



**DICTAMEN: 14/2015, de 15 de gener**

MATÈRIA: Contractes

DEPARTAMENT: Governació i Relacions Institucionals

PONENT: Lluís Saura i Lluvià

**Resolució del contracte d'obres per a la construcció d'un auditori municipal formalitzat entre un ajuntament i una empresa**

ANTECEDENTS

Es dedueixen del Dictamen.

FONAMENTS JURÍDICS

I. Objecte del contracte del qual es pretén la resolució i competència de la Comissió Jurídica Assessora

La vicepresidenta del Govern i consellera de Governació i Relacions Institucionals ha tramès a aquesta Comissió Jurídica Assessora la petició de dictamen formulada per l'Ajuntament A per a resoldre el contracte administratiu d'obres del projecte executiu de l'auditori municipal, adjudicat a l'empresa B, per incompliment culpable del contractista, consistent en la demora en l'execució i en altres incompliments.

Les obres projectades s'estructuren en planta soterrani, planta baixa, planta primera i caixa escènica, i l'emplaçament és el solar ubicat entre el carrer D i el carrer E. L'espai havia de disposar d'una sala d'usos múltiples i, entre altres espais, disposarà de magatzem, lavabos, camerinos, despatxos i bar. També estava inclòs en l'objecte del contracte, com a obligació essencial d'aquest, la construcció de les grades retràctils segons les especificacions tècniques que figuren en el projecte, així com els sistemes mecànics i la instal·lació per al seu funcionament.

La intervenció preceptiva d'aquest òrgan consultiu deriva dels articles 8.3.e) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, de la Comissió Jurídica Assessora, i 275.3 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 (TRLMRLC). Així mateix, el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora té caràcter preceptiu de conformitat amb l'article 197.1 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (LCSP), en els supòsits de resolució contractual quan es formuli oposició per part del contractista. En el present cas, es dóna oposició de l'empresa adjudicatària en vista de les al·legacions formulades en l'expedient de resolució del contracte.

## II. Règim jurídic aplicable al contracte

El 2 de juny de 2011, la Junta de Govern Local va adjudicar el contracte a l'empresa B per un import d'1.889.388,60 euros, més 340.089,90 euros d'IVA, amb un import total de 2.229.478,50 euros. El contracte es va formalitzar en document administratiu l'11 de juliol de 2011.

Per tal de poder determinar quin és el règim jurídic aplicable, cal tenir present que, de conformitat amb el que disposa l'apartat segon de la disposició transitòria primera del Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP), aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, actualment vigent, els contractes administratius adjudicats abans d'entrar en vigor la present llei es regeixen, pel que fa als efectes, el compliment i l'extinció, inclosa la duració i el règim de pròrrogues, per la normativa anterior. Així, doncs, el règim jurídic aplicable al contracte, per raons cronològiques i d'acord amb la disposició transitòria referida, és la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (LCSP), amb les modificacions introduïdes per la Llei 34/2010, que va entrar en vigor el 9 de setembre de 2010, i per les modificacions introduïdes per la Llei 2/2011, d'economia sostenible, en vigor des del 7 de març.

En el Plec de clàusules administratives particulars, en l'apartat XL, s'estableix que, en tot allò que no estigui previst en el plec i en el projecte d'obres, s'estarà a allò que disposa l'LCSP; el Reial decret 817/2009, de 8 de maig, pel qual es desplega parcialment la Llei 30/2007, i el Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei de contractes del sector públic, en tot allò que no contradigui l'LCSP i el seu reglament.

## III. L'expedient de resolució del contracte

L'expedient tramès s'estructura en quatre parts: I. Expedient general; II. Expedient modificat; III. Subcontractació, i IV. Expedient de resolució. Aquest darrer és el que conté pròpiament les actuacions que configuren l'expedient de resolució contractual. Els documents només apareixen indicats i numerats en l'índex, però no en els expedients, i, a més, tampoc no vénen foliats, la qual cosa no facilita l'anàlisi del contingut, a part de desatendre les prescripcions que, en aquest punt, imposa l'article 46.2 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

Amb independència de les actuacions que consten en els expedients I, II i III, hi ha informes que són els que han determinat l'inici de l'expedient de resolució, i que són els següents:

- l'informe de l'arquitecte municipal de 23 d'abril de 2014, en què proposa resoldre el contracte per exhauriment del termini d'execució;
- l'informe conjunt de la Secretaria i de la Intervenció, de 6 de maig de 2014, que conté un relat històric de les principals vicissituds per les quals ha passat el contracte i que proposa resoldre'l;



– l'informe de l'arquitecte municipal de 30 de juny de 2014 (que completa els informes del mateix tècnic de 8 de maig i de 6 de juny), que proposa resoldre el contracte per retard en l'execució i la construcció, deficient en sistemes, solucions i materials instal·lats, i que incompleix ordres d'execució de la direcció facultativa i construeix l'edifici en l'ordre que ha considerat més favorable al seu interès econòmic, en contra de la bona praxi de la construcció.

Amb aquests antecedents, la Junta de Govern Local, seguint la proposta d'alcaldia de 30 de juny de 2014, va acordar per unanimitat, en la sessió de 2 de juliol de 2014, iniciar l'expedient. Si bé l'òrgan de contractació és el Ple de la corporació, en aplicació de la disposició addicional segona de l'LCSP, la clàusula IV del Plec de clàusules administratives particulars conté una delegació del Ple a favor de la Junta per a aprovar els acords posteriors a la licitació de l'obra.

S'ha complert allò establert en l'article 109 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, atès que s'ha atorgat audiència a l'empresa contractista, que hi ha formulat al·legacions en data 11 d'agost de 2014.

També consta incorporat a l'expedient l'informe tècnic de les al·legacions, de 25 d'agost, i l'informe, preceptiu segons l'article 275.1.a) del TRLMRLC, emès conjuntament per la Secretaria i la Intervenció el 17 de setembre de 2014.

El mateix dia 17 de setembre, la Junta de Govern Local va proposar sol·licitar el dictamen preceptiu a aquest òrgan consultiu, suspendre el termini per a resoldre i donar trasllat de l'expedient, "adjuntant còpia de la proposta de resolució que es pretén adoptar". No obstant això, la proposta no consta, com a tal proposta, en l'expedient que s'ha tramès, tot i que la resolució diu que "En l'expedient consta la proposta de resolució del contracte de referència que es pretén adoptar un cop s'hagi emès el dictamen de la Comissió Jurídica". Per aquesta raó, sens perjudici de posar en relleu la irregularitat jurídica en què s'ha incorregut amb aquesta manera de procedir, ja que s'ha desatès la prescripció que imposa l'article 27.3 del Decret 69/2006, d'11 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament d'organització i funcionament de la Comissió Jurídica Assessora, aquest òrgan consultiu considera que, en aquest cas, les raons que hauria de contenir la proposta són les que sorgeixen dels informes tècnics i de la Secretaria i Intervenció als quals s'ha fet referència, prou explícits i raonats.

Amb aquests antecedents, i amb la dificultat que la proposta de resolució no conté una descripció fàctica ni una anàlisi jurídica que formalitzi quin és el contingut de la prerrogativa de resolució que correspon a l'Ajuntament, aquest òrgan consultiu tractarà tot seguit el que, a partir del que es diu en els informes abans esmentats, són les causes de resolució.

#### **IV. Les causes de resolució contractual**

De l'examen dels informes als quals abans s'ha fet referència, les causes que de fet conformen la proposta de resolució del contracte no explícitament formalitzada són les següents:

##### **IV. 1. Incompliment del termini d'execució del contracte**

La clàusula XII del Plec, relativa a la durada del contracte, estableix que l'execució de les obres s'haurà de dur a terme en un termini de setze mesos, comptadors des de la data de la signatura de l'acta de comprovació del replantejament de les obres. Aquesta acta es va signar el 12 de setembre de 2011, per la qual cosa les obres havien de finalitzar el 12 de gener de 2013. L'empresa va demanar una primera pròrroga el 10 de gener de 2013, que li va ser concedida fins al 30 de juny de 2013. El 14 de juny en va demanar una segona fins al 30 de desembre de 2013, però li van denegar expressament.

En els informes tècnics es diu que al juny de 2014 manca finalitzar el 63,72 % de les obres, per la qual cosa es pot presumir racionalment la impossibilitat del compliment del contracte, i, en d'altres, s'indica que, ultrapassat amb escreix el termini, aquest s'ha de considerar resolt. L'examen de la documentació fotogràfica que acompanya les actes aixecades per l'arquitecte tècnic en els informes posa en relleu que, com en aquests es constata, l'obra està molt lluny de finalitzar.

