



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 3 0 5 / 2 0 0 9

(Sección 1ª)

La Laguna, a 23 de junio de 2009.

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 obra A.V.S.F. Suspensión de las obras (EXP. 247/2009 CA)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. Por escrito de 9 de marzo de 2009 el Presidente del Cabildo de Gran Canaria interesó, por procedimiento ordinario, 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, Dictamen preceptivo, si bien apoyado solamente en el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Adoleciendo el expediente remitido con la solicitud de la preceptiva Propuesta de Resolución relativa al mismo y tras informe del Letrado-Mayor de este Órgano Consultivo, comunicado al consultante, tal defecto es subsanado por escrito del Consejero de Hacienda del Cabildo, de 8 de mayo de 2009, al que adjunta informe-Propuesta de Resolución emitido por el Jefe de Servicio de Cooperación Institucional de la Corporación, de fecha 22 de abril de 2009, por la que se pretende resolver el contrato de la obra denominada A.V.S.F., proyecto incluido en el denominado Programa de Inversiones en Infraestructuras y Equipamientos Locales (2005-2007).

Según el apartado primero del Resuelvo de la Propuesta, la resolución del contrato está "motivada en la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración y por causa imputable a ella, sin que se haya

---

\* **PONENTE:** Sr. Lazcano Acedo.

ordenado el reinicio de las mismas, habida cuenta de la solicitud de resolución planteada por el contratista". Los efectos aparejados a la citada resolución, según se detalla en la Propuesta, son: el derecho del contratista a percibir una indemnización de 12.710,52 euros en concepto del 6% (sobre el importe del presupuesto de ejecución material) de beneficio industrial dejado de percibir; la devolución de la garantía definitiva depositada, que asciende a 8.788,73 euros; los costes generados de mantenimiento del aval desde el momento en que debería haber sido devuelto (23 de julio de 2008), hasta que se proceda a su cancelación definitiva; y el interés de demora correspondiente a las cantidades a las que se reconoce el derecho de percepción por el contratista, desde el 23 de julio de 2008 hasta el momento de su efectivo abono por la Administración contratante.

2. Se hace preciso efectuar una relación, siquiera somera, de los hechos más relevantes que se desprenden del expediente remitido con la solicitud de Dictamen.

Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 22 de marzo de 2006, se aprueba el proyecto denominado A.V.S.F.

El proyecto de obras recibió la conformidad administrativa del Servicio de Cooperación Institucional, al estimar su informe de 5 de mayo de 2006 que la documentación es "*completa y adecuada*" reuniendo los requisitos exigidos por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por el R.D. legislativo 2/2000, de 16 de junio, y su Reglamento de desarrollo (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

El 12 de mayo de 2006, la arquitecta del Cabildo Insular informa favorablemente el proyecto de obra.

Con fecha 16 de junio de 2006, se remite desde el Ayuntamiento de Santa María de Guía al Cabildo Insular fax del que resulta que "*según informa el Concejal de Urbanismo (que se está encargando de la gestión) se está pendiente de la firma de la cesión del suelo a favor del Ayuntamiento en la notaría, pues se ha retrasado porque ha habido un inconveniente con la información registral de la finca (...) que probablemente se resuelva hoy o bien el lunes y se firme la próxima semana*".

La Secretaria General en funciones del Ayuntamiento de Santa María de Guía certifica el 27 de junio de 2006, con Vº. Bº. del Alcalde, "*que los terrenos a ocupar como consecuencia de la ejecución de las obras están disponibles*".

El 27 de junio, se firma el acta de replanteo, de conformidad con el art. 129 TRLCAP, según la cual "*de la inspección realizada se desprende la realidad*

geométrica de las obras y *la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución*, comprobándose los supuestos básicos contemplados en el proyecto y siendo FAVORABLE el resultado de tal comprobación, *con las observaciones que figuran al dorso*", firmándose el acta por la técnico insular y el técnico municipal-autor del proyecto.

El 28 de junio de 2006, el Jefe de Servicio de Cooperación Institucional del Cabildo informa favorablemente el proyecto al cumplir "todos y cada uno de los requisitos" del art. 124 TRLCAP.

El 12 de julio de 2006, el Jefe del Servicio de Cooperación institucional informa favorablemente la licitación de las obras al acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación contractual, (entre ellos *la realización del "replanteo previo del proyecto"*).

