

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia
Administrazioaren Ofizio PaperaPapel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

SENTENCIA N.º 110/2022

En Bilbao, a veintinueve de junio de dos mil veintidós.

La Sra. D.^a OLATZ AIZPURUA BIURRARENA, Magistrada del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Bilbao ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 382/2021 y seguido por el Procedimiento Abreviado, en el que se impugna: Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getxo, adoptado en sesión ordinaria celebrada el 26 de octubre de 2.021 por la que, primero, se resuelve el contrato de obra de mejora de la red de abastecimiento de agua potable en varias calles del municipio, adjudicado a la empresa EGIN ERAIKETAK, por incumplimiento culpable del contratista y, segundo, se resuelve incautar la garantía definitiva constituida por la contratista el día 2470772020 y, tercero, entender liquidada la ejecución del contrato, con saldo 0.

Son partes en dicho recurso: como recurrente EGIN ERAIKETAK S.L., representado por la procuradora D.^a LUCILA CANIVELL CHIRAPOZU y dirigido por el letrado D. JON IÑAKI LAVIN SANZ; como demandada AYUNTAMIENTO DE GETXO, dirigido por el letrado del SERVICIO JURIDICO DEL AYUNTAMIENTO DE GETXO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La mercantil EGIN ERAIKETAK ha planteado recurso contencioso administrativo contra Acuerdo del Ayuntamiento de Getxo de 26 de octubre de 2021.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se han seguido las disposiciones legales del procedimiento abreviado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución administrativa impugnada.
El Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getxo de 26 de octubre de 2021 estableció:
Primero. Resolver el contrato de obra de mejora de la red de abastecimiento de agua potable en

varias calles del municipio, adjudicado a la empresa "Eki Eraiketak" por incumplimiento culpable de la contratista.

Segundo. Incautar la garantía definitiva constituida por la citada contratista el 24-07-202 por importe de 6.176,90 euros.

Tercero. Entender liquidada la ejecución del contrato con saldo 0.

La demandante impugna el punto Segundo del Acuerdo, relativo a la incautación de la garantía.

SEGUNDO.- En la demanda se plantea:

El Ayuntamiento de Getxo acuerda resolver el contrato con la única base de un supuesto incumplimiento culpable, al entender que no se ha ejecutado la obra en el plazo contratado.

-El plazo para la finalización de la obra hay que datarlo el 27 de enero de 2021.

Se pactó que fuera de 12 semanas y su interpretación debe ser la de computar los días laborables que supongan 12 semanas. Por ello a fecha 10 de enero de 2021 no se había incurrido en incumplimiento contractual.

-Subsidiariamente. La demora no ha sido debida a causa imputable a la contratista, por lo que no cabe incautación de la fianza.

La mera infracción del plazo contractual no constituye motivo para incautar la fianza, ha de concurrir el requisito de que el incumplimiento del plazo sea imputable al contratista, lo que no ocurre en este caso, pues si bien hubo ralentización de la obra, la misma se produjo por causa ajenas a la contratista.

-Los propios actos del Ayuntamiento de Getxo demuestran inexistencia de incumplimiento por parte de la contratista.

Y así, el 15 de enero de 2021 la técnico municipal les comunica que el plazo del contrato ha terminado por lo que no hay autorización para realizar ninguna cata de localización de acometidas.

El 12 de enero la contratista había solicitado ampliación del plazo de ejecución por quince días más, hasta el 27 de enero.

El Ayuntamiento autorizó que hasta el 1 de febrero se realizarán las obras para rematar la Fase 1, pero impidió que durante esos 15 días se realizarán obras en la Fase 2.

-Principios de moderación, proporcionalidad y buena fe que deben presidir la incautación de la fianza.

Llegado el 10 de enero de 2021 la contratista había culminado la Fase 1 y había solicitado una prórroga de 15 días para ejecutar y colmatar la Fase 2, a la vista de que las vicisitudes ajenas a ella habían impedido que se terminara la obra; lo que le fue denegado en relación a las obras de la Fase 2, aunque se le permitió terminar la Fase 1.

-Inexistencia de daño o perjuicio alguno al Ayuntamiento que justifique la incautación de la garantía.

-Negativa del Ayuntamiento de Getxo a ejecutar la Fase 2.

A tenor del art. 211 de la LCSP hubiera procedido la resolución del contrato cuando el retraso efectivo hubiera llegado al 10 de febrero de 2021, es decir un tercio más del plazo de 4 semanas. Y hubiera sido evidente que a dicha fecha la obra hubiera estado con creces ejecutada en su totalidad. Pero el Ayuntamiento negó esa posibilidad cuando solo se había superado el 6% del plazo, rechazando la ampliación hasta el 33% que permite la Ley.

Solicita que se anule y se deje sin efecto la resolución recurrida en lo relativo a la incautación de la fianza y se condene al Ayuntamiento a que reintegre la misma a la demandante.

En relación a las causas de la demora, se indica que fueron debidas al Ayuntamiento. Concretamente, a este respecto se señala lo siguiente:

-La obra adjudicada consistía en intervenir en dos fases separadas sobre cuatro actuaciones diferentes. De acuerdo al planning de obra, el inicio de ambas fases se realizaría al unísono.

Sin embargo, la técnico municipal, directora de la obra, impuso que se iniciaran en la fase 1 “Urkizu y Alonso” en lugar de por la actuación “Iturribide y Puerto de Orduña”. También impuso que no se iniciara al unísono la fase 2 relativa a la actuación de la Calle San Martín.

Hubo, por tanto, un continuo trastoque del organigrama, solo por conveniencia municipal que afectó al ritmo y rendimiento de las obras y al consiguiente plazo de entrega.

-Nada más empezar la obra se produce un desierto absoluto de la dirección de obra, ya que la técnico municipal que dirigía las obras dejó de estar de forma presencial debido a la pandemia y durante dos semana hubo un vacío de toma de decisiones que afecto de forma crucial al discurrir de la obra, este tipo de obras requieren el trabajo presencial

-Hubo muchos problemas como consecuencia del proyecto de obras y las indefiniciones del mismo que conllevaban una ralentización -diferentes secciones de conducciones a las referidas en los planos-

-Vacaciones por convenio de los proveedores: se dejó de suministrar hormigón y materiales de construcción.

-Hubo ampliaciones y modificaciones de obra que han afectado al plazo.

-Pero sobre todo, el aspecto que más influyó en la ralentización de la obra vino motivado por los cortes de agua en un doble aspecto: la nula actuación del Ayuntamiento para dar aviso a los vecinos de los horarios de los cortes y los retrasos provocados por la brigadas municipales, únicos competentes para cerrar las llaves de paso.

Era el Ayuntamiento el responsable de avisar a los vecinos con antelación suficiente del corte de agua y de los horarios afectados, pero nunca lo hizo.

Y además, la previsión de corte de agua nunca se cumplía por la descoordinación de la técnico municipal con la brigada municipal.. Ello conllevó a la ralentización de la obra e incluso la paralización. A mayor abundamiento, en muchas ocasiones cuando llegaba la brigada municipal para cortar el agua, se encontraba con que las válvulas de sectorización no funcionaban, por lo

que se tenía que suspender todo, reparar o cambiar la llave y volver a solicitar cita para el corte, nuevos carteles anunciadores al vecindario...

La obra nunca estuvo parada, salvo los días del convenio.

TERCERO.- El Ayuntamiento se opone.

-Sobre el plazo para la finalización de la obra.

En el contrato se estipuló que sería de 12 semanas. No hay otra interpretación posible.

-El incumplimiento del plazo es solo imputable a la demandante. En el informe técnico municipal se indica que a la finalización del plazo faltaba por ejecutar el 61,87% de la obra y el motivo fue el incumplimiento del plan de obra ofertado respecto a dedicaciones del personal de equipos propuesto, abandono de la obra en periodo navideño, no disponibilidad en la obra de material, no presencia de señalistas...todas ellas causas imputables al contratista por no haber puesto los medios necesarios.

-No hay responsabilidad alguna de la Administración en el incumplimiento del plazo.

