

JUDICIALCES 11

JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE MÁLAGA

C/ Fiscal Luis Portero Garcia s/n
Tel.: 951-93-92-75 Fax: 951-93-91-75
N.I.G.: 2906745O20120002422

Procedimiento: Procedimiento ordinario 340/2012. Negociado: JG

Recurrente: LOPD

Letrado:

Procurador: LOPD

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE VELEZ-MALAGA

Representante:

Letrados:

Procuradores: LOPD

Acto recurrido: RESOLUCION DE 14/03/12

EXCMO. AYUNTAMIENTO
DE VELEZ-MÁLAGA
LOPD

04-11-2014 13:58

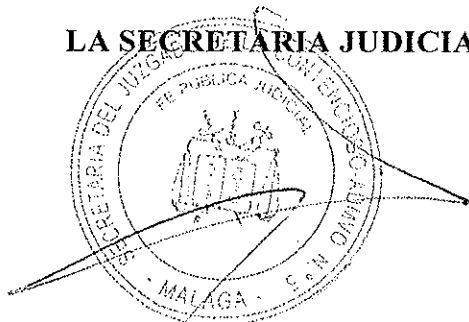
Libro General de Entrada
Documento judicial

OFICIO

Adjunto remito certificación de la Sentencia 320/14 , de fecha 18 de septiembre de 2014 dictada en este recurso, que tiene el carácter de firme, así como el expediente administrativo correspondiente, debiendo acusar recibo en el plazo de **DIEZ DIAS**.

En Málaga, a treinta de octubre de dos mil catorce.

LA SECRETARIA JUDICIAL



DESTINATARIO: AYUNTAMIENTO DE VELEZ-MALAGA

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)".

JDO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE MÁLAGA

C/ Fiscal Luis Portero Garcia s/n

Tel.: 951-93-92-75

Fax: 951-93-91-75

N.I.G.: 2906745O20120002422

Procedimiento: Procedimiento ordinario 340/2012. Negociado: JG

Recurrente: LOPD

Letrado:

Procurador: LOPD

Demandado/os: AYUNTAMIENTO DE VELEZ-MALAGA

Representante:

Letrados:

Procuradores: LOPD

Acto recurrido: RESOLUCION DE 14/03/12

D^a. LOPD Secretaria del JDO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 5 DE MÁLAGA.

Doy fe de que en el recurso contencioso - administrativo número 340/2012, se ha dictado Sentencia del siguiente contenido literal:

SENTENCIA N° 320/2014

En Málaga, a dieciocho de septiembre de dos mil catorce

Visto, por el Magistrado-Juez del Juzgado Contencioso-Administrativo n° 5 de Málaga y provincia, don LOPD, el recurso contencioso-administrativo, tramitado como procedimiento ordinario n° 340/12, seguido para conocer del interpuesto por el Procurador Sr. LOPD, en nombre de LOPD LOPD, asistida por la Letrada Sra. LOPD, frente resolución en materia contractual del Ilmo. AYUNTAMIENTO DE VÉLEZ-MÁLAGA, representado por el Procurador Sra. LOPD y asistido por la Letrada Sra. LOPD.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso es interpuesto el 23 mayo 2012, siendo remitido a este Juzgado en reparto realizado el siguiente día, y admitido a trámite con resolución de 6 junio 2012, una vez subsanado defecto, siendo tramitado conforme a las normas del procedimiento ordinario de la Ley 29/98.

SEGUNDO.- Seguido el curso de los autos, el 11 de septiembre 2012 es presentada la demanda, donde, una vez expuestos cuantos hechos y fundamentos jurídicos son tenidos por oportunos, que aquí deben darse por reproducidos, es pedido sentencia declarando no ser conforme a derecho la resolución administrativa impugnada, anulándola y estimando la pretensión de reconocimiento de la situación jurídica individualizada de indemnización de daños y perjuicios en la cantidad de 94.704,48€, y de abono de certificación de trabajo en la cantidad de 22.733,22€, condene al Ayuntamiento demandado al pago de las cantidades además de los intereses de demora por no abonarlos en el momento que se solicitó como a la

-A raíz de esta resolución y a pesar de estar esperando la constructora que según lo acordado verbalmente por el técnico responsable de la obra del Ayuntamiento DON ^{LOPD}

^{LOPD} y el representante de la constructora en su día DON ^{LOPD} ^{LOPD} se diera una resolución de mutuo acuerdo, el Ayuntamiento solicita reunirse con la constructora, su arquitecto técnico y abogado para discutir los extremos de la citada resolución.

En dicha reunión, la abogada de la constructora explica uno a uno junto con las intervenciones del representante de la constructora DON ^{LOPD} y el arquitecto técnico DON ^{LOPD}, los motivos involuntarios que le han llevado a mantener la conversación con Don ^{LOPD} acordando así presentar escrito solicitando la resolución de mutuo acuerdo como acordaron, siendo éstos los incumplimientos legales continuos en los que estaba incurriendo la Dirección Facultativa (en adelante, DF) del Ayuntamiento, y la necesidad de la constructora -por los perjuicios económicos creados- de acordar resolver el contrato como quedaron, con el fin de devolver el dominio de la obra al Ayuntamiento y cesar en sus obligaciones profesionales, sin exigir los daños creados hasta el momento.

En respuesta, el Alcalde comunica que en ningún momento se ha acordado una resolución de mutuo acuerdo y de la necesidad de finalizar la obra al depender de una subvención estatal, y por tanto su obstativa a resolver el contrato (aun habiéndolo acordado y aceptado una semana antes a través de su técnico de obra), amenazando personalmente a la constructora para que continúe si no quiere tener problemas graves, a lo que aquel contesta que no queriendo crear perjuicios para el Ayuntamiento y el interés público que implica la finalización del edificio, pero debiendo entender que a raíz de los incumplimientos, retrasos, falta de aclaración de modificados de proyecto etc. habían soportado unas pérdidas que rondaban los 50000€ y que esto claramente no se había acordado en el proyecto inicial contratado, no teniendo porque sufragar estos daños y gastos, y que aunque su voluntad era continuar la obra, no podían recuperarse y continuar si esa cantidad no le era abonada por el Ayuntamiento, por lo que requirió el cumplimiento de una serie de requisitos además del económico para continuar con la obra que el Ayuntamiento no aceptó, finalizando la reunión con acuerdo de que la constructora devolvía el dominio de la obra al Ayuntamiento para que pudiesen contratar nuevamente con otro licitador y continuar su obra en pro del interés público.

-Con fecha 17 de Octubre de 2011 se recibe escrito del Ayuntamiento iniciando expediente para resolución de contrato por abandono de la constructora. La constructora asombrada por el contenido de los motivos de la resolución, interpone recurso de reposición con fecha 17 de Noviembre de 2011 informando que en primer lugar la constructora ya presentó escrito resolviendo de mutuo acuerdo el contrato el 19 de Septiembre de 2011, que en la citada reunión posterior se acordó la devolución del dominio de la obra, y no entiende como ahora el Ayuntamiento pretende resolver unilateralmente un contrato ya resuelto escudándose en motivos absurdos como un abandono de obra, incumplimiento del plazo de ejecución etc. y utilizando éste expediente de resolución como un proceso independiente que al parecer nada tiene que ver con la resolución que presentó la constructora un mes antes, creando así dos procesos paralelos ante un mismo hecho/objeto y dando preferencia y rapidez a su procedimiento de resolución, mientras que el proceso iniciado por la constructora se dilata en el tiempo y no se responde en ningún momento. Adjuntamos recurso como DOCUMENTO N° 2. Además dicha iniciación de expediente falsea los acontecimientos ocurridos en esa

109 del RGLCAP por el que se exige seguir un procedimiento legal para una resolución contractual- el Ayuntamiento nada dice al respecto, pasando el expediente administrativo al Consejo Consultivo para que emita un dictamen, otra clara vulneración, porque el Consejo solo tenía ahora las pruebas e informes aportados por el Ayuntamiento, y no las pruebas presentadas por la constructora al no haber sido aceptadas por el Ayuntamiento, creando así una grave indefensión y en consecuencia un juicio injusto. Esto se puede verificar. Leyendo el contenido del informe del Consejo Consultivo, por el que en ningún momento dice nada acerca de las pruebas y documentos aportados por la constructora, ni siquiera menciona los diferentes escritos y alegaciones que la constructora ha presentado para demostrar la falsedad de lo que argumenta el Ayuntamiento. Solo basa su decisión en informes del Ayuntamiento. La pregunta es. Envío el ayuntamiento todo lo que la constructora presento?? o solo remitió sus propios informes?

-En relación al abandono de obra del día 19 de Septiembre de 2011 como causa de resolución del contrato por incumplir la constructora culpablemente.

En respuesta a este hecho, hemos de responder, como ya hemos hecho en sendos recursos y escritos reflejados en el expediente administrativo, que ésta ha sido una táctica utilizada por el Ayuntamiento para poder tramitar su resolución imputando a la constructora la culpabilidad.

El representante de la constructora DON LOPD mantuvo una conversación verbal con el técnico responsable del Ayuntamiento DON LOPD
LOPD –aproximadamente unos días antes de nuestra resolución del 19 de Septiembre- donde le comunicaba que las desavenencias y cambios de parecer de la Dirección Facultativa (en adelante, DF) de la obra los empleados del Ayuntamiento en relación a como llevaban el proceso de ejecución de la obra y más concretamente DON LOPD que en sendos emails que aportaremos demuestra su dilación en responder a cada pregunta que le hace la constructora para poder ejecutar las partidas de la obra e ir finalizando los elementos. Don LOPD le dice a Don LOPD que lo mejor sería una resolución de mutuo acuerdo porque está claro que no se va a llegar a ninguna parte y que ambas partes parecen no ponerse de acuerdo, por lo que a los pocos días de esta conversación, se presenta en el registro de entrada del Ayuntamiento con fecha 9 de Septiembre de 2011, reflejando la conversación y solicitando la resolución de mutuo acuerdo por las desavenencias mostradas en el citado escrito, detallando además los daños y perjuicios creados a la constructora, y que no serán solicitados en arras de buena fe y no querer perjudicar al Ayuntamiento y la obra. Pero, que si no aceptan la resolución de mutuo acuerdo que propusieron, subsidiariamente exigirán esos daños económicos en la cantidad mencionada.

Posteriormente, a los pocos días de la presentación del citado escrito de resolución, el Ayuntamiento solicitó una reunión para discutir los términos de la resolución. Con fecha 3 de Octubre de 2011 se celebra la citada reunión, en la que la constructora explica al Ayuntamiento las razones por las cuales había pedido la resolución de mutuo acuerdo del contrato siendo éstas la persistente falta de colaboración del Ayuntamiento y los graves daños económicos que había soportado la constructora imposibilitándole seguir con la obra, a lo que el Ayuntamiento respondió que necesitaban tener acabada la obra para Diciembre del 2011 y en base a esto la constructora en pro del interés público y olvidándose una vez más de su situación precaria ofreció cumplir con la terminación de la obra siempre y

cuando el Ayuntamiento cumpliera con una serie de requisitos que sirvieran como garantía y que ya detallamos en el recurso de reposición de 17 de Noviembre de 2011 presentado, y que volvemos a detallar a continuación para su conocimiento (ya que en el contenido del acuerdo de incoación de expediente de resolución que nos envió el Ayuntamiento, en ningún lugar ~~deja constancia de los hechos de la reunión y la colaboración que quiso prestar la constructora a pesar de serle perjudicial, en pro del Ayuntamiento~~).

