



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 159/2008

(Sección 1ª)

La Laguna, a 6 de mayo de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Gomera en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de consultoría y asistencia, suscrito con la empresa I., S.L., para la dirección facultativa de la obra denominada Actualización de precios, reformado, restauración Iglesia San Juan Bautista, 1ª y 2ª fase (término municipal de Vallehermoso). Incumplimiento de plazos. Incumplimiento de obligación esencial: La comprobación de replanteo (EXP. 174/2008 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Gomera, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato administrativo de consultoría y asistencia que tiene por objeto la dirección facultativa de la obra denominada Actualización de precios, reformado, restauración Iglesia San Juan Bautista 1ª y 2ª fase (término municipal de Vallehermoso).

2. La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 59.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y con el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

3. La solicitud ha sido cursada por el procedimiento de urgencia, fundamentada ésta, a efectos de la motivación exigida por el art. 20.3 de la citada Ley 5/2002, "en cuanto se trata de una obra que, en principio, estaba previsto ejecutar en el año 2005 y por causas ajenas a esta Corporación se ha ido dilatando en el tiempo, dándose la circunstancia de que la misma está inserta dentro de las actuaciones subvencionadas en el Protocolo General de Colaboración suscrito entre la Consejería de Educación, Cultura y Deportes del Gobierno de Canarias, el Excmo. Cabildo Insular de La Gomera, el Obispado de la Diócesis de Tenerife y el Ayuntamiento de Vallehermoso y en el propio Plan Canario de Infraestructura y Equipamiento Cultural y Restauración y Conservación del Patrimonio Histórico" .

No obstante, aunque se emite el Dictamen en el plazo correspondiente, lo cierto es que, a estos efectos, no es correcta la justificación propuesta por la Administración, pues el contrato a resolver no es el de ejecución de la obra en cuestión y, además, éste se ha formalizado, tardíamente, en 2007.

II¹

III

1. En lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, se señala que el 11 de septiembre de 2007 se dispone por la Presidencia de la Corporación iniciar el procedimiento de resolución contractual y se concede trámite de audiencia a la entidad interesada. Este acto fue notificado el siguiente 3 de octubre, sin que conste en el expediente la presentación de alegaciones, ni que se hubiera proseguido la tramitación por parte de la Administración.

Este procedimiento fue declarado caducado por Resolución de la Presidencia de 18 de enero de 2008 al haber transcurrido el plazo máximo de tres meses para proceder a su resolución y notificación, en aplicación del art. 42.3 LRJAP-PAC.

En esta misma Resolución se acuerda el nuevo inicio del procedimiento de resolución contractual.

2.²

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

² Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

3. Con las salvedades antes expuestas, a la vista de las actuaciones practicadas, puede considerarse que el procedimiento ha sido correctamente tramitado.

Por otra parte, se ha resuelto con carácter incidental y con suspensión de la tramitación del procedimiento resolutorio (art. 77 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC) la recusación presentada por la interesada en relación con dos funcionarios del Área de Obras Públicas a que se ha hecho referencia en los antecedentes.

Únicamente procede realizar dos observaciones, que en cualquier caso no inciden sobre la adecuación del procedimiento, anteriormente señalada:

A. Se plantea en primer lugar la cuestión relativa a la declaración de caducidad del primer procedimiento iniciado para declarar la resolución del contrato, al haber transcurrido el plazo de tres meses desde su inicio sin haberse dictado y notificado Resolución expresa. Se ha considerado de aplicación lo previsto en el art. 42.3 LRJAP-PAC, en relación con el art. 44.2 de la misma Ley.

La normativa reguladora de la contratación administrativa no establece el plazo del procedimiento de resolución contractual, por lo que ha de estarse a lo que a estos efectos disponga la Ley 30/1992, cuya aplicación supletoria se reconoce expresamente en la disposición adicional séptima del Texto Refundido. En este sentido, dado que el Reglamento de desarrollo al establecer el procedimiento en su art. 109 no fija el plazo del mismo, debe entenderse que éste es el de tres meses que establece el art. 42.3 del primer texto legal citado.

Ahora bien, la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución contractual (que ha sido aceptado por el Tribunal Supremo en sus SSTs de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008) plantea la cuestión de si nos encontramos ante un supuesto en el que se ejercen facultades sancionadoras o de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, que es el presupuesto de hecho que habilita para su aplicación a tenor de lo previsto en el art. 44 LRJAP-PAC.

Para este Consejo Consultivo, es necesario tener en cuenta que la materia contractual presupone necesariamente un vínculo de esa naturaleza entre las partes (la Administración y la contrata), lo que excluye la relación general de sujeción en que puedan ejercerse potestades de intervención o sanción, a la que viene referido

precisamente el precepto legal citado. Además, el interés general que preside la contratación administrativa puede actuar como un límite a la institución de la caducidad, teniendo en cuenta además que la finalidad perseguida no es el penalizar al contratista sino la defensa de los intereses públicos. En cualquier caso, la resolución contractual no impide que le sean abonados a aquél las prestaciones que, en su caso, hubiera realizado, sin perjuicio de las consecuencias que la resolución lleve aparejada.

En esta línea, el Consejo de Estado de manera constante se ha pronunciado en sentido desfavorable a la declaración de caducidad de los procedimientos de resolución contractual (Dictámenes 477/2001, 277/2001, 625/2001, 1077/2002, 1065/2003 y 2294/2004).