En el informe técnico municipal que obra en el expediente se indica en relación a las alegaciones de la contratista lo siguiente:

-Cuando dice que *“nada más comenzar las obras se produce un desierto absoluto en la Dirección de las obras porque la técnico municipal cae enferma...”*. Es totalmente falso, la técnico municipal no cayó enferma, sino que estuvo confinada una semana en su casa, con el teléfono disponible en todo momento. Además fue el viernes 16 cuando se realizó la comprobación del replanteo junto con la técnico responsable donde dejaron claras las actuaciones a realizar.

-Cuando se dice que *“la obra comienza por donde estaba previsto en el planing y seguidamente se nos ordena abandonar esta fase...”* es totalmente falso, ya que con anterioridad a la firma del acta de replanteo ya se les dio la indicación del punto por el que debía comenzar la obra y de hecho, el acta de replanteo se hace en este punto.

-Cuando se dice. *“no se nos deja asfaltar y terminar la fase 3 ...”*. Es totalmente falso, es el jefe de obra de la contratista el que propone a la dirección de la obra dejar el asfaltado de la calle Urkizu para que lo haga la empresa que va a asfaltar otra obra municipal colindante y la dirección de obra no poner reparos a ello.

-Cuando dice *“problemas como consecuencia del proyecto de obra e indefiniciones del mismo...”* resulta que las indefiniciones que pudieron existir como algún diámetro erróneo en los planos, son imprevistos mínimos y típicos de una obra que no tienen más repercusión que probablemente cambiar el diámetro de alguna pieza o de algún tramo de tubería.

-Cuando se dice *“vacaciones por convenio de trabajadores”* indicar que los coeficientes reductores que se aplican en el estudio de los rendimientos que se utilizan para determinar el plazo de la obra, ya tienen en cuenta estas situaciones, por lo que no debe servir de excusa para justificar el incumplimiento.

-Cundo se dice “*ampliaciones y modificaciones de obra que han afectado...*” indicar que las mismas han sido mínimas, típicas de una obra de abastecimiento y que no afectan al plazo de la obra, pues si lo hubiera hecho, no hubiera habido ningún problema en alargar el contrato.

-Cuando se dice “*pero sobre todo el aspecto que más influyó en la ralentización de la obra fue la nula actuación de Ayuntamiento de Getxo para dar aviso a los vecinos... y los retrasos provocados por las brigadas municipales*”. Indicar que era la contratista en su propia oferta la que indicó que eran ellos los que se encargarían de la colocación de carteles y propusieron la figura de un comunicador para informar antes, durante y al final de la obra a la ciudadanía, de las diferentes fases de la obra, incluyendo cortes de agua. A fecha de finalización de la obra faltaba por ejecutar el 61,87% de las actuaciones

A esta situación se llegó por el incumplimiento del plan de obra ofertado, incumplimiento de dedicación del personal, de equipos propuestos, abandono de la obra en periodo navideño, incumplimiento de adscripción de un comunicador a la obra, no disponibilidad en la obra de material para hacer frente a roturas (según oferta), no presencia de señalistas, no implantación de carteles de avisos, no aplicación de medidas correctoras en caso de desviación del planning. Por ello el incumplimiento es únicamente imputable a la contratista.

CUARTO. Normativa.

El art. 213.3 de la Ley de Contratos del Sector Público establece:

3. 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.

QUINTO.- Sobre el plazo de finalización de la obra.

El plazo de ejecución de la obra se determinó que sería de 12 semanas.

La pretensión de la demandante de que a efectos de determinar el concepto de semana se computen solo los días laborables carece por completo de sustento y es ilógica, además de absurda.

Por ello, debe desestimarse.

SEXTO.- Sobre el incumplimiento y sus causas.

El plazo de ejecución de la obra era de doce semanas a contar desde la fecha del acta de comprobación de replanteo.

Dicha acta se firmó el 19 de octubre de 2020 de manera que la obra tenía que haber finalizado el 10 de enero de 2021.

Según el informe técnico municipal, a la fecha de finalización del contrato, el 10.01.21, faltaba por ejecutar el 61,87% de la obra.

Este incumplimiento determinó que se resolviera el contrato por parte del Ayuntamiento, en el punto primero de la resolución de 26-10-21, en el que se señalaba que la causa era el incumplimiento culpable de la contratista.

Ante la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista, la consecuencia legal es la prevista en el art. 213.3 de la LCSP es decir, la incautación de la garantía, tal como se acordó en la resolución impugnada.

La demandante imputa, sin embargo, el incumplimiento al Ayuntamiento, por los motivos que se analizarán a continuación:

-Señala en primer lugar que la técnico municipal trastocó el planning inicial, impidiendo que las dos fases de las obras se iniciaran al mismo tiempo tal como estaba previsto en el planning y que ello afectó al ritmo y rendimiento de las obras y al consiguiente plazo de entrega.

El Ayuntamiento lo niega y señala que antes del acta de replanteo ya se indicó donde tenían que empezar las obras y así se hizo.

Pues bien, en este punto, aun cuando fuera cierto lo que indica la demandante, lo que no explica es en qué consistió esa afectación del ritmo y rendimiento de las obras, ni que efectivamente tal afectación se hubiera producido.

-Señala en segundo lugar que al comienzo de la obra, como quiera que la técnico municipal, directora de la obra, estuvo confinada por la COVID, se produjo durante dos semanas un vacío absoluto de dirección y de toma de decisiones que afectó de forma crucial al discurrir de la obra. La directora de la obra ha declarado que estuvo confinada una semana en su casa, por ser contacto directo de una persona positivo en COVID, pero que continuó trabajando desde casa y siempre en activo a través del teléfono.

Tampoco en este punto se ha explicado por la demandante qué concretas decisiones de la dirección de obra dejaron de tomarse que hubieran supuesto una paralización de las obras. Nada explica al respecto, ni acredita que tal paralización o ralentización se hubiera producido. La afirmación de que hay decisiones que no se pueden tomar por teléfono y que requieren la presencia física, carece de explicación alguna en relación a qué tipo de decisiones concretas se refiere.

Por tanto, no puede operar como justificación para el incumplimiento contractual.

-Se imputa en tercer lugar al Ayuntamiento que hubo muchos problemas como consecuencia del proyecto de obras y las indefiniciones del mismo que conllevaban una ralentización

Pues bien, no explica ni concreta esos problemas, en qué consistieron, cuándo surgieron o cuánto tardaron en resolverse. Y se trata de datos que es necesario conocer para poder determinar si efectivamente tuvieron la trascendencia que pretende la demandante en cuanto pudieron haber supuesto un retraso en la ejecución de la obra.

-Se imputa también el retraso a las vacaciones del personal en periodo navideño. Se trata de una cuestión que no es imputable al Ayuntamiento y sí a la contratista, que pudo y debió haber previsto esa contingencia en su proyecto.

Por la directora de la obra se informó del abandono de la obra del 23 de diciembre hasta el 11 de enero por vacaciones navideñas, a pesar de haber recibido instrucciones de que debían continuar trabajando; asimismo se informó que habían dejado las obras con agujeros en acera, baches en la calzada, que fueron objeto de quejas vecinales y se tuvo que recurrir a medios municipales para

tratar de minimizar las consecuencias.

-Sobre las ampliaciones y modificaciones de obra que alega la demandante y que según indica afectaron al plazo, no se ha acreditado cuánto tiempo hubo de dedicarse a las mismas, ni por tanto, que hubieran afectado al plazo de finalización de la obra.

Por parte del Ayuntamiento se ha indicado que fueron mínimas y que no afectaron al plazo de ejecución.

- Se imputa, por último, al Ayuntamiento que la obra se ralentizó por los cortes de agua en un doble aspecto: la nula actuación del Ayuntamiento para dar aviso a los vecinos de los horarios de los cortes y los retrasos provocados por la brigadas municipales, únicos competentes para cerrar las llaves de paso. Y que la previsión de corte de agua nunca se cumplía por la descoordinación de la técnico municipal con la brigada municipal.

Sobre esta cuestión, el Ayuntamiento señala que era la contratista en su propia oferta la que indicó que eran ellos los que se encargarían de la colocación de carteles anunciadores de los cortes de agua y propusieron la figura de un comunicador para informar antes, durante y al final de la obra a la ciudadanía, de las diferentes fases de la obra y de los cortes de agua.

Efectivamente, en la oferta de la contratista aquí demandante, estaba prevista la figura del “comunicador de obra” con dedicación plena a la obra, interlocutor entre la constructora y los vecinos, seguimiento diario de las incidencias y afecciones a los vecinos. Asimismo, en la oferta se establecía que se encargarían de la colocación de carteles anunciando los cortes de agua en las viviendas y portales afectados.

En cualquier caso, si hubo anulaciones de cortes de agua por fallos en las válvulas de sectorización o cortes de agua tardíos, no se ha acreditado por la demandante cuánto tiempo de retraso supuso ello, ni que hubiera afectado, en definitiva, al plazo de ejecución de la obra, retrasándolo.

El informe de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi señala que no cabe la incautación automática de la garantía y que la Administración *omite el análisis de la incidencia que su propia conducta haya podido tener en el fracaso del proyecto.*

Pues bien, a la luz de todo lo expuesto en los apartados anteriores, no puede compartirse esa apreciación, porque los informes técnicos aportados por el Ayuntamiento y que constan en el expediente administrativo, sí analizan cada uno de los motivos de impugnación planteados por la contratista y la incidencia que su propia conducta pudo tener en el incumplimiento del plazo.

De esos informes se depende que el incumplimiento del plazo de ejecución, al término del plazo faltaba por ejecutar más del 61% de la obra, se debió a la negligencia de la contratista, a causas sólo imputables a ella.

Por ello, cuando el Ayuntamiento acuerda la resolución del contrato y declara el incumplimiento culpable de la contratista, la incautación de la garantía es la consecuencia legal prevista en el art. 213.3 de la Ley de Contratos del Sector Público. Y esta decisión es conforme a derecho, sin que se aprecie vulneración invocada por la demandante de los principios de moderación,

proporcionalidad y buena fe en la incautación de la fianza.

Por último, señala la STS nº 1277/2019 de 30 de septiembre que:

La incautación constituye una medida de la administración en aras a garantizar el pago del importe de los daños y perjuicios causados en los casos de resolución del contrato, amparada por el art. 88 de la Ley 30/2007, del 30 de octubre, y actualmente el art. 110, d) de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por lo que no resulta preciso la valoración previa de los daños para acordar aquella.

Todo ello determina que deba desestimarse la demanda, por ser conforme a derecho la resolución impugnada.

Las costas procesales no se imponen, al tratarse de una cuestión estrictamente jurídica.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

DESESTIMO el recurso contencioso-administrativo planteado por la mercantil EGIN ERAIKETAK contra Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getxo de 26 de octubre de 2021.

Sin costas.

Esta sentencia es FIRME y NO cabe contra ella RECURSO ordinario alguno. Conforme dispone el artículo 104 de la LJCA, en el plazo de DIEZ DÍAS, remítase oficio a la Administración demandada, al que se acompañará el expediente administrativo así como el testimonio de esta sentencia, y en el que se le hará saber que, en el plazo de DIEZ DÍAS, deberá acusar recibo de dicha documentación; recibido éste, archívense las actuaciones.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia
Administrazioaren Ofizio Papera

Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la
Comunidad Autónoma del País Vasco

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

A pesar de no constar firmas manuscritas, este documento tiene validez legal. En la Página Web Municipal (<http://www.getxo.eus/Oficina de Administración Electrónica>) podrá obtener una copia auténtica de este documento en formato digital, mediante el Código Seguro de Verificación que aparece en el margen izquierdo.

Agin Honek eskuz idatzitako sinatuak ez izanperik ez duen arren, legezko balioa du. Getxoko Udaiaren web-ormailatik (<http://www.getxo.eus/administrazio elektronikoko bulegoa>) agiri honen benetako kopia eskuratu ahal duzu formatu digitalan, ezkerrean ageri den zuzenbidearen bidez.

CSV: ALK/REG/2022/491.59 LUWB:untxz

