



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 9 2 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 24 de febrero de 2010.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de suministro, instalación y mantenimiento de una plataforma integrada de comunicaciones para "El Centro de Coordinación Operativa" en el Cabildo de Fuerteventura suscrito con la empresa N.C.C., S.L., por incumplimiento culpable del contratista (EXP. 24/2010 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura, es la propuesta de acto decisorio de un procedimiento de resolución contractual, a la cual se ha opuesto el contratista.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Presidente del Cabildo para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, en relación el primer precepto con los arts. 195.3.a) y 197.1, ambos de carácter básico, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

3. En la tramitación del procedimiento, conforme exigen los arts. 195.1 y 197.1 LCSP y el art. 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RCAP (aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), se ha dado audiencia al contratista y al avalista.

De la disposición adicional segunda.8 LCSP en relación con los arts. 195.2 y 197.1 LCSP, resulta que el informe del Secretario de la Corporación no es preceptivo en los supuestos, como el presente, de resolución contractual por demora del contratista.

* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

Se destaca este extremo porque el apartado décimo de la propuesta de resolución expresa que, conforme al art. 109.1 RC y la disposición adicional segunda LCSP se ha cumplido el trámite de información del Secretario General de la Corporación mediante el sello (y la firma) de conforme sin reparos del Secretario de la Corporación al informe, de 21 de diciembre de 2009, del Jefe de Sección de Contratación.

Sin embargo, el Reglamento de Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional (aprobado por el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre), que reserva a la Secretaría el asesoramiento legal preceptivo [art. 1.1.a)], función que comprende la emisión de informes previos siempre que un precepto legal expreso lo establezca [art. 3.c)], sólo permite que ese informe pueda ser sustituido por una nota de conformidad o disconformidad al informe del Jefe del correspondiente servicio o dependencia, cuando se trate del informe que preceptivamente se ha de emitir en aquellos asuntos que deban ser aprobados por una mayoría especial.

La resolución de los contratos corresponde al órgano de contratación, que, si se tratare de un órgano colegiado como el Pleno de la Corporación, debe ser adoptada por mayoría ordinaria; y, si se tratare, como en el presente caso, de un órgano unipersonal, carece de sentido hablar de la adopción del acuerdo por mayoría.

En definitiva, como el informe del Secretario de la Corporación no es preceptivo, carece de trascendencia que en el expediente obre uno emitido en la forma prevista para aquel que debe emitirse preceptivamente en los asuntos que deban decidirse por mayorías especiales.

No concurren, pues, irregularidades procedimentales que impidan la emisión de un Dictamen de fondo.

II

1. El contrato de suministro, instalación y mantenimiento de una plataforma integrada de comunicaciones para el Centro de Coordinación Operativa del Cabildo se firmó el 21 de abril de 2009.

La Cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establecía que el plazo de entrega e instalación del suministro sería de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la firma del contrato.

Por ende, la fecha del término del plazo de ejecución era el 22 de agosto de 2009.

2. Llegada esta fecha, la contratista no había realizado ninguna de las prestaciones, ni solicitado prórroga de la ejecución.

3. El 21 de octubre de 2009 el órgano de contratación dictó resolución por la que, tras constatar el vencimiento del plazo para la ejecución del contrato sin que ésta se hubiera realizado; y calificar esta circunstancia como causa de resolución, le dio audiencia a la contratista para que formulara alegaciones.

4. De esta resolución se dio traslado a la compañía aseguradora del seguro de caución de la garantía definitiva del contratista, la cual no presentó alegaciones.

5. La contratista alegó lo siguiente:

Que el 27 de mayo de 2009 el representante de la contratista y el de la Administración se reunieron en el edificio donde se instalarían los equipos con el fin de "verificar el lugar donde se llevaría a cabo el suministro e instalación".

Que de esa reunión se levantó un Acta de Replanteo en la que la Administración solicitaba una serie de instalaciones que no estaban contempladas y que era necesario realizar antes de comenzar los trabajos.

Que en esa Acta la contratista proponía realizar una ampliación del contrato que recogiera el coste de esas instalaciones o bien compensarlo mediante la reducción, por un valor equivalente, de los equipos a suministrar.

Que en esa Acta la contratista solicitó el listado de las frecuencias de trabajo para poder pedir a sus proveedores los equipos a suministrar.

Que esa Acta concluía que una vez aprobada comenzaría el plazo de ejecución del contrato.

Que el 15 de agosto el representante de la Administración les comunicó por correo electrónico que no era posible incluir ninguna modificación que implicara alteración sustancial del pliego de prescripciones técnicas.

Que el 20 de agosto la contratista respondió que necesitaban la firma del acta de replanteo como documento básico para saber lo que debían realizar ya que existían impedimentos físicos que impedían la ejecución del contrato; y que para poder adquirir los equipos de su proveedor era necesario que la Administración les informara de sus frecuencias de trabajo.