De fet, i tenint en compte el retard inicial en la conformitat al replanteig, no imputable al contractista, i la pròrroga, que acabava el 30 de juny de 2013, la realitat és que, transcorregut pràcticament un any des que va finalitzar la pròrroga, manca encara el 36,28 % d'obra per executar.

##### **IV. 2. Incompliment de les ordres de la direcció facultativa de l'obra**

La clàusula XXVI del Plec de clàusules administratives particulars i el punt vuitè del contracte imposen a la contractista l'obligació de subjectar-se al projecte que serveix de base al contracte i d'acord amb les instruccions que en interpretació tècnica d'aquest li doni el director facultatiu de les obres.

Els informes tècnics posen en relleu que, durant el transcurs del primer període de pròrroga, cap al mes de març i d'abril de 2013, la contractista va començar a presentar una relació de preus que anomenava contradictoris, i que de fet sobrevaloraven feines que ja estaven executades, tot això davant la impossibilitat de complir el preu de l'oferta inicial. S'afegeix que aquesta manera de funcionar es va convertir en insostenible, fins al punt que l'empresa construïa l'edifici només en les parts en què tenia marge o s'havien pactat solucions que li eren prou avantatjoses, i va arribar a l'absurd de construir primer l'interior que l'exterior, que a juny de 2014 es troba desproporcionadament avançat per l'aspecte exterior de l'obra i en contra de la correlació lògica dels treballs de construcció. Així es constata en la documentació fotogràfica que il·lustra les actes.



Aquesta acció de l'empresa contractada va provocar, com s'explica en l'informe, un seguit d'ordres emeses per la direcció facultativa, referides als punts següents, que no s'han complert: encarregar la fabricació i la col·locació del panell sandvitx amb cobertura, desmuntar el cel ras de la planta primera, reforçar les llindes de les finestres, substituir diverses portes del primer pis i del soterrani, contractar i encarregar la subestructura de coberta, i executar la concessió provisional adequada de la xarxa d'aigües pluvials.

#### **IV. 3. Incompliment de la qualitat dels materials instal·lats**

Conforme a la clàusula XXXIV del Plec i al punt vuitè del contracte, sobre el control de qualitat, l'Ajuntament podrà efectuar amb càrrec al contractista els assajos i les proves de qualitat de sòls, materials, formigons i altres elements que requereixi la realització de les obres, i que s'especifiquin en l'estat d'amidaments del Projecte, i el contractista haurà de donar tota classe de facilitats i prestacions auxiliars per a realitzar-les.

Com s'explica en l'informe, vist que la contractista no aportava els certificats de compliment tècnic per a estudiar la idoneïtat de cada producte prèviament a col·locar-lo, es va encarregar un informe tècnic extern, que va portar a dubtar de la qualitat i conveniència d'acceptar algunes de les solucions construïdes i dels materials instal·lats, per la qual cosa s'ha reclamat a la contractista els certificats de comanda i subministrament de tot el que consta a l'obra. Com que no ha aportat la documentació, s'incompleix amb l'obligació d'aportar els certificats de comanda i subministrament dels materials instal·lats a l'obra i els propers a ser instal·lats.

#### **IV. 4. Incompliment de la condició especial del contracte de contractar cinc persones que es trobin en situació d'atur**

L'apartat VIII del Plec de clàusules administratives particulars i el punt quart del contracte estableixen com a condició especial d'execució del contracte que l'adjudicatari contracti cinc persones que es trobin en situació d'atur, com a nou personal, per a la totalitat de l'execució de l'obra.

Aquest incompliment ja va provocar un expedient sancionador, i dels informes que consten en l'expedient es desprèn que el nombre total de persones que s'han contractat no ha arribat al mínim de cinc i la durada dels contractes no s'ha mantingut durant tot el transcurs de l'execució, fins al punt que des del mes de setembre de 2013 no hi ha ningú, segons es constata en l'informe tècnic, contractat de l'atur. D'altra banda, l'empresa no ha facilitat en cap moment la relació de treballadors en situació d'atur i contractats per a l'execució de l'obra.