*Cambiar al Arquitecto técnico (miembro de la DF de la obra) Don LOPD LOPD, por alguien competente, que respondiera con agilidad a las diversas cuestiones y modificaciones para permitir realización de obra con ritmo normal y sin dilaciones injustificadas que afectaban al retraso de la obra.

*Hacer por escrito y firmado todos las exigencias de modificación de proyecto por parte del Ayuntamiento, impidiendo así los continuos cambios existentes. (En cumplimiento del art. 213 y 217 de la Ley de contratos del sector público).

*Firmar documento en la que se haga constar que acabada la obra, el Ayuntamiento no aplicará penalizaciones por retraso de obra ya que no es imputable a la constructora la demora ocurrida hasta ahora y no puede aplicar penalizaciones cuando una obra se encuentra finalizada (Como asienta mucha jurisprudencia que detallaremos en los fundamentos de derecho de esta demanda).

*Abono de todos los gastos soportados por la constructora por la demora en el plazo de casi 5 meses, ralentización paralización de la obra, a consecuencia de continuos cambios de planes e indecisión posterior del Ayuntamiento.

No habiendo acuerdo del Ayuntamiento en pasar por escrito las modificaciones que continuamente precisaba la constructora para zanjar de una vez las continuas indecisiones, y de abonar los daños causados a la constructora, se finaliza la reunión resolviendo el contrato y devolviendo el dominio de la obra para que el Ayuntamiento pueda iniciar la adjudicación de la obra con un nuevo licitador.

A los pocos días de ésta reunión, se presenta informe y nota interior al Ayuntamiento (que ahora hemos podido ver al habérsenos remitido el expediente administrativo) señalando que la obra ha sido abandonada, como si se tratase de una sorpresa que desconocían, y dando la apariencia como si la constructora ha dejado tirado y abandonado al Ayuntamiento. Todo lo contrario, se han escudado en un abandono de obra para poder resolver legalmente el contrato, por ello es que en sus informes y expediente de resolución en ningún momento reflejan los acontecimientos verdaderos que ocurrieron en esa reunión para aparentar que no tenían constancia de nada de lo acordado.

No hubo abandono de obra en ningún momento ya que la constructora acordó con el Ayuntamiento dejar la obra disponible para una nueva contratación.

-Retraso de obra y por tanto incumplimiento en el plazo legal de ejecución acordado por contrato. En el contrato de fecha 16 de Diciembre de 2010 suscrito entre las partes, se fija como plazo de ejecución de la obra de referencia el de "4 meses" desde la suscripción del acta de replanteo, plazo de tiempo que se adjudicó para el proyecto inicial que se acordó.

El acta de replanteo se suscribió el 23 de Diciembre de 2012, por lo que la obra en teoría tenía que estar finalizada para el 24 de Abril de 2012.

En este caso particular, el plazo de 4 meses no debe ser considerado la fecha límite de

finalización, ya que los plazos de obra que se fijan para la ejecución de una obra son siempre en base a un proyecto inicial adjudicado, existente y sin alteración posterior, y en este caso particular nos encontramos con un proyecto que ha sido modificado una y otra vez, sufriendo en consecuencia constantes alteraciones en cuanto a forma, tiempo de trabajo, cantidades e incorporación de partidas. Evidentemente, estas circunstancias han generado incrementos de tiempo y por tanto un aumento del plazo ofertado, no pudiendo el Ayuntamiento pretender ni exigir que aun dadas estas circunstancias, el plazo sea el mismo que el inicialmente acordado. De hecho, en ningún momento el Ayuntamiento ha aplicado penalizaciones de retraso a la constructora por lo que no entendemos como ahora cuando la constructora resuelve el contrato por incumplimiento, pretende el Ayuntamiento escudarse en un retraso de obra que en ningún momento penalizó a lo largo del tiempo.

En concreto, el artículo 23 de la LCSP hace referencia al plazo de duración del contrato “La duración de los contratos del sector publico deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación...”,dejando claro en este caso particular que el plazo que se determinó de 4 meses es teniendo en cuenta la naturaleza de un proyecto inicial que se adjudicó, por lo que de ninguna manera se puede pretender establecer el mismo plazo cuando el proyecto ha sido modificado infinidad de veces y por lo tanto ya no es el inicial por el que se determinó tal plazo.

El artículo 196.4 de esa misma ley establece que “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 penalidades...”. Claramente el elemento o requisito imprescindible para que opere esta resolución es la imputabilidad del contratista, que el contratista sea el causante de esa demora, demora que como bien demostramos en nuestro recurso de reposición (DOCUMENTO N°2 de esta demanda) no ha sido nunca imputable a aquel, sino solo y exclusivamente al Ayuntamiento.

Esta parte por tanto está de acuerdo en que ha habido un retraso de obra, pero no que ese retraso sea imputable a la constructora sino a los continuas modificaciones de proyecto que ha instado el Ayuntamiento y que lógicamente repercute en el tiempo de ejecución al significar una dilatación en el tiempo por tener que hacer sendos estudios y formulación de presupuestos, además de reuniones y comprobaciones para poder ejecutar cualquier modificación. No se trata pues de decir que se solicita una modificación y de la noche a la mañana se pueda ejecutar, todo lo contrario, requiere de un estudio, elaboración de presupuesto, petición a proveedor y un largo largo etc.

Recordar –elemento transcendental- que varias veces pidió la constructora, en la persona de DON LOPD que se levantara acta de suspensión temporal de la obra para que el ayuntamiento pasase por escrito todas las modificaciones que requerían y así no repercutir en gastos a la constructora de personal y empleados que luego exigirían, cosa que se negaron a hacer.

En el capítulo de modificaciones se explica uno a uno las modificaciones que el Ayuntamiento ha solicitado y el retraso que eso ha conllevado en días, demostrando así que el retraso es debido a sus peticiones y no a la falta de diligencia de la constructora, como ellos alegan, careciendo de cualquier base probatoria que confirme sus acusaciones.

En cuanto a las modificaciones que se han realizado y que más abajo

desglosaremos, hemos de decir que el Ayuntamiento ha incumplido las estipulaciones establecidas en el pliego de condiciones del contrato en relación a la modificación de proyecto: El APARTADO (N) del documento Anexo I y art.92 ter de la LCSP, prohíbe expresamente la posibilidad de modificación del proyecto de obra inicial adjudicado.

Dispone el artículo 202 LCSP que una vez perfeccionado los contratos "...solo podrán ser modificados por razones de interés público", reiterando lo dispuesto en su artículo 194 LCSP, según el cual la Administración ostenta la prerrogativa respecto a los contratos "...de modificarlos por razones de interés público...". El interés público es un concepto abstracto cuya aplicación a casos concretos ha de determinarse y transformarse en decisiones jurídicas. La precisa definición del interés público o general, se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada.

Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. En este caso particular, como ya hemos indicado, el pliego de condiciones del contrato prohíbe cualquier modificación.

Así mismo, la constructora pidió que se le otorgara una prórroga del plazo de ejecución ya que dadas las circunstancias de modificados y mucha dilación en responder y aprobar presupuestos, no querían verse afectados por un retraso de obra que no les era imputable, a lo que como podemos verificar en el expediente administrativo, la DF solicito una prórroga hasta el 31 de diciembre de 2011, por lo que ahora no entendemos que el ayuntamiento diga que la obra se tenía que haber finalizado para Abril de 2011 si ya se solicitó una prórroga por saber que no se podría acabar la obra en abril. Además de que el Ayuntamiento en ningún momento impuso penalidades a la constructora, claramente porque sabía que el retraso no le era imputable, por lo que decir ahora que resuelven el contrato porque no se ha cumplido con el plazo, es claramente un acto de mala fe.

La ejecución de unidades de obra no previstas en el Proyecto Inicial afectó al ritmo del Programa de Trabajo diseñado y debió la Administración haber concedido una suspensión de las obras o una prórroga del plazo de ejecución como se solicita reiteradas veces por la constructora. Las unidades nuevas del Proyecto Modificado paralizaron importantes unidades de obra contempladas en el Proyecto Inicial, que quedaron imposibilitadas de ejecución en tanto no se resolvieran las unidades no previstas en este último Proyecto.

Finalmente, y a modo de reflexión, el plazo de 4 meses determinado en el contrato administrativo no especifica que sea un plazo esencial preclusivo que expirado frustrase el buen fin del negocio, ni tampoco se ha experimentado penalidad alguna por el contratista por encontrarse en situación de mora en su relación administrativa, además de que si el plazo de 4 meses era imprescindible, el Ayuntamiento no estaría modificando unidades y acuerdos vez tras vez y deliberando en el tiempo que presupuestos aprobar y cuales no si el plazo era

Por lo que podemos ver que una modificación repercute en otros elementos que también deben ser modificados para cumplir con los objetivos que se solicitan, esto claramente repercute en tiempo, porque lo que se iba a ejecutar ya es diferente y por ello se precisa de un estudio previo, cálculo de presupuesto etc.

1.3.1 Con fecha 7 de abril 2011, el Arquitecto Técnico de la Obra, a petición del Excmo. Ayuntamiento solicita el cambio en las mejoras del sistema domótica por una red de datos (DOCUMENTO N° 15)

Nota 1: Dando órdenes claras el citado email que la constructora ejecute las modificaciones solicitadas de forma inmediata.

Nota 2: La modificación de la domótica por la red de datos, llevará consigo una modificación del proyecto de instalación de electricidad, por necesitar más potencia eléctrica para el funcionamiento de los ordenadores.

Nota 3: La forma de proceder simplificada sería, redacción del proyecto modificado, aceptación de la oferta y ejecución de la instalación. Mientras que el Arquitecto técnico de la obra solicita se comience la modificación sin especificar el presupuesto que les va a suponer dicho cambio a diferencia de la domótica. Pero la constructora, de buena fe cumple con las órdenes sin precisar ni objetar nada.

Nota 4: La DF de la obra entiende que la sustitución del cambio de domótica por red de datos, no llevará modificado de proyecto, pues se trata de partidas de mejoras. Aunque la sustitución de estas mejoras (domótica por red de datos), lleva asociada como se ha comentado anteriormente una modificación de la instalación de electricidad que si está en el proyecto básico y de ejecución.

Nota 5: Según el artículo 2: Ámbito de Aplicación de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en el párrafo 3, que se reproduce literalmente indica:

“3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio”

Por tanto la instalación eléctrica, es una instalación fija del edificio y, una modificación de la misma, modificará el edificio y, será objeto de modificado del proyecto.

Nota 6: Aun así la constructora mostrando su buena fe acepta estudiar las instalaciones y ejecutara tal cual se le ha solicitado.

Con email de fecha 25 de abril de 2011, la constructora pasa el 1ª estudio, consistente en una oferta económica/presupuesto de lo que solicita el Excmo. Ayuntamiento. (DOCUMENTO N° 16)

Con email de fecha 29 de abril de 2011, el arquitecto técnico de la obra solicita el descompuesto de las partidas y la justificación del estudio. (DOCUMENTO N°17)

Nota: Este trabajo lo tendría que realizar el Arquitecto y el Arquitecto Técnico del Proyecto, y no la constructora, así mismo, esto se debería de llevar a modificado de proyecto, pues como se ha comentado anteriormente el artículo 2 del de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, se considera por ser instalaciones dentro del edificio, y una modificación del proyecto básico y de ejecución correrá a cuenta del Arquitecto, no de la constructora.

El mismo día 29 de abril de 2011, la constructora vía email resuelve las cuestiones

planteadas por el arquitecto técnico pasando oferta de redacción y estudio de las instalaciones. (DOCUMENTO N° 18)

Nota 1: La constructora envía una oferta económica, de lo que cuesta un estudio de estas características. Es verdad que en el pliego de condiciones del contrato de la obra, indica que las instalaciones se deberán de legalizar, aunque haga falta de proyecto técnico, boletines, etc.; pero esto es una legalización al final de la obra, más fácil y más económico; no un estudio rápido y bien realizado dentro de una obra en ejecución.

