



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 301/2008

(Sección 1ª)

La Laguna, a 21 de julio de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de la obra "renovación de aceras en Piletillas", término municipal de Telde, adjudicado a la empresa A.T., S.A. Demora en la comprobación del replanteo (EXP. 287/2008 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. Mediante escrito del Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria se solicita por el procedimiento ordinario y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, y 59.1 y 149.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), preceptivo Dictamen respecto de la Propuesta de Resolución (contenida en el informe-propuesta del Jefe del Servicio Administrativo de Cooperación Institucional de 4 de abril de 2008, aceptado por el Consejero Cooperación Institucional, por Decreto de 30 de abril de 2008), que culmina el procedimiento de resolución del contrato adjudicado a la empresa A.T., S.A. (el contratista), para la renovación de aceras en Las Piletillas, en Telde.

Se señala que según la disposición transitoria primera, 2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, como sucede en el presente supuesto, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. Por ello, todas las referencias legislativas que siguen, relativas a la materia contractual, se

* **PONENTE:** Sr. Díaz Martínez.

refieren al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

2. El Consejero de Cooperación Institucional y Solidaridad Internacional, en ejercicio de la delegación realizada en Acuerdo de Gobierno de la Corporación Insular de 16 de julio de 2007, dictó el 30 de abril de 2008 Decreto, que da por reproducido el informe del Jefe del Servicio Administrativo de Cooperación Institucional de 4 de abril de 2008, a los efectos de informar sobre la procedencia de la incoación de la resolución contractual. En el citado informe se propone resolver el contrato de la obra "Renovación de aceras en Piletillas", fundamentado en la demora en la comprobación del replanteo, no accediendo al pago de las cantidades exigidas por el contratista por no ajustarse a Derecho, así como que el órgano de contratación deberá emitir pronunciamiento sobre la incautación o no de la garantía definitiva y la exigencia, en su caso, de una indemnización por daños y perjuicios a la Administración por las obras dejadas de ejecutar.

3. En el procedimiento resolutorio, con matices, se ha dado cumplimiento a las previsiones de índole formal que al efecto contempla la legislación vigente. Concretamente, se cumple con la preceptiva audiencia al contratista y al avalista [art. 109.1.a) y b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP)]; no así, sin embargo, el preceptivo informe del Servicio Jurídico [art. 109.1.c) RGLCAP], que sólo resulta excepcionado en los casos de resolución contractual en los supuestos contemplados en los arts. 41 y 96 TRLCAP. Finalmente, se ha solicitado la preceptiva intervención de este Consejo Consultivo, pues consta, en escrito de 26 de mayo de 2008, que se ha formulado la oposición del contratista [art. 59.3.a) TRLCAP y art. 109.1.d) RGLCAP].

II

1. Antes de entrar en el análisis de la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución se debe efectuar el relato, siquiera sea sucinto, de los hechos más relevantes acaecidos desde la adjudicación del contrato, con la que se perfecciona el mismo, y que han determinado la tramitación del presente procedimiento de resolución contractual.

En el contexto del Plan Insular de Obras y Servicios, aprobado por el Pleno en sesión de 6 de marzo de 2006, para ser ejecutado en los ejercicios de 2006 y 2007, se

programaron varias actuaciones, entre ellas la de renovación de aceras en Piletillas, término municipal de Telde, por un importe de licitación de 210.926, 28 €.

La obra, tras ser licitada y acudir al llamamiento tres empresas, fue adjudicada a la empresa A.T., S.A. por un importe de 133.815,53 €, el 17 de noviembre de 2006, con notificación al adjudicatario el 11 de diciembre de 2006, con la indicación expresa de que el contratista deberá presentar, una vez formalizado el contrato el Plan de Seguridad y de Salud para su aprobación por el órgano de contratación "antes del inicio de los trabajos".

2. Mediante escrito de salida 15 de enero de 2007, la Jefa del Servicio de Contratación comunica a la empresa contratista que "habiendo transcurrido el plazo de treinta días naturales para proceder a la formalización del contrato (...) se le requiere para que en el plazo improrrogable de quince días naturales cumplimente tal obligación", con apercibimiento de la aplicación de la causa de resolución prevista en el art. 111.d) TRLCAP.

El 26 de enero de 2007, tuvo lugar la firma del correspondiente contrato administrativo, donde se expresa (cláusula tercera) que el plazo de ejecución de las obras será de tres meses "a contar desde la formalización del acta de comprobación del replanteo", comprometiéndose el contratista (cláusula cuarta) a "cumplir con las disposiciones existentes en materia de previsión y Seguridad Social".

El contratista, en escrito de 30 de enero de 2007, remite el Plan de Seguridad y Salud de las obras. Asimismo, presenta dos copias el 17 de mayo de 2007.