#### **IV. 5. Incompliment de l'obligació essencial del contracte de construir grades retràctils segons especificacions tècniques del projecte d'execució de l'auditori**

El Plec de clàusules administratives particulars que regeix la licitació, en el punt I, relatiu a l'objecte del contracte, indica que "forma part de l'objecte del contracte, essent obligació essencial d'aquest, la construcció de les grades retràctils segons les especificacions tècniques que figuren al projecte de referència, així com els sistemes mecànics i instal·lació per al seu funcionament".

Els informes emesos sobre l'estat de l'obra i la documentació gràfica que els acompanya revelen que les grades retràctils no han estat construïdes, sense que qui assumeix aquesta obligació contractual hagi especificat les raons per les quals no s'han realitzat.

**V.** La posició de la contractista i les incidències a què es refereix, i que van tenir lloc entre la signatura del contracte i abans d'iniciar l'expedient de resolució

Davant els incompliments contractuals, en l'escrit d'al·legacions de data 8 d'agost de 2014, la contractista s'oposa a l'expedient de resolució del contracte i manifesta, en síntesi, que tant el retard inicial de l'obra com la manca d'aprovació de les modificacions del projecte (proposades per la direcció facultativa de l'empresa C), com l'extinció anticipada del contracte amb C són les causes del retard imputables a l'Ajuntament. Considera que l'actuació de l'Ajuntament ha provocat una alteració de l'objecte del contracte que va adjudicar a B, amb especial repercussió en l'abast i en el termini d'execució.

Manifesta que l'Ajuntament ha abusat notablement del *ius variandi*, i ha utilitzat el contracte per a executar obres diferents de les contractades, prescindint de les formalitats i els requisits als quals està obligat. Afirmar que ha existit una actuació negligent de l'Ajuntament que ha provocat la suspensió de les obres en diverses ocasions i, per tant, un retard i un desequilibri econòmic del contracte. En definitiva, afirma que l'Ajuntament ha modificat el contracte sense seguir el procediment previst legalment i ha generat un important desequilibri econòmic a la contractista.

En l'escrit sol·licita que li concedeixin una pròrroga del termini d'execució que sigui concordant amb les incidències produïdes durant el desenvolupament dels treballs, i que es tramiti i regularitzin les obres no previstes en el contracte i que la contractista ha executat a petició de l'Ajuntament.

Per a valorar la situació crítica en què es troba el compliment del contracte formalitzat l'11 de juliol de 2011 i que tenia un termini d'execució inicialment previst de setze mesos, i en vista de les al·legacions que exposa la contractista, convé tenir en compte alguns elements que, tot i que no són decisius a l'hora de valorar les circumstàncies que l'Ajuntament presenta com a incompliments determinants de la resolució, formen part de la documentació que s'ha tramès a aquest òrgan consultiu en forma d'expedients independents, i que es resumeixen de la manera següent:

D'entrada, hi va haver una demora en la signatura de l'acta de replantejament que no va ser imputable a la contractista, sinó al fet que l'Ajuntament no havia adjudicat la direcció facultativa de



l'obra, de manera que fins que això no va tenir lloc es va haver de suspendre el termini per a iniciar les obres durant dos mesos, ja que l'acta de replantejament no es va signar fins al 12 de setembre de 2011.

Per raó de les pluges i perquè les obres van quedar afectades per apilament de materials d'unes obres que es realitzaven en la finca contigua, es van iniciar més tard del previst, i tenint en compte que s'alentien, l'1 de febrer de 2012, l'Ajuntament va iniciar un procediment sancionador contra l'empresa per retards en l'execució i per no haver contractat les persones en situació d'atur com estava obligada a fer, i, per Resolució d'alcaldia de 10 d'abril de 2012, va imposar-li una sanció de 4.235,96 euros.

L'11 d'abril de 2012, es va iniciar la tramitació d'una modificació del contracte, que tenia per objecte substituir l'estructura inicial prevista en el projecte per una de metàl·lica, circumstància que, mentre no es resolva, va donar lloc a un nou alentiment de les obres, i l'expedient va finalitzar per una Resolució, d'11 de juliol de 2012, que en denegava la modificació, tot i que l'estructura que li donava lloc s'estava realitzant.

Per nous retards en l'execució i per l'emissió de certificacions d'obra que responien a obres no executades, el 24 de setembre de 2012 es va obrir un nou expedient, en el qual l'11 d'octubre de 2012 va recaure una resolució de l'Ajuntament que ordenava la contractista a reintegrar-li 135.000 euros. Interposat recurs de reposició per la contractista, es va estimar en la Resolució de 20 de febrer de 2013, i es va donar conformitat a les noves certificacions que posaven en relleu l'execució de l'obra i es deixa sense efecte l'obligació imposada en la primera resolució.