Mediante Decreto de 13 de julio de 2006, del Consejero de Hacienda, se aprueba el expediente de contratación.

La Intervención emite informe de fiscalización de conformidad el 1 de agosto de 2006, con expresa mención a la constancia del acta de replanteo previo.

En sesión celebrada el 4 de octubre de 2006, la Mesa Permanente de Contratación del Cabildo propone como adjudicataria de las obras a la empresa A.T., S.A., por un presupuesto de adjudicación de 219.718,36 euros.

Por Decreto de la Consejera de Hacienda, de 17 de octubre de 2006, se adjudican las obras a la citada empresa.

El 12 de enero de 2007, se firma el correspondiente contrato, constando un plazo de ejecución de 10 meses a contar "desde la formalización del acta de comprobación del replanteo".

Los Directores de obra y de ejecución del proyecto objeto del contrato, ambos técnicos municipales, emiten informe el 21 de mayo de 2007, que remiten al Cabildo Insular, en el que ponen de manifiesto que "por razones de discrepancias con la propiedad colindante a la parcela donde se construye la mencionada obra, *respecto de los linderos de propiedad de la misma* y hasta que se resuelva y formalice el acuerdo ya iniciado con la mencionada propiedad, se ha ordenando al contratista adjudicatario de las obras con fecha 7 de mayo la suspensión temporal de la obra".

El contratista, mediante escrito de 7 de septiembre de 2007 insta del Cabildo la resolución del contrato al haber transcurrido “cuatro meses desde que se ordenara la suspensión de la ejecución de la obra”.

El contratista, por escrito de 23 de abril de 2008, presenta nueva solicitud de resolución contractual, al haber transcurrido un plazo superior a ocho meses desde la suspensión de las obras acordada por la Administración.

El 8 de julio de 2008, el contratista presenta al Cabildo escrito en el que reitera los anteriores.

El 11 de julio de 2008, el contratista considera “estimadas por silencio administrativo las cantidades solicitadas (...) por lo que se remite factura cuya cuantía asciende a 41.091,51 euros”.

Mediante Decreto de 20 de octubre de 2008, del Consejero de Cooperación Institucional y Solidaridad Internacional, se inicia expediente de resolución del contrato y se da audiencia al contratista.

El contratista, mediante escrito de 17 de noviembre de 2008 “manifiesta su conformidad con la causa por la que se resuelve el contrato, pero no así con las cuantías a indemnizar, pues además de la devolución de la garantía, gastos de mantenimiento del aval y el beneficio industrial, solicita indemnización por daños y perjuicios y lucro cesante e intereses de demora.

## II

1. La primera cuestión que debe despejarse es la del Derecho aplicable al presente incidente de resolución contractual.

El expediente contractual fue tramitado y adjudicado al amparo de la legalidad vigente entonces, constituida por el citado Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el asimismo citado Reglamento General de la mencionada Ley. Pues, aunque en vigor actualmente en materia de contratación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que ha derogado el citado Texto Refundido [disposición derogatoria única.a) LCSP], la disposición transitoria primera.2 de ésta dispone que “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley [lo que se produjo el 31 de abril de 2008, disposición final duodécima LCSP] se registrarán, en

cuanto a sus efectos, cumplimiento, y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Así pues, el régimen jurídico de la resolución contractual aplicable al presente caso es el que se encuentra recogido en los arts. 59, 111 a 113, 149 a 151 TRLCAP, por un lado, y por los arts. 109 a 113 y 163 a 173 RGLCAP, por otro.

De tal legislación resulta que el órgano de contratación (que en este caso resulta ser el Consejero de Hacienda, de conformidad con la delegación de competencias en los titulares de las Consejerías de la Corporación efectuada por el Consejo de Gobierno del Cabildo en sesión celebrada el día 16 de julio de 2007) podrá acordar la resolución de los contratos (art. 59.1 TRLCAP), de oficio o a instancia de parte, como ha sido el caso (art. 112.1 TRLCAP; art. 109 RGLCAP). En este caso, se dice, por el concurso de la causa del art. 111.i) en relación con el art. 149.c) TRLCAP, conforme a los cuales será causa de resolución del contrato “la suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses acordada por la Administración”; eventualidad resolutoria en la que el contratista tiene “derecho al 6 por ciento del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial” (arts. 151.4 TRLCAP y 171.1 RGLCAP).