Nota 2: En dicho email, la constructora indica que no se ha solicitado la acometida de electricidad definitiva del edificio por la incertidumbre de la potencia a solicitar. Por tanto, una vez más vemos que cada cambio o modificado que se hace repercute en otros elementos que deben ser estudiados y realizados, incidiendo en tiempo.

Con fecha 29 de abril de 2011, el Arquitecto Técnico de la obra, no acepta la oferta económica del estudio. La constructora, con toda su buena fe, da otra oportunidad al equipo técnico de la obra y al Excmo. Ayuntamiento, ordenando la realización de un estudio justificativo de la propuesta pasada. (DOCUMENTO N°19)

Con fecha 10 de mayo de 2011, se pasa una 2- oferta y estudio, consistente en Cálculos eléctricos, esquemas unificares de instalación, plano de cuadro de potencia, relación de materiales y, nueva oferta económica con líneas de medición. (REVISAR DOCUMENTO N° 14)

Nota 1: Recordar que ésta oferta económica es para la totalidad que solicita el Excmo. Ayuntamiento.

Nota 2: Éste email, indica literalmente, junto a su pie de página lo siguiente:

“Es urgente la aceptación del presupuesto, pues el electricista necesita saber dónde llevar las líneas y. el nQ de éstas y hasta que no se acepte no se puede ejecutar y por tanto se demora en tiempo.

Por otra parte la apartamenta del cuadro de B.T. no tiene un plazo de entrega inmediato. (Por lo que hay que esperar hasta que se entregue – repercutiendo en tiempo).

En los cálculos se ha estimado un SAI de 30 kVA, para estos puestos de trabajo. Confirmar dicha potencia de SAI, para realizar una solicitud de acometida eléctrica por valor de $4P/125^a$ -> 86.600 W (Hasta que no tenga confirmado esta potencia de SAI, no se puede realizar la solicitud de acometida).

Nota 3: No se llegó nunca a confirmar nada de esto, fundamental para impedir la paralización y retraso de la obra, por no saber lo que había que ejecutar.

El mismo 10 de mayo de 2011, se pasa una nueva oferta de diferencia de medición, consistente en la nueva red de estructura a tierra que se había instalado y puestos de trabajo. Se vuelve a hacer mención en dicho email de aclarar cuestiones para la ejecución de la obra. (DOCUMENTO N° 20)

También el mismo 10 de mayo de 2011 a las 18.40, en email posterior, la constructora pasa descompuesto de todas las partidas de la oferta planteada anteriormente. (DOCUMENTO N°21)

El mismo día 10 a las 18.48, en email posterior, el Ayuntamiento le comunica a la constructora que los precios que forman los descompuestos deben ser los mismos que

aparecen en el proyecto (DOCUMENTO N° 21 y a las 20.09 (MISMO DOCUMENTO N° 22) una hora más tarde- la constructora responde a dicho requerimiento informando que en base al pliego de condiciones del contrato suscrito entre las partes nada dice al respecto, entendiendo que lo solicitado esta fuera de las competencias de la constructora por no competerle a aquel los cálculos, diseño y la medición de instalaciones, sino tan solo la valoración de la medición, urgiéndole una vez más que respondan ya que la espera de aceptación de los presupuestos enviados está afectando a la ejecución de la obra.

Nota 1: ~~Se hace hincapié en que la constructora, no debería de realizar éste trabajo.~~

Nota 2. La constructora realiza éste trabajo de buena fe y con el siguiente criterio:

Concepto que está en el proyecto básico, implica mismo precio e igual codificación a la de proyecto.

Concepto que no está en el proyecto básico (MODIFICADO), precio de mercado, con codificación a la base de precios de la Junta de Andalucía

Concepto que no está en el proyecto básico (MODIFICADO), y que no está en la codificación a la base de precios de la Junta de Andalucía, precio de mercado con una codificación coherente al artículo.

El 16 de Mayo (una semana más tarde), todavía sin recibir respuesta del Ayuntamiento, la constructora vuelve a pedir que se le confirme presupuesto, o al menos con respecto a la electricidad ya que necesitan ejecutar...(DOCUMENTO N° 23)

El 25 de Mayo (ya han pasado dos semanas desde el email de 10 de Mayo), la constructora vuelve a recordar al Ayuntamiento que todo ésta paralizado a la espera de una respuesta, informando que los pedidos y la solicitud de acometida eléctrica están parados por no disponer de datos que el Ayuntamiento debe dar. (DOCUMENTO N° 24)

Y finalmente el 31 de Mayo (21 días más tarde de la petición de confirmación de la constructora) se envía email informando de la instalación que finalmente el Ayuntamiento ha decidido hacer. (DOCUMENTO N° 25)

Y así sigue y sigue la Dirección facultativa de la obra exigiendo nuevas modificaciones, nuevos trabajos, cambios de diseño, como por ejemplo el solicitado el 8 de Junio de 2011 por el Ingeniero Municipal (cuestión que debería de haberse planteado al principio del “primer modificado” y, no dos meses y medio después). (DOCUMENTO N° 26).

Con fecha 14 de Junio, (una semana más tarde del email de la constructora de 8 de Junio), el Ayuntamiento responde que está estudiando el presupuesto y que le manda unas dudas que le surgen, por lo que una vez más esto incide en demora de tiempo – que no es ningún problema-, pero que no digan que el retraso de la obra haya sido por culpa de la constructora, sino que acepten que las modificaciones que han ido solicitando requerían de tiempo y es esto lo que ha generado el retraso, queriendo imputar a la constructora de éstos inconvenientes, escudándose en acusaciones infundadas. (DOCUMENTO N° 27)

La constructora a cualquier requerimiento del Excmo. Ayuntamiento o de la DO actúa con agilidad y diligencia, presentando petición por escrito en plazos máximo de muy pocos días. La Dirección de obra contesta a lo largo del tiempo (el algunas cuestiones hasta 20 días de retraso), y en algunas como hemos indicado anteriormente, ni siquiera responden. Todo esto claramente repercute en retraso del plazo de obra (plazo acordado de 4 meses), e

después de hablarse que para compensar la aplicación de la marca Parex se certificara el 100 % de los m2 que vienen en proyecto en reunión con **LOPD** (Arquitecto Municipal) el 27 de Julio de 2011, esto se incumple por parte de la DF, ya que envía archivo en el que se refleja solo la medición real de la obra, hecho que se remarca en email que desde la Constructora se envía a la DF el 2 de Agosto de 2011. (DOCUMENTO N° 46).

Prueba de ello que acredita la constructora, se presenta albarán de montaje (mes de mayo) de andamios en todo el perímetro del edificio, montados hasta resolución de contrato, por no haberse obtenido una confirmación vía escrito. El día 9 de Septiembre del 2011, la constructora vuelve a reiterarle a la DF la aceptación por escrito, y el mismo día la DF manda email sin pasarlo por escrito. Una vez más, el perjuicio económico que lleva para la constructora y su retraso en el planning.

Se adjuntan emails justificativos desde el mes de Mayo hasta Septiembre del 2011. (DOCUMENTOS N° 47 A 56)

3.2 Por otro lado, también sufrió modificaciones la carpintería de aluminio, dado que la Dirección facultativa modificó la misma, reflejada en los emails de carpintería de aluminio, tardando en contestar con su aprobación definitiva DESPUÉS DE 30 DÍAS.

El 4 de Mayo de 2011, la constructora envía email a la DF adjuntando la documentación de la modificación de aluminio que se vio en obra. (DOCUMENTO N° 57)

El mismo día a las pocas horas, la DF responde que se quedan con la del proyecto original, demostrando una vez más que en la obra verbalmente acuerdan algo, y posteriormente cuando se les envía email para confirmar, cambian de opinión. (DOCUMENTO N° 58)

El 12 de Mayo de 2011 la constructora sigue reclamando las modificaciones de las carpinterías de aluminio que el Ayuntamiento ha solicitado así como la aceptación del presupuesto de la barra de minusválidos. (DOCUMENTO N° 59)

5 días más tarde, el 17 de Mayo de 2011, la constructora al no recibir respuesta de la DF, envía email al arquitecto de la obra solicitando una vez más las modificaciones de las distintas ventanas para poder fabricarlo lo antes posible. (DOCUMENTO N° 60) La cual se recibe por parte del Arquitecto de la obra el 17 de Julio de 2011, 2 meses después de haberse solicitado. Se hizo pedido al proveedor el 21 de Julio y por ser un material especial (Casa Strugal) tardaría aproximadamente 2 meses y medio en llegar a obra.

4. Partidas que la dirección de obra no ha contestado nunca

4.1 La dirección de obra, no contestó nunca a la petición de la perfilería necesaria para el techo desmontable, por tal negligencia no se pudo realizar el pedido y planificar la obra. Esto se puede constatar por email de fecha día 17 de Mayo de 2011 de la constructora solicitando información y aclaración sobre el tipo de perfilería que lleva el techo desmontable (ancho y color) no recibiendo respuesta alguna a día de hoy. (DOCUMENTO N° 61)

5. Otras modificaciones. Divisiones interiores, cerramientos, revestimientos por aumento de medición. Se adjunta email enviado a Arquitecto Técnico de obra en el que se envían las mediciones reales de obra que varían respecto a las originales del proyecto inicial adjudicado. Se adjunta archivo con diferencias de mediciones reales de obra enviado a la Dirección de Obra el día 11 de Agosto de 2011. (DOCUMENTO N° 62)

Nuevas partidas incluidas en el capítulo de adicionales y certificadas. Se adjunta copia de hoja de certificación de Mayo y resumen de certificación donde aparecen dichas unidades.

(DOCUMENTO N° 63)

Cerrajería estaba ejecutándose. Modificado por DO de la fachada el día 17 de Febrero de 2011, se recibe email con tal cambio.

No se ejecutó impermeabilización de lucernario (CHOVATERM XPS-40), debido a que se recomendó otro sistema para poder realizar correctamente encuentro con borde de forjado y evitar puentes térmicos (19 de Mayo de 2011), igualmente se modifica perímetro de lucernario levantando un pequeño peto de ladrillo cerámico revestido con mortero de cemento (no incluido en el proyecto inicial adjudicado). Para solucionar el problema que presenta la ejecución de la impermeabilización recogida en el proyecto.

De acuerdo con los artículos 213.2 y 217.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, queda claro el incumplimiento por parte del Ayuntamiento en pasar por escrito las instrucciones y modificaciones que ha ido exigiendo a lo largo de la obra, además de que como ya mencionamos y más adelante acreditaremos, la constructora solicitó una y otra vez que el Ayuntamiento cumpla con este requerimiento y aquél no ha querido en ningún momento acceder a ello. A día de hoy no entendemos el por qué.

Es importante señalar que aunque la constructora en ningún momento se ha opuesto a las modificaciones, sino todo lo contrario, lo ha hecho con toda la buena voluntad aun sabiendo que debían cumplir con un procedimiento legal de modificación de proyecto, el problema subyace en que a las varias peticiones de la constructora para que se prorrogue el plazo de la obra y se les abone los perjuicios creados, el Ayuntamiento no ha hecho caso alguno, siguiendo con sus peticiones de modificaciones y sin querer firmar nada de lo que solicitaban, por lo que esta razón es la que hace a la constructora reclamar los daños y perjuicios originados a éste, tanto en sendos escritos de la vía administrativa como ahora en este recurso contencioso.

-Impago de 6ª certificación de obra. Indistintamente de que estemos inmersos en un proceso de resolución de contrato por incumplimientos, es de trascendental relevancia recordar que aunque el Ayuntamiento quiera culpar al contratista por la resolución unilateral del contrato o por la demora que a su consideración es imputable a aquel, no debemos de negar el hecho de que a la constructora le debe de ser abonado el trabajo realizado hasta el momento de la resolución como bien indican los siguientes artículos: 215, 200.4 LCS), y 17.5 del Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de Octubre.

En base a esto, la constructora siguiendo la misma pauta de presentación de certificaciones que de costumbre, mando email de fecha 7 de Julio de 2011 (DOCUMENTO N° 64) con la certificación 6ª para que se le abonase los trabajos realizados durante el mes de Junio y que el Ayuntamiento nunca abono, ni alego tan siquiera posteriormente el porqué de no abonar dicha deuda. Es importante recalcar que después de estos acontecimientos la DF de la obra ha seguido escribiendo a la constructora referente a temas de modificaciones y ejecución de obra y nunca referente al tema de la certificación que adeuda demostrando su falta de preocupación y mala fe de no querer abonar los trabajos realizados y pasarlo de largo como si no fuera una cuestión relevante. En el mismo escrito de resolución de 19 de Septiembre de 2011 (REVISAR DOCUMENTO N°1) la constructora recuerda la certificación impagada en su apartado C y también en el recurso de reposición de 17 de Noviembre de 2011 (REVISAR DOCUMENTO N°2) en su apartado NOVENO. Por tanto, reiteradas veces ha exigido el

pago de la certificación, sin recibir respuesta alguna al respecto.

Ahora, en el decreto n° 1146/2012 por el que se resuelve el contrato de obra (razón por el cual interponemos la presente demanda), se refleja el informe de la DF de 3 de Octubre de 2011 (informe que en ningún momento se nos ha remitido) donde alega que en la 6ª certificación presentada el 7 de Julio por la constructora, aparecen partidas ya certificadas anteriormente así como excesos de medición sin justificar, y que por ello hablan con DON **LOPD** – arquitecto técnico de la constructora- pidiéndole revisar dicha certificación por valor de 17.829,78€, y que el día 19 de Julio **LOPD** responde que habiendo revisado la certificación, presenta la misma por valor de 17.568,58€ justificando los excesos de algunas partidas por aumento de altura y aceptando dejar el precio de las muretas hasta resolver el coste de la nueva estructura (por eso es que hay una diferencia de 261,20€ entre la primera certificación y la posterior que presenta unos días más tarde).

(Certificación primera) 17.829,78€ -17.568,58€ (certificación revisada) = 261,20€ (esta diferencia en la misma certificación presentada por segunda vez es porque se han des incluido las muretas y por ello la 6ª certificación se rectifica para ser ahora por valor de 17.568,58€.

A continuación, la DF concluye en su informe de Octubre que solo se acepta 4.402,29€ de esa certificación, plasmando en una tabla las partidas que aceptan, sin siquiera acreditar en base a que – y sin prueba alguna- deciden que las demás partidas que hemos certificado sean incorrectas.

Aportamos como DOCUMENTOS N° 64 Y 65 los emails de 7 de Julio y siguientes donde se comenta todo lo referente a la 6- certificación a cobrar, y como se puede ver claramente que después de haber revisado la constructora la certificación y ratificarse en la cantidad adeudada (con una diferencia de 200€, y no porque se haya equivocado, sino simplemente porque las muretas las des incluyó para certificarlas con posterioridad), nunca más vuelve a responder la DF acerca del pago o de su disconformidad, haciéndolo ahora en su informe, muchos meses más tarde - 6 meses para ser exactos- acreditando con ésta información que facilitamos, las irregularidades que comete el Ayuntamiento, una tras otra.

Así mismo, aprovechamos para rectificar un error numérico al solicitar en nuestra resolución de 19 de Septiembre el pago de la 6- certificación, diciendo que el valor es de 17.127,85€, cuando realmente es de 17.829,78€. Aunque es cierto que anteriormente hemos explicado que al revisarse la certificación por la constructora se des incluyó las muretas (quedando la certificación por valor de 17.568,58€) para certificar posteriormente, a día de hoy, y habiéndose resuelto el contrato y por tanto no pudiendo certificar esas muretas en certificación posterior, presentamos entonces la misma primera certificación 6- que incluye dichas muretas. Por tanto, adjuntamos DOCUMENTO N° 66 de certificación 6§ por valor de 17.829,78€-misma certificación que se envió por email el 7 de Julio de 2011-.

Indicar también que la certificación por valor de 17.829,78€ que exigimos se refiere a total de ejecución material, sin habérsele aplicado el 13% de gastos generales, 6% de beneficio industrial, 9,2% de baja y 18% de IVA, por lo que restando y sumando éstos conceptos, la cantidad adeudada en concepto de la 6ª certificación es de 22.733,22€.

También aportamos para acreditar ante el Tribunal que éstos conceptos que aplicamos a la certificación son correctas, la factura 01/11 de la primera certificación con el mismo desglose que arriba hemos indicado. (DOCUMENTO N° 67). Como se puede ver en la

última hoja de dicho documento, se refleja el mismo desglose por conceptos y porcentajes que se debe aplicar.

-Otro tema que el decreto de resolución argumentó como causa de resolución es el no haber cumplido con el compromiso de contratación de 30 trabajadores para el desarrollo de la obra, mientras que aquí adjuntamos los contratos de 27 trabajadores estando la obra al 48% ejecutada. El compromiso era de 30 trabajadores para la obra completa y esto se hubiese cumplido si se pudiese haber finalizado la obra, pero habiendo ejecutado casi la mitad de la obra se ha cumplido con el 80% del compromiso de trabajadores al contratar personal desempleado de Vélez-Málaga, lo que indica el compromiso de la constructora con el empleo, algo para lo que se ha creado los fondos FEESL.. Volvemos a adjuntar documentos que acreditan las 27 contrataciones, y que indicamos ya se adjuntaron a nuestros escritos anteriores que se encuentran reflejados en el expediente administrativo, por lo que parece que el Ayuntamiento una vez más no ha revisado la documentación que en su día justificamos para desacreditar sus acusaciones. (DOCUMENTOS Nº 68 A 94).

-En base al artículo 208 de la Ley 30/2007 y siguientes, ésta parte exige al Ayuntamiento en base a su incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, el pago de los daños y perjuicios causados a la constructora por la demora y retraso creada en la obra a consecuencia de su falta de interés y diligencia de actuar profesional y solicitar continuas modificaciones y presupuestos creando así para la constructora una grave situación de perjuicio al tener que soportar gastos que no le son imputables y que no había acuerdo de soportar y que en el escrito de resolución de 19 de Septiembre de 2011 ya presentamos ante este Ayuntamiento, si bien añadiendo en este escrito otros gastos que en su día en vía administrativa no pudimos acreditar, aunque alegamos que posteriormente así lo haríamos.

Es importante recordar, que varias veces la constructora informo a la DF de los daños que se le estaba creando por las modificaciones y retraso creado pidiéndoles que sigan el procedimiento de modificado legal para así abonarles los costes adicionales que les estaba suponiendo los retrasos por unos modificados que no se habían acordado en base a proyecto inicial. El Ayuntamiento respondió que no tenían por qué observar ningún trámite legal de modificado y que tampoco tenían que pasar los modificados por escrito como se desprende de los emails que se han adjuntado en el apartado de modificaciones solicitadas de este escrito.

Daños y Perjuicios en la cuantía de 94.704,48€: Todas éstas irregularidades e incumplimientos de lo acordado por contrato suscrito con el Ayuntamiento, han causado Los retrasos de obra no deseadas por parte de la constructora, obligándole involuntariamente a tener que soportar unos gastos que no tenía por qué sufragar al no serle imputables las dilaciones cometidas.

Si constructora de buena fe ha aceptado las modificaciones y peticiones del Ayuntamiento, no por eso tiene que cargar también con los gastos que eso significa. Los daños y perjuicios creados y que reclamamos se entienden desde el mes de Abril hasta Septiembre, esto es, desde Abril – el mes que la obra tenía que haberse finalizado-, hasta el mes de Septiembre, mes en que la constructora ha devuelto el dominio de la obra y finalizado su trabajo con el Ayuntamiento, meses que han significado para la constructora un gasto adicional para mantener personal y otros elementos adicionales, incurriendo en perjuicios que no estaban

previstos al firmar el contrato:

1. Gastos de personal de sueldos quienes han trabajado solo y exclusivamente para esta obra y estado además a la espera de la aprobación de las modificaciones, presupuestos etc. por parte del Ayuntamiento:

Arquitecto técnico – DON	LOPD	, abril-Septiembre, 11029,86€
Jefe de Obra – DON	LOPD	, abril-Septiembre, 11232,13€
Ingeniero Técnico – DON	LOPD	, abril-Septiembre, 3622,13€
Arquitecto técnico-Prevención de riesgos-calidad – DON	LOPD	, abril-Septiembre, 3622,13€
Encargado de obra DON	LOPD	, abril-Septiembre, 11806,86€
Contable administrativo – DON	LOPD	junio –agosto, 2854,00€
Electricista – DON	LOPD	, junio –agosto, 3508,18€
Electricista - DON	LOPD	junio –agosto, 4731,88€
Capataz - DON	LOPD	junio –agosto, 5175,16€
Oficial de 1ª Albañilería,	LOPD	junio –agosto, 4731,88€
Péon – DON	LOPD	, junio –agosto, 5023,77€
Organización y almacén - DON	LOPD	junio –agosto, 4638,60€
TOTAL 71976,58€		

Justificación de tabla anterior desglosado: -Justificación cantidad exigida por Arquitecto técnico DON LOPD DOCUMENTO N° 95; -Justificación cantidad exigida por Jefe de Obra DON LOPD DOCUMENTOS N° 96; -Justificación cantidad exigida por Ingeniero Técnico DON LOPD LOPD DOCUMENTOS N° 97; -Justificación cantidad exigida Arquitecto técnico-Prevención de riesgos-calidad DON LOPD DOCUMENTOS N° 98; Justificación cantidad exigida Encargado de obra – DON LOPD LOPD N° 99; -Justificación cantidad exigida Contable administrativo - DON LOPD DOCUMENTOS N° 100; -Justificación cantidad exigida Electricista – DON LOPD DOCUMENTOS N° 101; - Justificación cantidad exigida Electricista – DON LOPD LOPD DOCUMENTOS N° 102; Justificación cantidad exigida Capataz – DON LOPD DOCUMENTOS N° 103; Justificación cantidad exigida Oficial de 1ª Albañilería – DON LOPD LOPD DOCUMENTOS N° 104; -Justificación cantidad exigida Peón – DON LOPD LOPD DOCUMENTOS N° 105; -Justificación cantidad exigida Organización y almacén – DON LOPD DOCUMENTOS N° 106.

También se adjunta DOCUMENTO Ng como la relación nominal de los trabajadores emitidos por la seguridad social, acreditando dichos importes.