3. En escrito de 1 de marzo de 2007, la empresa adjudicataria manifiesta no haber "sido convocados para la firma del acta de comprobación del replanteo" de la obra, señalando que el 22 de febrero se le comunicó *verbalmente* por la técnico de las citadas obras que se había renunciado a las mismas. Por ello, indica que "si en un plazo de 15 días no tenemos noticias al respecto (se solicitaría) la resolución de dicho contrato así como [(...) el] abono [(...) del] lucro cesante y el 6% de los gastos generales y beneficio industrial".

Por escrito de 11 de abril de 2007, el contratista reitera la firma del acta y la aprobación del Plan de Seguridad y Salud de las obras.

4. Mediante escrito de 12 de julio de 2007, el contratista insta la resolución del contrato por causa imputable a la Administración, pues habiéndose firmado el contrato el 26 de enero de 2007 y habiendo transcurrido más de un mes desde dicha

fecha "no hemos sido convocados para la firma del acta de replanteo", reclamando gastos generales, lucro cesante y beneficio industrial, pues estando a la espera de esa notificación la empresa ha "dejado de contratar otras obras".

Según se desprende del informe de la Técnico insular de 1 de octubre de 2007, tras la presentación de ese escrito, el 16 de julio de 2007, se mantiene "conversación telefónica (con el contratista) en la cual se acuerda proceder a la comprobación del replanteo a la mayor celeridad, y a este fin se concierta la fecha de 19 (de julio)", pero un día antes el contratista manifiesta "no poder asistir a la comprobación del replanteo", conviniéndose con el mismo que no obstante ello se realizaría el trámite y que en su momento podría pasar "a firmar el acta y recoger los ejemplares que le corresponden", pero no lo hace; al contrario, "a través de conversación telefónica nos hace saber que continúa con la idea inicial de solicitar la rescisión del contrato".

El 19 de julio de 2007, se firma el acta de comprobación del replanteo, en presencia del Director de la obra y de la Técnico del Cabildo, pero no del contratista, sin que conste la orden expresa al mismo de comienzo de las obras.

Con fecha 2 de agosto de 2007, se informa negativamente el Plan de Seguridad y Salud de la obra. El contratista lo presenta rectificado el 13 de agosto de 2007, recibiendo conformidad el 17 de agosto de 2007.

5. El 31 de enero de 2008, en un informe técnico se propone la "rescisión del contrato (...) por mutuo acuerdo". Asimismo, en informe Jurídico-Administrativo del Jefe del Servicio Administrativo de Cooperación Institucional, de fecha 4 de abril de 2007, se propone resolver el contrato fundamentado en la demora de comprobación del replanteo, no accediendo al pago de las cantidades exigidas por el contratista, lo que se asume por el Consejero de Cooperación por Decreto de 30 de abril de 2008.

Tras la notificación de este Decreto al contratista y avalista, por el primero se presentan alegaciones el 26 de mayo de 2008, en las que da cuenta que "solicitó mediante escritos de 1 de marzo, 11 de abril, 12 de julio de 2007 y 23 de abril de 2008 la resolución de dicho contrato", con petición del 6% de beneficio industrial, los gastos generales y el lucro cesante, "y en el último escrito citado la devolución de la garantía definitiva y los correspondientes intereses de demora". En suma, se opone a la presente resolución del contrato promovida por la Administración, pues la misma había sido instada en primer lugar por A.T., S.A. ya que fue la Administración la que había originado con su actitud la suspensión de hecho del inicio de la obra contratada y, por ende, de la ejecución del correspondiente contrato.

III

1. Para realizar el análisis del fondo de la resolución contractual planteada se ha de partir del informe-Propuesta de Resolución de 4 de abril de 2008, luego aceptado por el Consejero de Cooperación Institucional por Decreto de 30 de abril de 2008.

En el citado informe-Propuesta se hace constar que el contratista incumplió varias de sus obligaciones (no formalización del contrato en plazo y no comparecencia a la firma del acta de comprobación del replanteo), lo que atenúa, a juicio de la Administración, el incumplimiento de sus obligaciones (retraso en la suscripción de tal acta y retraso en la valoración del Plan de Seguridad y Salud presentado por el contratista), concluyendo que "no puede imputarse (a la Administración) exclusivamente la causa de resolución expuesta" por el contratista (Fundamento de hecho cuarto); y no obstante lo anterior, en la Propuesta se hace referencia, como causa resolutoria, a "la demora en la comprobación del replanteo", de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.a) TRLCAP, señalando que no procede acceder al pago de las cantidades exigidas e instando del órgano de contratación un pronunciamiento expreso sobre la "incautación o no de la garantía definitiva (...) así como la exigencia o no de una indemnización por daños y perjuicios". Este pronunciamiento solicitado al órgano de contratación, en puridad y siendo una Propuesta resolutoria, debería haber sido recogido en el propio informe-Propuesta (art. 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común LRJAP-PAC, en conexión con el art. 113 TRLCAP).

2. La causa de resolución que se alega, es decir la demora en la comprobación del replanteo, es cuestionable en sus propios términos.

En el informe técnico de 31 de enero de 2008, se propuso que la resolución fuera por mutuo acuerdo, siendo así que ya constaba la oposición del contratista. Y en el mencionado informe-Propuesta de 4 de abril se propone la resolución del contrato por la "demora en la comprobación del replanteo", sin imputar esa demora a ninguna de las partes de la relación.

Es de resaltar que esa demora ya había sido denunciada por el contratista en sucesivos escritos de 1 de marzo, 11 de abril y 12 de julio de 2007, y en este último escrito había pedido la resolución del contrato, pues el órgano de contratación no había adoptado las previsiones adecuadas en orden a la firma del acta.

Si el contratista había instado la resolución del contrato por la mencionada causa, no se estima procedente que la Administración prácticamente un año después proponga la resolución del contrato por la misma causa, pero ahora, al parecer, imputando -no de forma expresa y directa- el incumplimiento al contratista.

Además, se señala que de conformidad con el art. 113.5 TRLCAP *"en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida"*. Y, por otro lado, si se parte de la resolución contractual por culpa del contratista, los efectos necesarios de este pronunciamiento no son otros que la incautación de *"la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada"* (art. 113.4 TRLCAP).

3. Si como se desprende de la relación de hechos del informe-Propuesta la resolución obedece a causas imputables a ambas partes, la misma debe basarse en la primera aparecida en el tiempo o, incluso, si ambas partes asumieran el incumplimiento de sus respectivas obligaciones debieran pactar la resolución de mutuo acuerdo. Pero éste no ha sido el caso, pues el contratista se ha opuesto a la resolución y entiende que la resolución del contrato sólo es imputable a la Administración y así lo ha solicitado en todo momento.

Desde esta perspectiva, no es alegable que el contratista hubiera incumplido el plazo de formalización del contrato. Si la formalización debía realizarse *"en el plazo de treinta días naturales desde la notificación de la adjudicación"*, que tuvo lugar el 11 de diciembre de 2006 (cláusula administrativa particular 12), tal formalización, en efecto, no tuvo lugar en el plazo indicado. No obstante, el contratista, previo requerimiento de la Administración, compareció en el plazo concedido al efecto, formalizándose el contrato el 26 de enero de 2007. Luego, este incumplimiento del contratista no debe ser tenido en cuenta a los efectos de sustentar o reforzar la resolución del contrato por presunto incumplimiento del contratista.

Por otra parte, que la empresa adjudicataria, A.T., S.A. no compareciera a la firma del acta de comprobación del replanteo no puede ser tomado como causa resolutoria, por varias razones.

En efecto, el contratista reiteradamente solicitó que se le citara para la firma del acta de comprobación (desde el 1 de marzo al 12 de julio de 2007), sin que ello tuviera lugar.

Fue después de que el contratista instara el 12 de julio de 2007 la resolución del contrato, cuando hubo contactos telefónicos entre la Administración y la otra parte - a instancias de aquélla-, de lo que no se dejó diligencia escrita en las actuaciones, sino que las mismas constan en informe posterior relatando tales conservaciones, vulnerándose de esta forma el carácter escrito del procedimiento administrativo y especialmente de la contratación administrativa. Según lo recogido de las conversaciones en ese informe, *ambas partes convinieron que ya que el contratista no podía estar el día fijado para la firma, se firmaría el acta y el contratista luego recogería la suya*. Con ello, se actuó incumpliendo el art. 142 TRLCAP, el cual exige que la Administración efectuará la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación en presencia del contratista, además dentro del plazo de un mes desde la formalización del contrato, salvo casos excepcionales justificados, extendiéndose luego acta del resultado a firmar por ambas partes.

Es de tener en cuenta que el día de la firma del acta, con *ausencia del contratista*, tuvo lugar el 19 de julio de 2007, pero ya antes, el 12 de julio de 2007, el contratista *había presentado su escrito instando la resolución del contrato por causa imputable a la Administración*, precisamente, por "demora en la comprobación del replanteo" [art. 149.a) TRLCAP].

En base a lo terminado de exponer, la causa de resolución alegada en la Propuesta, en la forma y alcance con que lo ha sido, no se estima correcta.

4. El art. 142 TRLCAP permite que "en casos excepcionales justificados" se supere el plazo de un mes para la firma del acta de comprobación del replanteo.