Que en el replanteo se encontraron impedimentos físicos no contemplados por el pliego de prescripciones técnicas, que ha propuesto los cambios necesarios, que la Administración ha dejado transcurrir el plazo del contrato sin definir las condiciones técnicas y la realidad de la instalación.

Que la contratista no es culpable de la no ejecución del contrato.

Que está dispuesta a cumplirlo "una vez se definan las condiciones de instalación que en el acta de replanteo describimos".

Que se opone a la resolución del contrato.

6. El funcionario responsable del contrato informa lo siguiente sobre las alegaciones:

Que lo que la contratista denomina acta de replanteo es un documento redactado por ella y enviado por correo electrónico el 22 de julio de 2009, documento que no ha sido aceptado ni por ende suscrito por el representante de la Administración ni por el órgano de contratación.

Que, como expresa el texto del correo electrónico enviado a la contratista el 15 de agosto de 2009, comunicándole que no era posible la modificación de las condiciones del pliego de prescripciones técnicas, ese correo-e fue precedido de varias conversaciones telefónicas en las que se le había informado en el mismo sentido.

Que las instalaciones previstas por el contrato no suponen la realización de ningún tipo de obra compleja, ya que la instalación de la torre de comunicaciones de nueve metros es exterior al edificio y sólo requiere la sujeción de su base a la torre del edificio, y el resto de la instalación consiste en el tendido del cableado desde las instalaciones bases hasta donde se ubican los equipos, a través de la canalización existente bajo el falso techo del edificio, cuyas plantas disponen de apertura de acceso de una a otra.

Que el listado de las frecuencias de trabajo no es necesario para la adquisición de los equipos; porque, disponiendo del soporte tecnológico y de los cables de programación, ésta no reviste complejidad técnica y se puede realizar con posterioridad a la adquisición de los equipos; y que esa programación de frecuencias estaba supeditada a la integración del sistema operativo en la red del Gobierno regional; y que las dos únicas frecuencias en UHF titularidad del Cabildo fueron facilitadas a la contratista sin objeciones por parte de ésta.

7. En el expediente consta que efectivamente el 22 de julio de 2009 fue cuando la contratista remitió por correo electrónico el documento que denomina acta de replanteo.

8. En los folios 357 a 361 obra otro correo-e de la contratista, de 20 de agosto de 2009, remitiendo un presupuesto adicional por importe de 16.439,08 euros, en el que propone a la Administración tres opciones: 1) Realizar los trabajos cumpliendo el pliego de prescripciones técnicas. 2) Realizar los trabajos del pliego de prescripciones técnicas y del presupuesto adicional intercambiando partidas económicas. 3) Realizar los trabajos cumpliendo el pliego de prescripciones técnicas y aprobarles el presupuesto adicional, incrementando el presupuesto de adjudicación.

III

1. La alegación fundamental del contratista estriba en que para proceder a la ejecución de la instalación era necesario que la Administración levantara un acta de replanteo (*sic, rectius* de comprobación del replanteo), a partir de cuya fecha comenzaría a contarse el plazo de ejecución de sus prestaciones.

2. Al contrato de obras le es inherente el proyecto de obras, esto es, el conjunto de documentos técnicos que definen con precisión la obra a ejecutar (art. 105.1 LCSP).

La aprobación del proyecto y su replanteo son actos preparatorios del contrato de obras y previos a la tramitación del procedimiento de adjudicación (art. 105.1 y 110.1 LCSP). El replanteo del proyecto consiste en comprobar la realidad geométrica de la obra, la disponibilidad de los terrenos para su ejecución y los supuestos del proyecto que sean fundamentales para el contrato a celebrar (art. 110.1 LCSP).

El acto de comprobación del replanteo, al igual que el replanteo previo del proyecto, tiene por objeto comprobar la viabilidad de las obras sobre el terreno y la disponibilidad de éste. Es un acto posterior a la adjudicación del contrato de obras, con el que se inicia la ejecución de éste (art. 212 LCSP). Es un trámite necesario, previo e indispensable para la iniciación de las obras. Sin su cumplimiento es imposible el inicio de las obras y, por ende, el de su plazo de ejecución.

4. El replanteo del proyecto es un presupuesto de la adjudicación del contrato de obras. La comprobación del replanteo es posterior a la celebración de éste y es un

presupuesto de la ejecución el mismo, cuyo plazo se inicia el día siguiente de la fecha del acta de comprobación del replanteo.

5. Esta acta reflejará la conformidad o disconformidad del mismo con el proyecto, con expresión de las características geométricas de la obra, de la autorización para la ocupación de los terrenos y de cualquier aspecto que pueda afectar a la ejecución de la obra. El acta ha de ser firmada por ambas partes y forma parte del contrato a los efectos de su exigibilidad (art. 212 LCSP; arts. 139 y 140 RC).