2. Gastos adicionales de alquiler de los andamios, casetas y vallas y luz:

Justificación cantidad exigida de alquiler de andamios empresa LOPD
914,25€ DOCUMENTOS N° 107

Justificación cantidad exigida de alquiler de caseta empresa LOPD : 532,97\,
DOCUMENTOS N° 108

~~Justificación cantidad exigida de consumo de luz/electricidad empresa LOPD 304179€
DOCUMENTO N° 9~~

Total daños y perjuicios de gastos de Alquiler y uso: 1752.01€

3.Gastos de provisión/pagos a cuenta hechas a diferentes empresas y proveedores encargando materiales exclusivos para la obra y que el proveedor no ha podido devolver argumentando que el material se ha hecho específicamente para la obra y no pueden revenderlo o conservarlo para otro uso:

* LOPD

Importes del presupuesto total: 12701,52€

Pagados el 50% del presupuesto total: 6350,76€

Fecha de pago: 05/07/2011

Transferencia por el importe de 6000,00€ más recibo caja por el importe de 350,76€

DOCUMENTOS N° 10

* LOPD

Importe del presupuesto total: 18.281,41€

Concepto: Tabiquería móvil

Pagados el 80% del presupuesto total: 14625,13€

Ingreso día 10/08/2011 de 11625,13€

Ingreso día 13/07/2011 de 3000,00€

DOCUMENTOS N° III

Total importes pagados:

LOPD 6350,76€

LOPD 14625,13€

Total daños y perjuicios de gastos de provisión: 20975.89€

Cantidad Total en conceto de Daños v Perjuicios: 94.704.48€

-Mas hechos controvertidos No queriéndonos reiterar en los hechos que una y otra vez mediante documentación acompañada a nuestros escritos ante el Ayuntamiento acreditaba la falsedad de lo alegado por ellos, pedimos respetuosamente al tribunal que revise el cuerpo y documentos acompañados a dos escritos importantes presentados ante el Ayuntamiento, donde se encuentra casi el total de las pruebas que contradicen las alegaciones de ellos. Estos escritos son un recurso potestativo de reposición y un escrito de alegaciones en la fase de audiencia que curiosamente aun encontrándose ahora ambos en el expediente administrativo que hemos revisado, en ninguna parte del dictamen del consejo consultivo y decreto final de resolución del Ayuntamiento se hace mención de aquellos ni de ninguno de los documentos que aportamos. (DOCUMENTOS N° 2 Y N° 112).

-Hechos y acontecimientos que el Ayuntamiento ha reflejado en sus informes, que se incluyen en su resolución –decreto ng1146/2012 con registro de salida de fecha 14 marzo 2012, y que son enteramente falsos, indicando y justificando lo ocurrido realmente.

En éste apartado, el técnico del Ayuntamiento intenta demostrar que la demora en el plazo de ejecución era de la constructora y que aquella voluntariamente y sin razón alguna paralizó la obra. Utiliza estos argumentos para razonar el porqué de la resolución del contrato por parte del Ayuntamiento.

MES DE MAYO

“Así mismo, durante el mes de mayo, los trabajos se ralentizan, ejecutándose únicamente en éste mes las siguientes partidas:

Terminación de los trabajos de pladur

Alicatado de núcleos húmedos

Pendientes en cubierta inclinada

Comienzo de los trabajos del cerramiento exterior”

El Excmo. Ayuntamiento de Vélez-Málaga, elude la relación exacta de los trabajos realizados que se reflejan en la certificación nº 5 (mayo), aprobada, firmada y cobrada, con una multitud de partidas – mucho mayores que las expuestas antes-demostrando así que el trabajo que realmente se hizo en ese mes no es lo que ellos dicen, sino lo que atestigua la certificación que ellos mismos han aceptado y abonado.

Para justificar tal afirmación se incluye la certificación 5- firmada por la DO, en el (DOCUMENTO Nº 113)

La obra empieza a verse afectada en su planning, no recibiendo contestación a las modificaciones extras que han sufrido el proyecto, pues no se han firmado las diferentes ofertas, los distintos gremios se encuentran con sus oficiales de 1ª y peones a un rendimiento del 20 % suponiendo un enorme coste para la constructora y, empezando a verse afectado nuestro planning de entrega.

MES DE JUNIO

“A comienzos de junio, se observa por parte de la dirección facultativa, que la obra se paraliza”.

No se encuentra ningún certificado firmado o comunicado por parte de la dirección facultativa, notificando que hayan observado la paralización de la obra. Posiblemente la terminología adecuada sería un retraso, motivado por la no aceptación de los múltiples presupuestos presentados por la constructora y que significan no poder ejecutar en obra.

A continuación se detallarán los trabajos ejecutados en el mes de Junio, de las mediciones que el encargado de obra refleja, con resumen de la misma –propuesta de certificación nº 6-, enviada vía email con fecha de 7 de Julio de 2011. (REVISAR DOCUMENTO Nº 64)Ésta certificación que fue enviada al Ayuntamiento en el email de 7 de Julio, por valor de casi 20000€ es acreditación clara e inequívoca de que en el mes de Junio se estuvo ejecutando trabajo en obra, ya que si fuera cierto que como dicen ellos, no se hizo nada y la obra estaba

paralizada, ¿¿por qué entonces se presenta en Julio certificación de partidas ejecutadas???

“Tras preguntar a la constructora a qué se debe esto, la misma argumenta que tiene problemas de suministro de materiales, tales como revestimientos exteriores, carpintería de aluminio...”

Primero: En ningún momento se habla de problemas de suministros en el mes de Junio, ya que esto solo ocurre en el mes de Agosto. Se indica este problema de suministro solo una vez y mediante email que ellos intencionadamente sacan de contexto sin reflejar el contenido del email completo, para así darle un significado al tema “problema de suministros” que realmente no tiene... Este email se escribió con fecha 11 de Agosto de 2011 (DOCUMENTO N° 1141 donde la constructora comenta una serie de trabajos y preacuerdos que solicita sean ratificados para poder seguir con la obra – concretamente 8 cuestiones son las que comenta-, y finalmente acaba el email diciendo:

“Respecto al comienzo de la obra nuestra intención una vez que considero aclarado el tema es empezar el día 1 de Septiembre debido a la paralización de Málaga y terminar en dos meses y medio, según suministros tratados”,

Claramente, como he indicado, la constructora dice que cuando le aclare los 8 puntos que ha mencionado en su email, se reanudaron los trabajos, ya que la falta de concreción de las modificaciones nos ha llevado al mes de Agosto que todos saben es época de vacaciones y que las fábricas y los almacenes del gremio de construcción están cerradas y no suministran, transmitiendo con ello que este inconveniente se tenga en cuenta, ya que es importante finalizar la obra con la mayor urgencia. Aun todo se ve claramente en el email que se les informa que seremos capaces de terminar la obra dentro de las fechas establecidas, siempre que el Ayuntamiento concrete las diferencias y aclare lo modificado. Por tanto no es un problema de suministros como ellos quieren dar a entender, sino una cuestión de aclarar y confirmar.

MES DE JULIO

“Durante el mes de Julio, la situación es idéntica a la anterior. Es decir la obra sigue paralizada y la constructora sigue argumentando problemas de suministro de material. Así se hace constar en los informes mensuales de ésta dirección facultativa, donde se pone de manifiesto el incumplimiento de plazos y la paralización de los trabajos, así como las certificaciones a cero correspondiente a los meses de Junio y Julio”.

No seguimos argumentando problemas de suministro (es muy fácil alegarlo para defenderse, pero donde lo demostráis?? Donde hemos dicho eso??) Pues como bien indicamos anteriormente y volvemos a aclarar es algo que se comentó en el email de 11 de Agosto (DOCUMENTO N°115) y repetimos una vez más, se dijo en Agosto, y no en Junio/Julio como argumentan ellos, inventando intencionalmente tal cuestión que ya hemos explicado sobre manera.

Si no se aceptan las diferentes ofertas y modificaciones que he indicado anteriormente en el tema de modificaciones, no se puede continuar con la ejecución de la obra, no pudiéndose cumplir con los plazos, teniendo ocupados tanto al departamento técnico como al de ejecución con un si y un no, con un modificado constante, rompiendo la buena ejecución y su planning.

Con respecto a las certificaciones a cero correspondiente a los meses de junio y julio

(certificación 6§ y 73 respectivamente), el Excmo. Ayuntamiento de Vélez-Málaga y su dirección facultativa falsean y ocultan interesadamente para eludir los pagos a la constructora haciendo caso omiso al resumen de trabajos realizados en el mes de junio según resumen aportado por la constructora vía mail con aporte de certificación 6K (REVISAR DOCUMENTO N°64).

MES DE AGOSTO

‘En el mes de Agosto, recibimos mail de la constructora donde dice textualmente;

~~“Respecto al comienzo de la obra nuestra intención una vez que considero aclarado el tema es empezar el día 1 de septiembre debido a la paralización de Málaga, y terminar en dos meses y medio, según suministros tratados.”~~

Del párrafo anterior se desprende:

Que ellos mismos consideraban parada la obra, puesto que hablan de “comenzar”y no de continuar”.

La connotación que se desprende de un párrafo aislado es muy amplia y, más aún cuando se saca de contexto y no se permite conocer el contenido completo del email de la constructora, obviando por tanto que se pueda conocer el verdadero antecedente de lo que ocurrió.

Aquí lo que ocurre es que se piden tantas modificaciones, y no están encima diligentemente para aprobar y agilizar el trabajo para que la constructora pueda trabajar, por lo que al estar entrando en el mes de Agosto, la constructora le advierte que siendo en Málaga temporada de vacaciones y de fiestas ningún proveedor va poder trabajar y ejecutar lo que se solicita. Debido al retraso del Ayuntamiento en aprobar y confirmar planes y habiendo obligado a la constructora a entrar en mes de Agosto, tendrán que esperar a Septiembre para poder ordenar partidas adicionales y desarrollo de trabajos. A esto se refiere con que hay problemas de suministros, no porque la constructora tenga problema, sino porque debido al mes que es hay dificultad en facilitar suministros y trabajos de proveedores ya que Málaga se encuentra paralizada, no la constructora.

Desde el mes de Agosto el departamento técnico de la constructora no puede ejecutar parcial o totalmente ninguna tarea que haya sido modificada del proyecto original sin la aceptación previa por escrito de la DF y el Excmo. Ayuntamiento de Vélez-Málaga.

Toda esta poca seriedad, cambio sistemático de opinión y criterio, poca importancia al cumplimiento del planning y, el ignorar el deterioro económico que está sufriendo la constructora es lo que hace que aquella decida a partir de Agosto no ejecutar trabajo de los modificados sin aceptación escrita previa (no como hasta ahora se estaban realizando a través de palabras, justificando éste hecho las buenas intenciones de la constructora, por continuar con los trabajos y no crear conflictos.

De ahí que nosotros mismos digamos textualmente: “Respecto al comienzo de la obra nuestra intención una vez considerado aclarado el tema es empezar...” es decir una vez aclaradas las cuestiones que se plantearon en dicho email, y siempre y cuando se den por firmado los distintos modificados y nunca antes’

El Ayuntamiento indica que independientemente de que hayan presupuestos por aprobar y modificaciones por decidir, la constructora podía haber ejecutado partidas independientes que nada tenían que ver con lo que necesitaba aclararse. A ésta alegación, he de responder que si se siguen realizando el resto de partidas en las que se puede avanzar por ser

independientes de las partidas no aclaradas, tales como: -Remates de lo concretado -Peticiónes a proveedores de tabiquería móvil -Seguimiento de los pedidos de aluminio, vidrios y climatización -En oficinas preparando presupuesto y modificaciones para conseguir la aprobación del Excmo. Ayuntamiento -Limpieza de obra -Cerrar la aplicación de suministro de Coteterm (se puede hablar con los responsables de Parex, concertada la asistencia técnica del monitor exigido por la DF en la semana del 19 de Septiembre de 2011, así como el resto de suministros. -Seguimiento solicitud de acometida eléctrica -Y demás trabajos que se detallaran

“Los problemas de suministros que han argumentado durante dos meses parece que se ha solucionado”.

Respecto a los problemas de suministro, que la constructora argumenta, son acusaciones que se hacen en base al mismo mail de fecha 11 de agosto de 2011, sacando una frase de ese mail e interpretándolo intencionadamente fuera de contexto, como ya he acreditado anteriormente.

“Que a mediados de Noviembre se terminaría la obra (dos meses y medio a partir del 1 de septiembre)”.

Si, esa era nuestra afirmación y nuestra intención, siempre y cuando el Excmo. Ayuntamiento de Vélez-Málaga y la DF aprobasen los distintos y variados cambios sustanciales del proyecto original (modificado) en tiempo y forma. Se acompaña (REVISAR DOCUMENTO N° 114) donde la constructora pide que se aclaren una serie de cuestiones para que el 1 de Septiembre se pueda continuar con la ejecución de la obra. Email al cual no se recibió contestación, ni instrucciones o aclaraciones de las cuestiones planteadas, mostrando una vez más falta de diligencia de la DF, falta de interés por el retraso de obra que mencionaban, y por tanto no pueden decir que en Septiembre no se continuo con la obra, cuando ellos no han solventado las cuestiones necesarias para que la constructora pueda proseguir.

“La realidad es que el día 1 de septiembre, Jueves, no comienzan los trabajos que estaban paralizados. Como consecuencia de la no reanudación de los mimos, el 13 de septiembre se mantuvo reunión en obra entre Ayuntamiento, Constructora y Dirección Facultativa, para que la constructora explicara tanto los motivos de la paralización como los de no reanudación de los mismos, dándole el plazo de esa semana para reanudar la obra.”

Me reitero en lo explicado anteriormente, no se aclararon las cuestiones solicitadas vía email en el mes de Agosto. Antes de reunimos en obra, con fecha 6 de Septiembre de 2011, nuestro departamento técnico vuelve mediante mail y conversación telefónica a insistir en la necesidad que tiene nuestra empresa de obtener respuestas claras sobre lo que se va a ejecutar y redactarlas por escrito, sin obtener respuesta alguna de todas las cuestiones.

De nuevo la constructora no recibiendo aprobación ni respuesta por escrito y habiendo comprobado el enorme coste económico, así como el retraso en tiempo de desmontaje de todo el trabajo realizado de la red de datos, ya que como se ha demostrado, hoy la DF dice blanco y mañana negro, envía un mail con fecha 9 de Septiembre de 2011 (DOCUMENTO N° 116) bajo orden expresa de la dirección de la constructora, insistiendo en que se especifique claramente lo que se quiere ejecutar, de la necesidad de que se concrete todo lo que se ha decidido modificar y que se apruebe por escrito, por parte del Excmo. Ayuntamiento o DF, de la modificación que ambos han solicitado que se realizará de la

recurrente no presenta alegaciones en el plazo concedido (folio 132 del EA). Según expone en su demanda prefiere formular recurso de reposición contra el acto trámite de incoación del expediente para la resolución del contrato, que fue inadmitido por ésta causa. A pesar de ello, se han tenido en cuenta como motivos de oposición, los alegados por la recurrente en su escrito dando por resuelto el contrato por causas imputables a la Administración.

El 15 de noviembre de 2011 se emite informe por el Técnico Municipal (folio 255) en el que expone que las obras objeto del expediente se ejecutan en el marco del Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, Real Decreto Ley 13/2009 de 26 de octubre, y en virtud del art. 6 la fecha límite para la ejecución era hasta el 31 de diciembre de 2010, habiéndose ampliado el periodo de vigencia por resolución de 28 de abril de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2010, y dado que previo a la resolución del contrato se requiere el informe del Órgano Consultivo, y que la contratación de las obras por ejecutar requiere un procedimiento negociado, se puede asegurar que las obras no se van a finalizar en el plazo establecido por la normativa expuesta, por lo que el Ayuntamiento perderá la subvención concedida ascendente a 350.000,01 euros,

Teniendo en cuenta la oposición del contratista, y en cumplimiento del art. 109 del (RGLCAP), el Consejo Consultivo de Andalucía emite informe (folio 959) favorable al procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Vélez-Málaga sobre resolución del contrato por concurrir la causa de resolución del art. 206. D) y h) de la LCSP (clausula 4.b) del PCAP),

Conforme consta en dicho dictamen, el Consejo Consultivo considera que el contratista ha abandonado la obra, y que bajo ninguna circunstancia puede el contratista abandonarla.

Mediante Decreto nº 1146/2012 se dicta la resolución objeto de este procedimiento que resuelve el contrato de referencia por incumplimiento culpable del contratista

-En relación a las manifestaciones vertidas en los antecedentes de hecho de la demanda relativas a que el Ayuntamiento no ha tenido en cuenta ni ha tramitado la solicitud inicial del contratista de resolución del contrato, hemos de señalar que son absolutamente inciertas. Conforme consta en el expediente administrativo, se le concedió plazo para alegaciones, y fueron presentadas por el recurrente según obra en el folio 642. De otro lado, en el informe jurídico (folio 275) se analizan detalladamente las causas de resolución alegadas por el actor tenidas en cuenta como oposición a la resolución instada por esta parte demandada, que se reproducen en la resolución recurrida

El Consejo Consultivo a la hora de emitir su dictamen ha tenido en cuenta las alegaciones del recurrente, y le da puntual respuesta, según se comprueba con su simple lectura (folio 974).

-Tenemos que destacar es que el recurrente no solicita se declare la resolución del contrato administrativo por causa imputable a esta Administración, y en los hechos de la demanda sólo se intenta articular una defensa en contra de los motivos por los que esta parte ha resuelto el contrato. Consecuentemente con lo expuesto, el objeto del presente recurso son los motivos que han ocasionado la resolución del contrato por causa imputable al contratista.

Sentado lo anterior, conforme consta en la resolución recurrida las causas por las que el Ayuntamiento demandado ha resuelto el contrato son los siguientes:

Incumplimiento del objeto contractual dentro del plazo de ejecución total establecido

(artículo 196 y 206 e) de la LCSP.

El abandono por parte del contratista de la obra objeto del contrato y que según la Clausula 30.4 del PCAP regulador del contrato de referencia expresamente señala que es causa de resolución del mismo.

~~El incumplimiento de las mejoras ofertadas por la constructora aceptadas por el órgano de contratación y recogidas en el contrato, y que con arreglo al Pliego de Clausulas Administrativas Particulares constituyen incumplimiento de obligaciones esenciales y son causas especiales de resolución del contrato (apartados T y U del Documento Anexo al PCAP) (art. 206 f LCSP).~~

~~El incumplimiento del plazo de ejecución del contrato que en el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares se configuró como uno de los criterios de adjudicación y como condición esencial de ejecución (art. 206 e) de la LCSP).~~

La no justificación por la empresa adjudicataria de la contratación de trabajadores, cuando en el contrato se estableció la obligación de contratar a 30 personas pues esa fue la oferta presentada por la contrata.

Del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares que rigen el contrato, y en relación a las causas de resolución, cabe destacar la clausula 30 denominada “ Resolución del Contrato”, que establece en su apartado 1, que para el supuesto de que se hubiere de resolver el contrato, se estará a lo dispuesto en los artículos 206 y ss. LCSP, y que los efectos de la resolución del contrato serán los previstos en el artículo 208 del mismo texto legal, apartado 2.

El apartado 3 reseña que el apartado (7) del Documento Anexo I se tipificarán los supuestos en que el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución serán causa de resolución del contrato.

En el apartado 4 se señala que en todo caso serán causa de resolución del contrato

B) el abandono del contratista de la obra objeto del contrato y que “ se entenderá producido cuando a juicio del Equipo Director de la obra haya dejado totalmente de ejecutarse o no se ejecute con los medios personales o materiales adecuados para la normal ejecución de la misma. El Equipo Director elevará inmediatamente informe al órgano de contratación sobre la concurrencia de estas circunstancias”.

C) El incumplimiento de los compromisos señalados en el art. 53.2 LCSP.

D) El incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución de ejecución del contrato del art. 102.1 de la LCSP señaladas en la clausula 32 del presente Pliego.

Como la resolución recurrida razona, teniendo en cuenta los numerosos informes de la Dirección Facultativa, y informes técnicos municipales, que obran en el EA que se han detallado en los hechos de esta contestación, es incuestionable que las obras fueron abandonadas por el contratista, por lo que no estamos ante un mero retraso en el cumplimiento o una demora en el plazo de ejecución, sino ante causas muy graves de resolución como son el abandono de la obra, e incumplir el plazo de ejecución del contrato que se configuró como uno de los criterios de adjudicación y como condición esencial de ejecución

Y ello, por los términos en los que debe financiarse la obra, establecidos en el Real Decreto Ley 13/2009 de 26 de octubre por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la

Sostenibilidad Local. Conforme se recoge en la resolución que incoa el expediente de resolución, así como, en la resolución impugnada, la imposibilidad de finalización de las obras dentro del plazo fijado por dicha norma, genera un perjuicio enorme Y gravísimo para el interés público pues la Administración demandada debe proceder a la devolución de los fondos recibidos, y a la asunción por sus propios medios de la obra parcialmente efectuada, y a la contratación de las obras necesarias para terminar las abandonadas por el contratista.

Es importante destacar el informe del Consejo Consultivo de Andalucía, que a la vista de los informes de la DF y de los técnicos municipales, así como, de las alegaciones del recurrente, señala que nos encontramos ante el incumplimiento de una obligación esencial como es la ejecución de la obra dentro del plazo establecido, y habiendo transcurrido catorce meses desde la firma del acta de comprobación del replanteo, a fecha de la emisión de dicho informe, las obras no se han ejecutado.

Indica también (folio 974), que la empresa se “ limita a desviar la atención exigiendo al Ayuntamiento la firma de un documento en el que, para finalizar la obra, el Alcalde se comprometiera a no penalizar al contratista, además de una indemnización de daños y perjuicios. Alega también que debe tramitarse un modificado, cuando la propia Dirección Facultativa entendía que no se daban ninguno de los supuestos previstos para modificar el proyecto. Invoca, por último, la resolución por mutuo acuerdo, a lo que no es posible acceder porque ya existe un incumplimiento culpable del contratista, y además, no concurre razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional que hagan innecesario o inconveniente la permanencia del contrato.”

De otro lado reseña que el contratista carece de facultades para paralizar la ejecución de la obra.

-Respecto al incumplimiento de las mejoras ofertadas por la constructora aceptadas por el órgano de contratación y recogidas en el contrato, y que con arreglo al Pliego de Clausulas Administrativas Particulares constituyen incumplimiento de obligaciones esenciales y son causas especiales de resolución del contrato. Conforme consta en el informe del Arquitecto Técnico Municipal de 13 de octubre de 2011, apartado 4, no se ha ejecutado ninguna, Y tampoco la empresa adjudicataria ha justificado la contratación de ningún trabajador, estableciendo el contrato la obligación de contratar a 30 personas.

De conformidad con lo recogido en la resolución recurrida, según consta acreditado en el EA, la parte recurrente no presentó alegaciones en el plazo concedido por la resolución que incoa el expediente para la resolución por incumplimiento culpable del contratista. A pesar de ello, a la vista de la solicitud inicial del recurrente para la resolución del contrato donde se recoge los argumentos alegados para el contratista, conforme consta en la resolución recurrida, se han tenido en cuenta a la hora de su dictado los argumentos contenidos en dicho escrito como si se tratase de alegaciones conferidas en el plazo de audiencia. Y por ello, se considera que hay oposición del contratista a la resolución del contrato instada por la Administración, y a las consecuencias de dicha resolución, respondiendo esta parte demandada detalladamente (folio 900) a los motivos de oposición del recurrente.