2. Fue el contratista quien instó la resolución contractual, formulando una petición más amplia de indemnización de la finalmente propuesta, al incluir en la misma los gastos generales y el lucro cesante, discrepancia que motiva que la resolución se haya tramitado con *oposición del contratista*, que es el elemento determinante de la intervención preceptiva de este Consejo [art. 59.3.a) TRLCAP].

Es necesario efectuar, varias consideraciones relativas a la tramitación del expediente de contratación.

### III

1. Del relato de hechos realizado se acredita que la tramitación del expediente de contratación de las obras se ha realizado incorrectamente; especialmente en lo concerniente al exigible replanteo previo de las mismas.

En efecto, el acta de replanteo es uno de los requisitos mínimos exigibles en el expediente de contratación (art. 138.2 RGLCAP), pues “aprobado el proyecto y *previamente a la tramitación del expediente de contratación de obras*, se procederá a efectuar el replanteo del mismo, el cual consistirá en comprobar la realidad geométrica de la misma y *la disponibilidad de los terrenos precisos* para su normal ejecución, que será *requisito indispensable para la adjudicación en todos los*

*procedimientos” (art. 129.1 TRLCAP). En los casos de cesión de terrenos o locales por entidades públicas, será suficiente para acreditar la disponibilidad de los terrenos la aportación de los acuerdos de cesión y aceptación por los órganos competentes” (art. 129.3 TRLCAP).*

Aprobado el expediente, licitada las obras y adjudicadas las mismas, tal replanteo de las obras hubiera debido ser comprobado en el plazo máximo de un mes desde la formalización del contrato “en presencia del contratista” (art. 142 TRLCAP) el cual, si inasiste al acto “sin causa justificada”, incurre en “incumplimiento contractual” con los efectos previstos en la Ley y que son los propios de la resolución del contrato [art. 139.1ª RGLCAP en relación con el art. 149.a) TRLCAP]. Tal comprobación, en el Acta correspondiente “reflejará la conformidad o disconformidad del mismo respecto de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a *las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato” (art. 140.1 RGLCAP).*

Si el contratista comparece pero “formulase reservas en el acto de comprobación del replanteo”, se suspenderá el inicio de las obras desde el día siguiente de la firma del acta, hasta que el órgano de contratación resuelva, computándose desde tal fecha el plazo de 6 meses que dispone el art. 149.b) TRLCAP (art. 139.4ª RGLCAP).

Si el resultado de la comprobación “demuestre, a juicio del Director de las obras y sin reserva por parte del contratista, la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto se dará por aquél la autorización para iniciarlas (...) empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta” (art. 139.2ª RGLCAP).

Si no resultaren acreditadas tales circunstancias, “quedará suspendida la iniciación de las” obras, haciéndose constar en el acta, hasta que el órgano de contratación adopte la resolución procedente [(...) y hasta tanto] quedará suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, computándose a partir de dicha fecha el plazo de seis meses a que se refiere el art. 149, párrafo b) de la Ley, sin perjuicio de que si fueren superadas las causas que impidieron la iniciación de las obras, se dicte acuerdo autorizando el comienzo de las mismas” (art. 139.4ª RGLCAP).

2. La minuciosidad de la regulación de la realidad geométrica de las obras y la disponibilidad de los terrenos, que se verifica en dos ocasiones -como replanteo previo y como comprobación del mismo- acredita su importancia para la Ley y el

Reglamento de contratación administrativa, trámites a los que se vinculan importantes efectos jurídicos. Del relato de hechos resulta que la actuación administrativa seguida al respecto ha sido, cuando menos, improcedente pues constaba desde el inicio del expediente de contratación información documental que acreditaba que no se contaba con la disponibilidad de los terrenos, cuya temprana consideración hubiera impedido la adjudicación del expediente de contratación y este incidente de resolución contractual, deviniéndose consecuentemente de esta circunstancia la nulidad del contrato.

3. El expediente remitido no contiene todas las actuaciones de las que se da cuenta en la Propuesta de Resolución, particularmente, el informe de la Dirección Facultativa de 21 de marzo de 2007, en el que se informa de la *orden de suspensión temporal de las obras cursada a la contrata*; tampoco, en otro orden de cosas, de las actuaciones habidas en relación con el deslinde de propiedades; su formalización notarial; los escritos del contratista instando la resolución contractual y solicitando los efectos del silencio positivo; o, finalmente, la información relativa a la cesión efectiva de la parcela, y si tal cesión es pública o privada. Sólo constan alegaciones del contratista en trámite de audiencia, al que se le llamó con la apertura del expediente resolutorio.