B. La segunda observación que procede realizar se refiere a la suspensión del plazo de resolución acordada con ocasión de la solicitud de Dictamen a este Consejo. Como reiteradamente se ha manifestado por este Organismo, la suspensión del plazo a que se refiere el art. 42.5.c) LRJAP-PAC, relativa a la solicitud de los informes preceptivos, no resulta aplicable a los Dictámenes que ha de emitir este Consejo, ni éstos no participan de la naturaleza de "informes", que se incardinan en la tramitación del procedimiento y que se dirigen a fundamentar la Resolución que en el mismo se dicte (art. 82 LRJAP-PAC). El Dictamen de este Consejo tiene por objeto el análisis de la adecuación jurídica de la resolución que, aunque en forma de propuesta definitiva y perfectamente formulada por el Instructor tras finalizar la instrucción, vaya a dictarse. En todo caso, no es un Organismo de la misma o distinta Administración de la actuante.

IV

La Administración actuante (Decretos de la Presidencia del Cabildo de incoación y nuevo inicio por caducidad, de fechas 11 de septiembre de 2007 y 18 de enero de 2008 e informe-Propuesta del Jefe de Servicio del Área de Obras Públicas) fundamenta la resolución del contrato de dirección facultativa en las causas previstas en el art. 111.e) y f) TRLCAP [hay error al citar el apartado f), pues es el g)], referentes a la demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista e incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, respectivamente, al considerar que la entidad adjudicataria ha incumplido la obligación contractual de carácter esencial consistente en la comprobación del replanteo.

De acuerdo con la cláusula 8, apartado 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, la entidad adjudicataria asume entre sus funciones la de elaborar las actas y certificaciones correspondientes durante el replanteo, comienzo, desarrollo, terminación y recepción de las obras, asegurándose de que éstas se emitan con la periodicidad exigida y de la correspondencia de mediciones y valoraciones entre lo realmente ejecutado y lo previsto en el proyecto.

En cualquier caso corresponde a la Dirección facultativa la obligación de proceder a efectuar la comprobación del replanteo, realizando los trámites necesarios para ello, como son la citación al contratista encargado de la ejecución de la obra y la realización de la correspondiente acta del resultado que debe ser firmada por ambas partes interesadas, con remisión de un ejemplar a la Administración (arts. 142 TRLCAP y arts. 139 y 140 RGLCAP).

Esta obligación reviste carácter esencial porque se configura como un trámite necesario, previo e inmediato a la iniciación de las obras sin cuyo cumplimiento no puede darse comienzo a los trabajos (art. 142 TRLCAP).

En el presente caso, consta acreditada en el expediente la comunicación efectuada con fecha 12 de junio de 2007 por la Administración a la empresa adjudicataria de la dirección facultativa advirtiéndole de la próxima finalización del plazo para cumplimentar este trámite, que se produciría el 18 de junio de 2007, transcurrido un mes desde la formalización del contrato.

Consta que la empresa adjudicataria de las obras puso en conocimiento de la Administración con fecha 20 de junio de 2007 que desde el momento en que formalizó el correspondiente contrato el 9 de abril de 2007 se encuentra a la espera de que se señale día y hora para formalizar el acta de comprobación del replanteo, la cual debió haberse efectuado hasta el 9 de mayo de 2007 (art. 142 TRLCAP), sin que por la Dirección facultativa pudiera haberse realizado en ese plazo, aunque sí con posterioridad.

La empresa encargada de la dirección facultativa manifiesta en sus alegaciones y acredita que el 2 de julio de 2007 envió un fax a la adjudicataria de las obras, la empresa A.T., S.L., en el que expresaba que "se ha intentado ponerse en contacto con ellos en varias ocasiones (teléfono móvil y oficina) a fin de suscribir el acta de comprobación de replanteo y no siendo posible dicho contacto y dado que se le ha comunicado verbalmente que no hay intención de firmar el acta se requiere urgentemente contactar a fin de aclarar la situación y ponerla en conocimiento de la

Corporación Insular". Consta además que la empresa adjudicataria de las obras desmiente estas afirmaciones el mismo día y utilizando también el mismo medio, si bien sin resultado, conforme al reporte de actividad presentado en sus alegaciones en trámite de audiencia. En este fax indicaba además su disposición para concertar cita y firmar el acta.

La empresa I., S.L. aporta otro fax de fecha 16 de agosto de 2008 enviado a la empresa adjudicataria de las obras a los efectos de su citación el siguiente día 20 de agosto en el lugar de las obras para firmar el acta de comprobación del replanteo. No consta sin embargo reporte de actividad de este fax ni contestación al mismo por parte de la empresa afectada. En sus alegaciones durante el trámite de audiencia esta última indica que, tras finalizar las vacaciones del personal técnico, intentó ponerse en contacto vía fax, aunque infructuosamente como se demuestra con la documentación presentada, en fecha 27 de agosto.

En definitiva, según resulta de la documentación obrante en el expediente, la comprobación de replanteo debió efectuarse dentro del mes siguiente a la formalización del contrato de obras, esto es, hasta el 9 de mayo de 2007 sin perjuicio de que excepcionalmente se pueda prorrogar (art. 142 TRLCAP).

En todo caso, sin perjuicio de las vicisitudes de la contratación que antes se han expuesto, con los efectos que en su caso correspondan, lo cierto es que a fecha de 11 de abril de 2008, no se ha procedido a la comprobación del replanteo, ni consta en el expediente que se hubiera comunicado en ningún momento a la Administración las razones que lo han impedido o que, en su caso, se debiera a la negativa de la empresa adjudicataria de las obras.

Concurre por consiguiente la causa de resolución contractual de incumplimiento de esta obligación esencial de la adjudicataria aducida por la Administración [art. 111.g) TRLCAP], por lo que ésta se considera conforme a Derecho. La Resolución que se dicte habrá de pronunciarse, por imperativo del art. 113.5 TRLCAP, sobre la procedencia de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, al haber incurrido el contratista en la causa de resolución prevista en el art. 111.g) TRLCAP.