En relación a la modificación del proyecto de obras inicialmente adjudicado, respecto a la estructura, electricidad, saneamiento e instalaciones sin haber seguido el procedimiento, la Dirección Facultativa ha informado que no se trata de una modificación

del Proyecto, dándose la curiosa circunstancia de que alguna de las modificaciones a que alude la recurrente son instadas por la propia contrata

El contratista no puede imponer a la Administración que apruebe unos presupuestos desorbitados fijando de forma unilateral su importe, incluso en contra de la Dirección Facultativa que los ha considerado en todo momento desorbitados e injustificados por lo que no les ha dado el visto bueno, y menos con la amenaza o advertencia de paralización de la obra hasta que la Administración no acepte lo que el contratista reclama.

-Respecto a la certificación 6º correspondiente por importe de 17.127,85 euros, la Dirección Facultativa en su informe de 3 de Octubre de 2011 (folio 13) señala que se le ha comunicado a la constructora en reiteradas ocasiones que llevan más cobrado que obra ejecutada, y que en la certificación 6º aparecen partidas ya certificadas anteriormente así como excesos de medición sin justificar, y que una vez analizadas las partidas se desprende que deben de abonarse las que se consigna en dicho informe por un importe total de 4.402,29 euros.

EL presupuesto PEM certificado a origen es de 130.323,23 euros, y sumando los 4.402,29 euros, se obtiene una certificación a origen de 134.725,52 euros.

Ahora bien, la constructora omite el error que se cometió en la quinta certificación en la partida 10.01 UD de acometida de fontanería., pues en el proyecto aparece una unidad valorada en 159,25 euros, y por error, no se certificó una unidad, sino 159,25 unidades a 159,25 euros certificando un total de 25.360,56 euros, es decir, 25.201,31 euros de más. Como la certificación es a buena cuenta, en la certificación 6 debe proceder a subsanar ese error, restando esa cantidad a la certificación presentada.

Por lo tanto a los 134.725,52 euros hay que restarle los 25.201,31 euros certificados de más en la certificación quinta obteniendo una certificación a origen real de 109.524,21 euros.

En consecuencia, tras restar la certificación nº 5 a origen 130.323,23 euros, de la certificación 6 a origen 109.524,21 euros, resulta que la certificación nº 6 tiene un importe de -20.799,02 de PEM.

Tras aplicar los porcentajes de baja, gastos generales, beneficio industrial e IVA, se obtiene un total certificación 6 de - 26.519,03 euros.

Es decir, que no sólo es que el Ayuntamiento no le adeude cantidad alguna al contratista, es que el contratista adeuda al Ayuntamiento de Vélez-Málaga la suma de 26.519,03 euros.

De otro lado, en el escrito de 11 de agosto de 2011, la dirección facultativa indica que la obra se encuentra paralizada totalmente desde el mes de junio, desconociendo los motivos que han provocado dicha paralización; debido a esto las certificaciones 6 y 7 correspondientes a los meses de junio y julio, tienen un importe de cero euros; ante la duda de que la constructora haga entrega en el Ayuntamiento de estas dos certificaciones, la dirección facultativa presenta las certificaciones ambas por importe cero.

Igualmente, con fecha 10 de noviembre se solicita a Intervención informe sobre si ha habido retraso en el impago de la 6 certificación al contratista por valor de 17.127,85 euros, informando con fecha 16 de noviembre que consultados los datos de contabilidad, se constata que no se ha recibido en intervención la certificación 6, no encontrándose pendiente de pago.

-Respecto a los daños y perjuicios reclamados hay que señalar, que en este procedimiento se interesa el reconocimiento de una situación jurídica individualizada de indemnización de

daños y perjuicios en la cantidad de 97.704,48 euros.

Lo primero que queremos destacar, es que el reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios a favor del recurrente, sería un efecto de la resolución del contrato cuya causa debe basarse en un incumplimiento de la Administración en sus obligaciones (art. 206 y 208 de la LCSP). Por lo tanto, previamente al reconocimiento de una posible indemnización de daños y perjuicios, sería necesario declarar la resolución del contrato por causa imputable a esta Administración, extremo que no ha sido solicitado por el recurrente.

En el suplico de la demanda se solicita únicamente se anule la resolución impugnada, petición que en caso de prosperar generaría que el contrato continuase vigente, pero nunca entrañaría una resolución del contrato por causa imputable a la Administración que debía, haber sido pedida expresamente, y en consecuencia, no se produciría la situación jurídica válida para que el recurrente pueda solicitar la indemnización de daños y perjuicios.

Por dicho motivo, dicha petición deber ser desestimada.

De otro, lado en el escrito presentado por el recurrente el 19 de septiembre de 2011 resolviendo el contrato de ejecución de obras se fija (folio 8) una indemnización de daños y perjuicios en la suma de 40.146,00 euros, en concepto de gastos de personal, gastos de alquiler de andamios, casetas y vallas y luz, y una vez efectuadas las cuentas globales, resultaba según el contratista un saldo a su favor de 32.072,55 euros.

Diferencia sustancial e incomprensible teniendo en cuenta que la constructora abandona la obra, por lo que en el supuesto de haberse producido daños, que realmente no existieron, estarían determinados en el momento en que el contratista abandona la obra.

Conforme consta en el informe de la dirección facultativa de 3 de octubre de 2011, la obra ha estado parada durante cinco meses abandonada y sin actividad alguna, por lo que ningún gasto se le ha generado al contratista; la decisión de abandono la toma el contratista unilateralmente y sin motivo alguno, excusándose en la no aceptación de un presupuesto, cuando debería haber ejecutado partidas que no han realizado y que no estaban afectadas por el cambio de la domótica

A mayor abundamiento, como se ha indicado anteriormente es el contratista el que adeuda al Ayuntamiento de Vélez-Málaga la suma de 26.519,03 euros, más los daños que se le va a producir a esta Administración cuando deba proceder a la devolución de la subvención recibida.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera, apartado segundo, del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a los efectos, cumplimiento y extinción por la normativa anterior, siendo ésta la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP), norma que rige el contrato de autos se por Decreto de Alcaldía del 16 de diciembre de 2010.

Dicha Ley, en su artículo 206 establece como causas de resolución, entre otras, las tres invocadas en la resolución impugnada: d) la demora en el cumplimiento de las plazas por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 96; f) incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, calificadas como tales

en los pliegos o en el contrato; h) las establecidas expresamente en el contrato.

Al efecto la cláusula 4.b del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares –folio 313 del expediente- que rigen el contrato establece como causa de resolución “el abandono por parte del contratista de la obra objeto del contrato”, entendiéndose por tal que “se entenderá producido el abandono cuando a juicio del Equipo Director de la obra haya dejado totalmente de ejercitarse o no se ejecute con los medios personales o materiales adecuados para la normal ejecución de la misma. El Equipo Director elevará inmediatamente informe al órgano de contratación sobre la concurrencia de estas circunstancias”.

La parte recurrente viene a oponer la existencia de resolución por mutuo acuerdo, conforme es escrito por ella presentado al Ayuntamiento a 19 septiembre 2011 –documento nº 1 de la demanda-, causa que sería reconducible a la letra c) del citado artículo 106; así incumplimientos contractuales, por la introducción de modificaciones en el Proyecto, y legales de la Administración, con impago de la 6ª certificación, causa que sería reconducible a la letra e) del citado art. 106.

Con independencia de cual sea la causa que pueda sustentarla, la resolución es en todo caso una decisión que corresponde a la Administración, y solo mediante esta declaración formal tras el oportuno procedimiento se produce la extinción del contrato. Ello sin perjuicio, claro es, de que cuando la resolución se muestre como un derecho del contratista, la extinción del contrato es una actuación debida de la Administración.

Es el artículo 207 el que regula el procedimiento para hacer valer citadas causas, y señala así en su apartado 1 que, «La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca», es relevante el uso de «se acordará», no de la expresión «podrá acordar», si bien en el propio apartado 2 del mismo precepto, establece para el caso particular de la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato, por lo que “sensu contrario” en los restantes casos no tiene porqué ser así, como concreta el siguiente párrafo al decir “En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 y de que, en los supuestos de modificaciones que excedan el 20 por 100 del precio inicial del contrato, la Administración también pueda instar la resolución”. Por lo que tradicionalmente se entiende que las causas de resolución, a excepción hecha de la declaración de insolvencia o del concurso, deben ser necesariamente instadas por la Administración o por el contratista pero no de un modo obligatorio sino de un modo potestativo, de tal manera que se llega así a la razonable conclusión de que en el caso particular de las modificaciones del contrato que supongan una alteración en el precio por encima del 20 por ciento o la modificación en las unidades de obra por encima del 30 por ciento, cuando concorra conformidad entre la Administración y el contratista, no quepa resolver el contrato, y por tanto, que quepan alteraciones del precio del contrato derivadas de las modificaciones contractuales sin limitación alguna siempre que se den los presupuestos sustantivos cualitativos limitaciones cualitativas a la facultad modificativa de la Administración pero no cuantitativas cuando Administración y contratista muestran su plena conformidad, aunque debe añadirse que en la determinación de ese aumento ilimitado del precio sí resulta inalterable los criterios empleados para la determinación del precio inicial y que deben ser los mismos para la determinación del nuevo precio alterado.

No existe resolución alguna de la Administración que resuelva el contrato de mutuo acuerdo,

sin que al efecto el documento n ° 2 de la demanda sea más que una mera declaración unilateral de la contratista, que se pretende justificar, según es dicho en la demanda, puesto que en el documento nada es dicho, por la conversación con un técnico de la Administración, don **LOPD** y el representante de la contratista don **LOPD**

~~El referido técnico municipal no aparece en todo el expediente y no ha sido propuesto como testigo. Tenemos que ir a la declaración testifical del Arquitecto Municipal Sr. **LOPD** **LOPD** para saber que es Arquitecto Técnico Municipal, que le sustituyó en una reunión con el contratista, y luego le informó, sin que en ningún caso se autorizara la resolución por mutuo acuerdo. En la testifical de don **LOPD** mantiene lo contrario, sin embargo este testimonio está viciado desde el momento en que fue Administrador de la sociedad recurrente, y es socio de la misma, según consta en la copia de escritura notarial de cese de administrador, nombramiento de cargos, incremento de capital y modificaciones de estatutos de 31 diciembre 2010 –folio 193 del expediente-~~

En todo caso, la existencia del acuerdo con el técnico, por una parte está desmentido con las reuniones posteriores que se expresan en la propia demanda, y en si, aunque existiera es inane, puesto que el técnico no expresa la voluntad de la Administración, única competente, como queda dicho, por mutuo acuerdo. En este sentido, con referencia a la legislación aplicable al caso y asumiendo dictamen del Consejo de Estad, la STS de 12 junio 1997, Recurso de Apelación núm. 11027/1991, dice en su FD 3:

“....., resalta el completo dictamen del Consejo de Estado, en el que analizados los fundamentos expuestos por «Izheus, SA» se desestiman en su totalidad; así respecto a la reunión de 17 de mayo de 1985 sobre resolución del contrato por previo acuerdo, se aclara que este pacto no tiene el valor que pretende darle la recurrente por no cumplir los requisitos del artículo 166 del Reglamento de Contratación del Estado que exige que no existan causas de incumplimiento del contratista, razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato; tal previo acuerdo deberá ser informado, antes de su aprobación por la Asesoría Jurídica y la Intervención del Estado...”

Sin que, además esta causa pueda acordarse cuando concorra otra causa de resolución imputable al contratista, conforme dispone el art. 207.4 LCSP.

Por otra parte, la falta de respuesta expresa de la Administración al referido escrito de 19 de septiembre 2011 de la contratista, no puede estimarse que determinara la resolución por silencio positivo. La disposición final octava de la Ley 30/2007 establece que "en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo , una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo , sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver".