Por otra parte se aprecia una cierta descoordinación administrativa, pues siendo el órgano (competente y) de contratación el Consejero de Hacienda, de las actuaciones se desprende, en relación con la cuestión de la disponibilidad del terreno, la intervención a tales efectos del Ayuntamiento de Guía que, en fax de 16 de junio de 2006 dirigido al Cabildo Insular, manifiesta que por *"el Concejal de Urbanismo (que se está encargando de la gestión) se está pendiente de la firma de la cesión del suelo a favor del Ayuntamiento en la notaría"*, pues hay un inconveniente que *"probablemente se resuelva hoy o bien el lunes y se firme la próxima semana"*.

Siendo así, la Secretaria del Ayuntamiento de Guía certifica el 27 de junio de 2006, con Vº. Bº. del Alcalde, *"que los terrenos a ocupar como consecuencia de la ejecución de las obras están disponibles"*, sin que obren en las actuaciones los documentos en base a los cuales se emitió la mencionada certificación.

Finalmente, de conformidad con el art. 109 RGLCAP, que dispone los requisitos de obligado cumplimiento en el procedimiento de resolución contractual, se deberá dar audiencia al contratista; no así en este caso al avalista, pues no se propone la

incautación de la fianza; ni resulta preceptiva la intervención del Servicio Jurídico. La resolución fue instada por el contratista, al que se le dio audiencia con ocasión de la incoación del procedimiento resolutorio, dada su discrepancia. Si hubiera habido plena conformidad del órgano de contratación con la resolución instada y las partidas reclamadas, no habría obstáculo formal, con trascendencia material, en que el contratista no hubiera sido llamado nuevamente al procedimiento antes de formular la Propuesta de Resolución.

## IV

1. Con fecha 16 de junio de 2006, se remite desde el Ayuntamiento de Santa María de Guía al Cabildo Insular el fax transcrito líneas atrás, del que resulta que se está pendiente de la firma de la cesión del suelo a favor del Ayuntamiento en la notaría (...) pues ha habido un inconveniente con la información registral de la finca (...) *que probablemente se resuelva hoy o bien el lunes y se firme la próxima semana*".

Sobre esta base, certificada, se firma el 27 de junio el acta de replanteo, de conformidad con el art. 129 TRLCAP, pues "de la inspección realizada se desprende la realidad geométrica de las obras y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución (...) *con las observaciones que figuran al dorso*" (sin que las haya, pues se trata de una declaración incorporada a un modelo normalizado de texto), firmándose el acta ante la técnico insular y el técnico municipal y autor del proyecto; consecuentemente, el 28 de junio de 2006, el Jefe de Servicio de Cooperación Institucional informa favorablemente el proyecto al cumplir las prescripciones del art. 124 TRLCAP (entre los que están los planos "que delimiten la ocupación de terrenos (...) y demás derechos reales, en su caso, y servicios afectados por su ejecución"); el 12 de julio de 2006 el Jefe del Servicio citado informa favorablemente la licitación de las obras (al acreditarse el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación contractual, entre ellos la realización del "replanteo previo de proyecto"); y mediante Decreto de 13 de julio de 2006, del Consejero de Hacienda, se aprueba el expediente de contratación, con informe favorable de la Intervención de 1 de agosto de 2006.

No cabe duda de que, en este caso, el contrato deviene nulo, de conformidad con los arts. 61 a 64 TRLCAP, en relación con el art. 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, con el efecto de restitución de prestaciones e indemnización por parte de la parte culpable de daños y perjuicios (art. 65 TRLCAP).

2. No obstante, se continuó con el procedimiento, por lo que, adjudicada la obra el 17 de octubre de 2006, el contrato debía formalizarse en los 30 días siguientes a la notificación de la adjudicación (cláusula 12.1º del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares); lo que tuvo lugar el 12 de enero de 2007. La cláusula tercera del contrato dispone que las obras comenzarán "al día siguiente de extenderse *el acta de comprobación de replanteo*", que deberá realizarse en un plazo "que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de [la (...)] formalización" del contrato; es decir, el 12 de febrero de 2007.