Finalment, durant l'any 2013 la contractista va demanar les dues pròrrogues a què ja s'ha fet referència, de les quals només li'n van atorgar una, i li van denegar la segona.

## **VI. El parer de la Comissió Jurídica Assessora**

La prerrogativa de què gaudeix l'Administració per a resoldre els contractes administratius és un poder exorbitant que queda justificat quan així ho requereixi l'interès públic inherent a tot contracte de l'Administració, per la qual cosa és necessari apreciar d'una manera estricta les causes que habiliten la resolució contractual en el context dels fets acreditats en l'expedient.

Pel que fa a la causa concreta que preveu l'article 206.d) de l'LCSP –amb la modificació operada per la Llei 34/2010 i per la Llei 2/2011–, es tracta d'una causa que permet a l'Administració resoldre un contracte ja formalitzat davant l'incompliment per part del contractista de les seves obligacions, i, en particular, de les referides als terminis en què s'ha d'executar el contracte.

Com aquesta Comissió ha recordat en el Dictamen 435/2014, en el qual se cita el Dictamen 315/2014, sobre l'aplicació d'aquesta causa de resolució existeix una jurisprudència consolidada

que exigeix el compliment dels requisits següents: a) En primer lloc, és necessari que hi hagi un retard substantiu en el compliment dels terminis d'execució de les obligacions que imposa el contracte (Sentència de 4 de maig de 2005 del Tribunal Suprem); b) En segon lloc, l'incompliment del termini contractual ha de ser culpable. Per a valorar la concurrència de culpa, cal contraposar el comportament del contractista amb un patró de diligència comú a l'estàndard ordinari de les obligacions imposades pel contracte, si són essencials les condicions que s'han donat en el desenvolupament del contracte (Sentència del Tribunal Suprem de 21 de desembre de 2007); c) En tercer lloc, per a procedir a resoldre per aquesta causa és necessari també que existeixi una voluntat deliberada i clara de no complir el contracte (Sentència del Tribunal Suprem de 23 de novembre de 1988). En aquest sentit, quan, malgrat l'incompliment dels terminis, el contractista tingui la voluntat de complir amb el contracte subscrit, l'Administració pot procedir a imposar penalitats per tal d'aconseguir el compliment del contracte, però no pot acudir a la resolució (Sentència de 4 de maig de 2005 del Tribunal Suprem).

Com s'ha exposat, la realitat és que, tenint un termini inicial d'execució que finalitzava el 10 de gener de 2013, i que va ser prorrogat fins al 30 de juny següent, en el moment d'iniciar l'expedient de resolució del contracte –juny de 2014–, només s'havia realitzat el 63,72 % de les obres, per la qual cosa hi ha un retard molt significatiu, d'un any, que és causa de resolució, sense que s'hagi demostrat que l'empresa tingui la veritable voluntat de complir el contracte en els termes que preveu el projecte. El retard és, a més, substancialment imputable a la contractista, ja que, tot i que les múltiples incidències que han tingut lloc des de la signatura del contracte posen en relleu la concurrència de factors que no li són imputables, la realitat és que, juntament amb el retard, la contractista va incomplir obligacions que en el Plec i en el contracte es configuren com a essencials: la construcció de les grades retràctils i la contractació, durant tota l'obra, de cinc persones en situació d'atur. Finalment, la valoració conjunta dels incompliments determinants de la resolució del contracte i la manca d'una prova fefaent que acrediti la voluntat de la contractista per a complir el contracte permeten qualificar l'incompliment de culpable.

Entre les conseqüències associades a la qualificació d'incompliment culpable del contractista, i de conformitat a allò disposat en l'article 208 de l'LCSP, caldrà declarar la confiscació de la fiança, sens perjudici de l'eventual indemnització que correspongui pels danys i perjudicis causats a l'Administració per l'incompliment.

## CONCLUSIÓ

S'informa favorablement sobre la resolució del contracte administratiu d'obres del projecte executiu de l'auditori municipal, formalitzat entre l'Ajuntament A i l'empresa B, per incompliment culpable de la contractista.