Consta en el expediente, que la obra, adjudica por Decreto de la Alcaldía, el 16 de diciembre de 2010, misma fecha en que se suscribió entre las partes el documento de formalización del contrato administrativo correspondiente, obrante al folio 308 expediente, donde se especifica que el órgano de contratación es la Alcaldesa, así como que el objeto del contrato constituye la ejecución de las obras de construcción del edificio de uso social en equipamiento El Romeral, con arreglo al Proyecto Técnico redactado por **LOPD**

contractual vienen recogidos en el Código Civil, pues son expresamente reconocidos en la ley en aras del interés público. Entre estas prerrogativas se encuentra la de resolver el contrato unilateralmente por la Administración ante la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas, como es el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales.

A ello no puede oponerse el incumplimiento de la Administración. El artículo 200 de la LCSP, al regular el pago del precio por la Administración, prevé los trámites a seguir en caso de demora, llegando incluso a la posibilidad de resolver el contrato a instancias del contratista. Pero ello exige el cumplimiento de ciertos requisitos -previa comunicación a la Administración- que no se han producido en el presente caso.

Por otra parte, al caso la 6ª certificación en sí no existe puesto que no la expide ni la dirección de obra y la Administración, existiendo discrepancias sobre lo que con ella se pretende probar, y sin que tampoco exista liquidación final de obra. Precisamente para abonar al contratista lo que le corresponda la resolución impugnada ordena proceder conforme al art. 222 de la Ley 30/2007, donde tiene acomodo esa reclamación. Puesto que las certificaciones, cuando son expedidas en forma, son documentos que reconocen un derecho de cobro a favor del contratista y frente a la Administración, si bien no implican en forma alguna aprobación y recepción de las obras que comprenden. Por ello, los pagos de estas certificaciones tienen la naturaleza de abonos provisionales a cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y condicionados por tanto a la liquidación del contrato.

También se alega que el retraso es imputable a las modificaciones de la Administración del Proyecto. Al respecto no consta en el expediente que existiera modificación alguna del Proyecto, y en los informes de la dirección facultativa y del arquitecto municipal reseñados queda plasmado que no los hubo, explicando éste último el día de su declaración en el juzgado, ratificando lo informado que no hubo modificación de estructura ni de cimentación respecto al proyecto, sino modificación de la forma de ejecución para facilitar la tarea del contratista, que incluso suponía menos tiempo de ejecución. Así también, dice el técnico municipal que en el revestimiento de fachada pidió el contratista poner otro más barato, ordenando la dirección facultativa la ejecución según proyecto, sin que se haya ejecutado. A su criterio tampoco existe modificación del Proyecto en los saneamientos; y alguna partida que estaba en Proyecto pero por error no se presupuestó, se abonaría aparte, según es habitual. La domótica, dice que fue una mejora ofertada, respecto a la ofertada a petición de la Concejalía de la Juventud se pidió al contratista una modificación, pero como pasó ofertas desorbitadas, según comprobó tras consultar al Ingeniero Técnico Municipal, se ordenó la ejecución conforme a Proyecto, sin que mientras se solventaba la cuestión fuera necesario paralizar la obra, pudiendo realizarse la partidas que constan en uno de los informes, sin que se hicieran.

En este sentido, el ya mencionado informe de 11 agosto 2011 obra de don **LOPD**, **LOPD**, Arquitecto, y don **LOPD**, Arquitecto Técnico, dirección facultativa de la obra -quienes también han testificado en juicio-, señalan que independientemente de la domótica pudo realizarse, sin que a esa fecha estuviera realizado partidas como: -Carpintería de aluminio.-Vidrios. -Revestimiento exterior del edificio. -Cierre de U-Glass. -Aislamiento e impermeabilización de Lucernario. -Montaje de sanitarios. -Instalación de iluminación. -Instalación contra incendios. -Instalación de ventilación. -Máquinas de aire acondicionado. -Pintura exterior. -Pintura exterior. -Cerrajería

LOPD, y de conformidad con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares aprobadas por Decreto nº 4516/2010, de fecha 8 de septiembre de 2010.. (una copia del mismo se adjunta como Anexo I, folio 313 y ss). Es fijado el plazo de ejecución de las obras de referencia el de cuatro meses desde la suscripción del acta de replanteo (cláusula 6 del PCAP) y un precio de 296.493,32 euros, IVA incluido. El acta de comprobación del replanteo y de inicio de la obra tuvo lugar el día 23 de diciembre de 2010.

Cuatro meses después la obra no había sido concluida según lo pactado, conforme consta en informe unido al expediente 11 agosto 2011 del Arquitecto don **LOPD**

LOPD, y del Arquitecto Técnico don **LOPD**, actuando ambos como Dirección Facultativa de las obras, incorporando al mismo fotografías del estado del edificio a esa fecha y con posterioridad. No sólo la obra no estaba terminada en la fecha que debiera sino que, como informa a 29 septiembre 2011 el referido Sr. **LOPD**, mediados de mayo, la constructora paró la ejecución de la obra. Informando ambos técnicos de dirección facultativa conjuntamente a 11 octubre 2011 con amplitud de la situación, reiterando anteriores informes y concluyendo que: 1.- La constructora no cumplió el plazo total de ejecución. 2.- La constructora abandonó la obra en Junio. 3.- La constructora no ha ejecutado ninguna prestación adicional propuesta.

Situación expuesta por la Dirección Facultativa que refrenda en informe, también unido al expediente, de 13 octubre 2011, el Arquitecto Municipal Sr. **LOPD** señalando:

“...Efectivamente, el contratista ha incumplido las siguientes estipulaciones del Contrato:

1.Teniendo en cuenta la fecha de la firma del acta de replanteo y el plazo de ejecución que consta en el Contrato (4 meses), existe un retraso de las obras de casi 5 meses, en concreto, 147 días, contados desde el momento en que tenían que haber concluido las obras (24 de abril) hasta el día en que el contratista comunica a este Ayuntamiento su decisión de no continuar las obras (19 de septiembre).

2.Además, existe abandono de las obras por parte del contratista desde el mes de junio, según consta en el informe de la Dirección Facultativa, lo cual, en virtud del artículo 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, es causa de resolución del Contrato.

3.Consultado el OALDIM se constata que la empresa adjudicataria no ha justificado la contratación de ningún trabajador, recordándose que el contrato establece la obligación de contratar a 30 personas.

4.En cuanto a las prestaciones adicional- ofertadas,... hoy no se ha ejecutado ninguna, si bien es cierto que la mayor parte de ellas podrían ejecutarse en un momento posterior al que se encuentran las obras.... teniendo en cuenta el porcentaje de obra ejecutada (4b, //%), el contratista debería abonar, en concepto de parte proporcional de dichas prestaciones adicionales, la cantidad de 14.898,82 euros..”.

TERCERO.- Para tratar de justificar el abandono de la obra, la parte recurrente alega circunstancias, varias que carecen de consistencia suasoria

Una de las razones que invoca el contratista es la falta de abono de la 6ª certificación. Aun en el caso de que la Administración no hubiere cumplido correctamente y en plazo su obligación de pago, ello no exonera al contratista del cumplimiento de las suyas, ni por tanto justificar la paralización de la obra y su abandono, hecho que es indiscutido a la vista del expediente y del propio reconocimiento por parte del demandante. En materia de contratación pública, la Administración dispone de una serie de prerrogativas (art. 194 de la LCSP de 2007 aquí aplicable) que no son contrarias a los principios que en materia

exterior. -Pavimento exterior. -Jardinería. ..

El informe del arquitecto municipal no está contradicho en autos por informe técnico alguno. No existiendo pericia judicial, a las apreciaciones de los técnicos de la Administración debe estarse (entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1992, de 25 de enero de 1993, de 25 de abril de 1994, de 29 de enero y de 3 de febrero de 1997, de 20 de mayo de 2004, recurso 714/2000). A este respecto, la Sentencia de 25 julio 2003 (RJ 2004\5515) dice: "Ha sido postura constante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en la apreciación de la prueba pericial o informes técnicos, han de gozar de preferentes garantías en la estimación de los mismos, los emitidos por los técnicos municipales, y por los dictámenes periciales emitidos con las garantías de los artículos 610 y siguientes de la LECiv/1881, vigente al dictarse la sentencia recurrida, dadas las condiciones de objetividad e imparcialidad de que gozan tales informes o dictámenes, condiciones que aún concurren con mayor relevancia en los dictámenes periciales emitidos en los autos en la práctica de la prueba pericial,..."

Con lo que obviamente no damos prevalencia a lo dicho por los testigos presentados por la recurrente y oídos en sede judicial, ex gerente, empleados, o ex empleados, que se limitaban a hacer o no hacer lo que su dirección les ordenaba. Así don LOPD, Jefe de Obra, que llega a reconocer que el revestimiento era independiente de la domótica. Don LOPD, Ingeniero que llevaba la instalación de domótica. Don LOPD que como se dijo en el fundamento fue Gerente de la empresa y es socio de la misma. Don LOPD que llevaba el tema de seguridad y salud de la obra de la recurrente. Don LOPD, encargado de obras. Don LOPD, don LOPD don LOPD don LOPD

Por otra, parte señala la Administración en su resolución, repitiendo el informe del arquitecto municipal que consultado el OALDIM se constata que la empresa adjudicataria no ha justificado la contratación de ningún trabajador, recordándose que el contrato establece la obligación de contratar a 30 personas; y en las copias de contratos aportados por la parte recurrente, sólo 9 son de trabajadores de Vélez-Málaga, ninguno se refiere a que el centro de trabajo sea Vélez-Málaga, siendo algunos de La Herradura y otros de Málaga.

En definitiva, consta en el caso de autos una causa de resolución del contrato como es el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones. La resolución del contrato constituye una prerrogativa de la Administración que queda justificada por concurrencia de las causas legales a las que la resolución impugnada se refiere.

CUARTO.- Conforme se previene en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, tras la reforma por Ley 37/2011, en vigor desde el 31 octubre 2011, procede imponer costas a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto,

FALLO

1.- DESESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto en nombre de

LOPD

2.- IMPONER el pago de las costas causadas a la parte recurrente.

Deposítense en Secretaría previo testimonio en autos

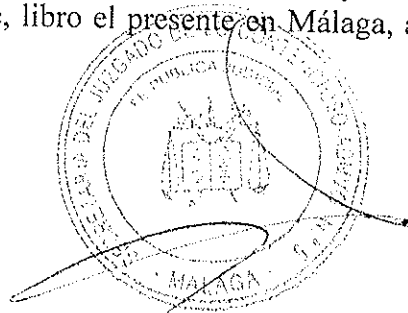
Así lo acuerdo y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada y publicada al anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez que la dicta, estando constituido en Audiencia Pública en el día de la fecha. Doy fe.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga, a presentar en este Juzgado en quince días.

Para la admisión del recurso deberá acreditarse la constitución de depósito en cuantía de 50 euros, debiendo ingresarlo en la cuenta de este Juzgado de BANESTO nº 2364 con indicación en el apartado "concepto" del documento de ingreso que se trata de un recurso de apelación, seguido del código "22", de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional Decimoquinta de la L.O 6/1985 del Poder Judicial, salvo concurrencia de los supuestos de exclusión previstos en la misma (Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y organismos autónomos dependientes de todos ellos) o beneficiarios de asistencia jurídica gratuita

Lo anteriormente reproducido concuerda bien y fielmente con el original a que me remito. Y para que así conste, libro el presente en Málaga, a treinta de octubre de dos mil catorce.



"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)".