Consecuentemente, ya en este momento el contratista tenía derecho a la resolución del contrato [arts. 142 y 149.a) TRLCAP], y con ello a una indemnización "del 2% del precio de la adjudicación" (art. 151.2 TRLCAP). Pero no actuó en ese momento, ni la Administración tampoco.

Fue el 7 de septiembre de 2007 cuando el contratista insta la resolución del contrato al haber transcurrido "cuatro meses desde que se ordenara la suspensión de la ejecución de la obra" por parte de la Dirección facultativa. Seguidamente, el contratista, mediante escrito de 23 de abril de 2008, presenta nueva solicitud de resolución contractual, "al haber transcurrido un plazo superior a ocho meses desde la suspensión de las obras acordada por la Administración". Finalmente, el 8 de julio de 2008 el contratista presenta al Cabildo escrito en el que reitera los anteriores; y el 11 de julio de 2008 el contratista considera "estimadas por silencio administrativo las cantidades solicitadas (...) por lo que se remite factura cuya cuantía asciende a 41.091,51 euros".

3. Según resulta de la Propuesta de Resolución, los Directores de obra y de ejecución de las mismas, en informe de 21 de mayo de 2007 -que no obra en las actuaciones- manifiestan que ordenaron el 7 de mayo de 2007 al contratista "la suspensión temporal de la obra" hasta tanto se resuelva una discrepancia existente "respecto de los linderos de propiedad" con "la propiedad colindante a la parcela donde se construye la mencionada obra".

Pareciera que las obras hubieran comenzado, aunque la ausencia de acta de comprobación de replanteo sugiere que las mismas no lo habían hecho, como asimismo se desprende de la Propuesta de Resolución, que no habla de liquidación de las obras ejecutadas. Y ello es relevante, pues según estemos ante una u otra

eventualidad (obra comenzada o no), los efectos que contempla la legislación de aplicación son distintos:

A. La *suspensión del inicio de las obras* (es decir, que las obras no habían comenzado) por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses dará al contratista el derecho a percibir “*por todos los conceptos una indemnización del 3% del precio de adjudicación*” art. 151.2 TRLCAP).

B. Si se tratara de la *suspensión de obras ya iniciadas* el contratista tendría derecho “al 6% del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial” (art. 151.4 TRLCAP).

Debiera, pues, por razones obvias precisarse el exacto estado de las obras o su no comienzo *cuando se ordenó la suspensión temporal de las mismas por parte de la Dirección facultativa*. Lo que condiciona, por otra parte, la respuesta que habría que dar a la petición de indemnización efectuada por el contratista.

En cualquier caso, como dijera este Consejo en su Dictamen 235/2009, «la reclamación de daños en el contexto de la ejecución de un contrato de obras se trata de una incidencia surgida con ocasión de la ejecución del contrato administrativo (...) lo que implica considerar que este procedimiento, por traer su causa última de la ejecución del contrato, se ha iniciado de oficio, siendo de aplicación el art. 44 LRJAP-PAC y, por lo tanto, no cabe entender estimada por silencio administrativo la reclamación de la empresa interesada (...). El Tribunal Supremo, por lo demás, entiende que no cabe el silencio administrativo positivo en reclamaciones planteadas en ejecución de un contrato de obras por ser propias de un procedimiento iniciado de oficio, no a instancia del interesado, como por ejemplo se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 4 de abril de 2008, dictada resolviendo un recurso de casación de unificación de doctrina (RJ 2008/ 2403) (...). Siempre y cuando no haya procedimiento específico o derecho afectado de interesado».

La nueva disposición final octava LCSP expresamente establece en su segundo apartado que “en todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o 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”.

C. Finalmente, si el plazo de suspensión de las *obras ya iniciadas* fuera superior a ocho meses, "acordada por la Administración e imputable a ésta, dará derecho al contratista al valor de las efectivamente realizadas y al 6% del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial [(...) tomándose a tales efectos] como precio del contrato el presupuesto de ejecución material" (art. 171 RGLCAP).

## C O N C L U S I Ó N

No está acreditada la causa de resolución contractual invocada en la Propuesta de Resolución. Para estar en condiciones de entrar en el fondo del asunto planteado es necesario que por la Administración contratante se dé cumplida respuesta a las cuestiones planteadas en los Fundamentos III y IV y, seguidamente, se elabore una nueva Propuesta de Resolución adecuada a la legislación contractual de aplicación que someter a Dictamen de este Órgano Consultivo, incluida la eventual propuesta de nulidad del contrato.