució en finalitzar el període de garantia.

CONCLUSIÓ

S'informa favorablement, en els termes que consten en els fonaments jurídics anteriors, sobre la resolució d'un contracte d'obres formalitzat per l'Ajuntament B i l'empresa A per a la urbanització i instal·lació de la xarxa elèctrica de la part residencial del sector C.