En el mencionado informe-Propuesta se imputa la dilación al hecho de que el informe sobre el Plan de Seguridad y Salud presentado por el contratista -sin el cual no podría iniciarse la obra- a su vez se retrasara debido a que "el expediente de contratación de la asistencia técnica en materia de seguridad y salud" no se inició con la debida antelación. Es decir, que el retraso en la firma del acta de comprobación de replanteo se debió a que la Administración no podía informar el Plan de Seguridad y Salud presentado por el contratista, y ello fue debido a que la Administración se retrasó en la contratación de la asistencia para la valoración de ese Plan.

Es claro que una negligente o defectuosa actuación administrativa no puede ser el *motivo excepcional que el Texto Refundido contempla para la ampliación del plazo de la comprobación del replanteo*, ni tal supuesta circunstancia excepcional se

le comunicó al contratista pese a que se conocía, durante meses, que había reclamado la realización del trámite. Es más, aunque conectadas, estas actuaciones no se relacionan formalmente, de manera que la comprobación puede hacerse sin problema pese a no disponerse del Plan, sin perjuicio de que, en este caso, no puedan iniciarse las obras, debiéndose suspender su inicio.

El contratista no es responsable de las consecuencias de la no formalización del acta citada, situación que no fue creada por él y que sólo es imputable a la omisión de la propia Administración al entender que *como no se estaba en condiciones de informar el Plan de Seguridad y Salud, que debe ser previo al comienzo de las obras, no se podía realizar el trámite de firma del acta de comprobación del replanteo, pues al día siguiente de esa firma debían comenzar las obras (cláusula 14.1 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares)*.

Por ello, no se considera admisible imputar al contratista el incumplimiento del trámite de firma del acta -no comparecencia al trámite, exactamente-, pues la Administración fue la que primero incumplió con su omisión y forzó el *incumplimiento del contratista*, que ahora se pretende traer como causa de resolución del contrato; siendo así que el incumplimiento de la Administración fue lo que sirvió de base para que el contratista instara, en primer lugar, la resolución de la relación contractual.

5. En consecuencia, se estima que no ha sido la actuación del contratista la que ha impedido el normal desenvolvimiento del contrato.

En definitiva, fue la actuación de la Administración la que impidió el adecuado desenvolvimiento del contrato adjudicado y formalizado y, por ende, su ejecución, no siendo admisibles las causas que se alegan por la Administración para resolverlo, imputándose las al contratista, partiendo de la inadecuada razón por la que se demoró, en el seno de la propia contratación, es decir, la información y subsiguiente decisión sobre el Plan de Seguridad y Salud presentado, o bien, por el mero hecho de que, como antes se dijo, la comprobación del replanteo no exige la previa aprobación del Plan.

Si se aceptara la causa de resolución contenida en el informe-Propuesta, el contratista tendría derecho a una indemnización del 2% del precio de la adjudicación (art. 151.2 TRLCAP) y a la devolución de la fianza constituida (art. 113.4 TRLCAP).

No obstante, la realidad es que la Administración, sin causa que lo justifique, ni tampoco alegada en ningún momento, no ha tramitado y mucho menos resuelto la

solicitud de resolución, además suficientemente fundada fáctica y jurídicamente, que ha presentado el contratista. Por el contrario, ha seguido sin más con la tramitación del contrato formalizado, aunque, como se ha expuesto, también inadecuadamente, de modo que, de hecho y desde su perspectiva, las obras están en condiciones de iniciarse. Sin embargo, tal inicio no se ha producido por su propia voluntad, generándose una situación de suspensión efectiva de tal inicio que ya dura más de seis meses.

En consecuencia, aun habiéndose producido la causa de resolución del contrato prevista en el art. 149.1.a) TRLCAP, en estos momentos y no habiéndose adoptado ninguna decisión al respecto por el órgano de contratación, lo cierto es que el contrato no resuelto puede serlo ahora por la causa del apartado b) de dicho art. 149.1 TRLCAP, no siendo admisible que la actuación improcedente de la Administración pueda perjudicar suplementariamente al contratista.

Por consiguiente, el contrato ha de resolverse en base al art. 149.1.b) TRLCAP, salvo razón en contrario que alegue y demuestre la Administración, imposible de detectar ahora en el expediente incoado, con los efectos contemplados en el art. 151.3 del propio Texto Refundido y con devolución de la garantía definitiva.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no es conforme a Derecho, pues los incumplimientos contractuales producidos en la obra "Renovación de aceras en Piletillas", en Telde, no son imputables al contratista, A.T., S.A., debiendo procederse por el Cabildo Insular de Gran Canaria a la devolución de la garantía definitiva, así como a satisfacer la indemnización prevista en el art. 151.3 TRLCAP.