IV

1. Un mero tendido de cables eléctricos por canalizaciones al efecto existentes en un edificio, como sucede en este caso, sin necesidad de proyecto de obras; y la conexión de esos cables a los aparatos a los que sirven no constituye una prestación propia, típica y característica del contrato de obras, y que deba por tanto reconducirse de modo inexorable y sin más a esta modalidad contractual.

Así, no se puede calificar como contrato mixto de obras y de suministro, como se pretende ahora de contrario, aquél por el que un contratista suministra ordenadores a la Administración y se los instala en sus dependencias conectándolas entre sí por canalizaciones existentes previamente y a la red eléctrica del edificio.

2. En el procedimiento de preparación del contrato a resolver no se elaboró, ni se aprobó, ni se replanteó proyecto técnico alguno, porque no era necesario para la instalación de los aparatos a suministrar. Por consiguiente, tampoco era necesaria la comprobación del replanteo ni su correspondiente acta. Éstas sólo son necesarias allí donde el objeto, bien de todo el contrato, bien de una de sus prestaciones, esté definido por un proyecto técnico.

3. Asimismo, y de acuerdo con este mismo planteamiento, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, que constituyen los documentos que delimitan las obligaciones que incumben por las partes, no obligan en ningún caso, a la Administración, entre las que le corresponden, a efectuar la comprobación del replanteo, en los términos ahora requeridos de contrario.

4. Todas las conclusiones precedentes se confirman, en realidad, con la lectura del documento redactado unilateralmente por la contratista bajo la denominación de "*acta de replanteo*" y que no fue aceptado por la Administración.

Ese documento, presentado un mes antes de la finalización del contrato, consiste meramente en una propuesta de modificación del contrato, en el sentido de

sustituir la entrega de determinados equipos por la realización de obras con elementos ligeros prefabricados y desmontables que no requería proyecto técnico alguno y la sustitución de equipos definidos en el pliego de prescripciones técnicas por otros no contemplados en éste; y que de ser aceptada esas modificaciones por la Administración habrían conducido, bien a un incremento del precio del contrato, bien a la no adquisición de parte de los equipos contratados.

5. El hecho de que para la ejecución del contrato no era necesaria ninguna obra, ni modificación de las prescripciones del pliego de prescripciones técnicas, ni proyecto, ni acta de comprobación del replanteo resulta, por tanto, de la conducta de la propia contratista que es la que redacta el citado contrato y que, por otra parte, en su correo-e de 20 de agosto de 2009 reconoce que una de las opciones es realizar los trabajos cumpliendo el pliego de prescripciones técnicas.

6. En conclusión, la naturaleza del presente contrato es la de un contrato administrativo de suministro. El art. 9.3.b) LCSP dispone, además, que "*en todo caso*" se considera como tal aquel cuyo objeto consistiere en la adquisición de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de información; y porque la instalación de los equipos a suministrar no requería obras en el inmueble ni, por ende, un previo proyecto técnico.

Consecuentemente con esa naturaleza, el PCAP se remitía a la regulación del contrato de suministro de la LCSP para su modificación, suspensión, garantías y resolución (Véanse las Cláusulas 16, 17 ,19 y 20 PCAP).

V

1. Por último, el contrato, del cual forman parte como contenido del mismo el PCAP y el pliego de prescripciones técnicas (arts. 26, 99.3 y 100.1 LCSP; Cláusulas Iª y IXª del contrato; Cláusula 10 PCAP), vincula a ambas partes de modo irrevocable, y a sus estipulaciones han de estar y atenerse en el cumplimiento de sus obligaciones; conque sólo pueden hurtarse de esa vinculación si el contrato o alguna de sus cláusulas es declarado nulo o anulado a través de alguno de los cauces legales dispuestos a tal fin.

2. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo (art. 196.2 LCSP). La contratista no ha probado la concurrencia de una causa ajena a su voluntad que le haya impedido la ejecución del contrato. El simple vencimiento del plazo sin que la prestación del contratista esté

realizada implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento sin necesidad de intimación previa por parte de la Administración (art. 196.3 LCSP). La demora en el cumplimiento del plazo es causa de resolución (art. 206, e) LCSP) y la Administración puede optar indistintamente entre ésta o la imposición de las penalidades diarias a razón de 0,20 euros por cada 1000 euros del precio contractual (art. 196.4 LCSP). La Cláusula 4 PCAP, tras establecer que el plazo de entrega e instalación del suministro era de cuatro meses contados a partir de la firma del contrato, se remite a este régimen legal.

3. De conformidad con los arts. 88, 89 y 208.4 LCSP, la Cláusula 4 PCAP contempla que la resolución del contrato por incumplimiento del plazo por el contratista conlleva la pérdida de la garantía, penalidad que no excluye la obligación del contratista de indemnizar a la Administración los daños y perjuicios que le haya causado el retraso imputable al contratista.

En razón de todo lo expuesto se debe concluir que es conforme a Derecho la resolución contractual y la incautación de la garantía que contempla la propuesta de resolución.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho.