



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 304/2010

(Sección 1ª)

La Laguna, a 12 de mayo de 2010.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de la obra denominada "Mejora de infraestructuras de los Centros Educativos de Infantil y Primaria CEIP Balos, CEIP Tagoror, CEIP Santa Lucía, CEIP Tamarán, CEIP Tinguaro" suscrito por el citado Ayuntamiento con la empresa C.M.I.C., S.A. (EXP. 250/2010 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Lucía, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución de un contrato administrativo de obras.

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, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), y con el art. 109.1.d), asimismo básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

2. El contrato del que trae causa el presente procedimiento de resolución fue adjudicado el 18 de julio de 2007. Por tanto, de conformidad con lo previsto en la disposición transitoria primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

del Sector Público, la legislación aplicable viene constituida por el citado TRLCAP, toda vez que el contrato fue adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva regulación legal.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

1. Por Decreto de la Alcaldía de 24 de mayo de 2007 se acordó la aprobación del proyecto y del expediente de contratación de la obra "Mejora de infraestructura de los Centros Educativos de Infantil y Primaria CEIP Balos, CEIP Tagoror, CEIP Santa Lucía, CEIP Tamarán, CEIP Tinguaro", por el sistema de concurso y procedimiento abierto y urgente, con un presupuesto de ejecución por importe de 426.198,67 euros.

2. Mediante Resolución de la Alcaldía de fecha 18 de julio de 2007 se adjudicó el contrato a la empresa C.M.I.C., S.A, por el importe ofertado de 357.911,44 euros.

En este acto se acordó, además, que se procediera a su notificación al interesado para que en los plazos que se indican, contados a partir del día siguiente al recibo de esta Resolución, de cumplimiento a los siguientes requisitos:

En el plazo de quince días deberá presentar el documento acreditativo de haber constituido la garantía definitiva del 4% del importe de adjudicación.

En el plazo de un mes para que concurra a formalizar el correspondiente contrato en documento administrativo.

En el plazo de un mes, contado a partir de la firma del contrato, para realizar el correspondiente Acta de comprobación del replanteo.

Antes de la firma del Acta de comprobación del replanteo, deberá aportar, para su aprobación, el Plan de Seguridad y Salud y designar al encargado de prevención de la obra.

Esta Resolución fue notificada a la entidad adjudicataria el 24 de julio de 2007.

3. El contrato fue suscrito en documento administrativo el 23 de agosto de 2007, estableciendo su Cláusula tercera, de conformidad con lo previsto en la Cláusula novena del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que su plazo de ejecución sería de dos meses y medio a contar desde la firma del acta de comprobación del replanteo. En esta misma cláusula se estableció que la citada acta debía suscribirse en el plazo de un mes a contar desde la firma del contrato.

4. Con fecha 25 de septiembre de 2007 la entidad adjudicataria presenta el Plan de Seguridad y Salud, que fue aprobado mediante Decreto de la Alcaldía de 15 de octubre de 2007 una vez informado favorablemente por el Coordinador municipal en materia de seguridad y salud.

De conformidad con lo previsto en la Cláusula 23.6, párrafo tercero PCAP, este Plan debía ser entregado en el Ayuntamiento para su aprobación antes del inicio de la obra.

5. El 2 de noviembre de 2007 el técnico municipal emite informe en el que pone en conocimiento de la Alcaldía que en esta fecha la empresa adjudicataria no ha procedido a iniciar las obras, sin que exista causa imputable a la Administración que motive el incumplimiento del plazo de inicio de las mismas.

6. El 5 de noviembre de 2007 se emite informe jurídico en el que se propone la resolución del contrato por demora respecto al plazo de inicio de ejecución de la obra, de conformidad con el art. 71.2.d) TRLCAP, con incautación de la fianza definitiva depositada por la empresa adjudicataria. Se fundamenta esta propuesta en el informe técnico anteriormente reseñado, así como en la circunstancia de que no consta en el expediente ningún documento o escrito presentado por la empresa adjudicataria justificando el retraso en el inicio de las obras.

7. Mediante Decreto de la Alcaldía de esta misma fecha 5 de noviembre de 2007, sin más tramitación se acuerda la resolución del contrato en los términos señalados en el informe jurídico.

Esta Resolución fue notificada a la empresa adjudicataria el 9 de noviembre de 2007.

8. El 6 de noviembre de 2007 se dicta nueva Resolución por la Alcaldía-Presidencia por la que se adjudica el contrato de referencia a la siguiente empresa en el orden de puntuación en el concurso convocado, en aplicación de lo previsto en el art. 84.2 TRLCAP.

Consta en el expediente que esta empresa procedió a la ejecución de la obra, que fue recibida por la Administración mediante la correspondiente acta de recepción suscrita el 18 de septiembre de 2008.

9. El 15 de noviembre de 2007 la entidad C.M.I.C., S.A. presenta escrito en el que solicita copia de los documentos existentes tanto en el procedimiento de

contratación como en el de resolución del contrato. Pone de manifiesto, además, que no ha tenido ninguna comunicación previa acerca del procedimiento de resolución.

El mismo día presenta nuevo escrito en el que se solicita la suspensión de la ejecución del aval, así como de la Resolución de la Alcaldía que ordena al Departamento de Tesorería la incautación de la garantía definitiva, hasta la resolución de los recursos pertinentes que presentarán en el plazo legalmente establecido.

10. El 22 de noviembre de 2007 se emite informe jurídico en el que se propone permitir a la entidad interesada la consulta del expediente solicitada.

11. El 5 de diciembre de 2007 la entidad interesada interpone recurso de reposición contra el Decreto de la Alcaldía por el que se resolvió el contrato administrativo, solicitando que se declare nulo de pleno derecho y, subsidiariamente, que se considere que la resolución contractual no ha sido causada por su incumplimiento sino motivada por el incumplimiento de la Administración, con aplicación de las consecuencias legalmente previstas.

12. Este recurso fue desestimado mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia de 23 de enero de 2008.

13. Con fecha 18 de febrero de 2008 se concede a la entidad avalista trámite de audiencia en relación con la incautación de la garantía definitiva, no presentando alegaciones en el plazo concedido al efecto.

14. El interesado interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Decreto de 23 de enero de 2008, que fue estimado parcialmente en Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Las Palmas de Gran Canaria.

Esta sentencia declaró la nulidad del Decreto de la Alcaldía por haber sido dictado con omisión del procedimiento legalmente establecido, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de la omisión operada, al efecto de que se dé audiencia al contratista sobre la propuesta de resolución contractual y, de formular éste oposición, se recabe el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma.

15. Mediante Decreto de la Alcaldía de 8 de febrero de 2010 se resuelve tomar conocimiento de la citada Sentencia firme y retrotraer las actuaciones en el sentido previsto en la misma.

Constan seguidamente las siguientes actuaciones:

Trámite de audiencia al contratista y a la entidad avalista, presentando aquél alegaciones en el plazo concedido al efecto.

Solicitud de Dictamen a este Consejo, sin que previamente se hubiese elaborado la correspondiente Propuesta de Resolución del procedimiento, sobre la que ha de recaer el pronunciamiento de este Organismo.

No obstante, con fecha 4 de mayo de 2010 ha tenido entrada en este Consejo nueva documentación consistente en:

Propuesta de Resolución de 26 de abril de 2010, si bien ésta se elabora por el mismo órgano que ha de resolver el procedimiento.

Certificación acreditativa de que la avalista no ha presentado alegaciones durante el trámite de audiencia.

Informe elaborado por el Ingeniero Industrial Municipal el 23 de diciembre de 2008 a los efectos de su aportación al recurso contencioso-administrativo sustanciado.

III

1. La Administración actuante fundamenta la resolución del contrato de referencia en el incumplimiento culpable del contratista derivado de la demora respecto del plazo de inicio de ejecución de la obra, de conformidad con lo previsto en el art. 71.2.d) TRLCAP.

La entidad mercantil se opone a la resolución, entendiendo que no ha incumplido sus obligaciones. En síntesis alega que:

En relación con otro de los contratos de mejora de infraestructura de diversos colegios del que resultó adjudicataria, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria con fecha 16 de abril de 2009, cuya copia adjunta y que no fue recurrida por la Administración, en la que, estimando el recurso presentado, condenó al Ayuntamiento de Santa Lucía a indemnizarle, no sólo por el importe de la fianza definitiva que le había sido ejecutada, sino también por el lucro cesante, por entender el citado Juzgado que el contrato se había resuelto por causas imputables a la Administración.

La responsabilidad de la resolución del contrato es imputable a la Corporación Local, puesto que nunca llevó a cabo los actos necesarios para que las obras se iniciaran, ya que en ningún momento fijó día y hora para proceder a la comprobación del replanteo ni le ordenó, tras la constitución de la garantía definitiva, que iniciara las obras en aplicación de lo previsto en el art. 71.2.c) TRLCAP, al haber recaído en el expediente declaración de urgencia. Añade que en el expediente no existe ninguna notificación por la que se le instara a iniciar las obras o a levantar el acta de comprobación del replanteo, ni tampoco fue citada de forma verbal ni consta la citada acta en la que se consignara su incomparecencia.

En definitiva, sostiene que la resolución contractual no le es imputable, por lo que solicita le sea devuelta la fianza definitiva depositada, así como una indemnización por importe de 7.158,23 euros, correspondiente al 2% del precio de adjudicación, conforme al art. 151.2 TRLCAP.

2. La Administración desestima estas alegaciones sobre la base de los siguientes argumentos:

La Administración fijó un día para el acta de comprobación del replanteo tanto en la resolución del 18 de julio de 2007 en la que se adjudica la obra como en la estipulación tercera del contrato. En el cuarto apartado de la resolución se indicó que en el plazo de un mes contado a partir de la firma del contrato se levantaría el Acta, por lo que si aquél se suscribió el 23 de agosto de 2007, queda claro que el acta se realizaría el 23 de septiembre de 2007.

La entidad no entregó el Plan de Seguridad y Salud en el plazo establecido, pues debió ser entregado antes del 23 de septiembre de 2007 (fecha de la comprobación del replanteo) y en cambio fue entregado el día 25 del mismo mes, lo que impidió que el Acta se formalizase en plazo.

El técnico municipal director de la obra requirió verbalmente en varias ocasiones a la empresa contratista para que iniciase las obras, a lo que ésta manifestó que le faltaba personal y medios técnicos.

3. De conformidad con lo previsto en el art. 142 TRLCAP, la ejecución del contrato comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A estos efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato, que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización, salvo casos excepcionales justificados, el Servicio de la Administración encargado de las obras procederá en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación,

extendiéndose acta del resultado, que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato.

No obstante, cuando se haya declarado la tramitación urgente del procedimiento, el art. 71.2.c) TRLCAP permite a la Administración acordar el comienzo de la ejecución del contrato aunque no se haya formalizado éste, siempre que se haya constituido la garantía definitiva.

La Cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la presente contratación, es del siguiente tenor literal:

19.1.- En el plazo no superior a un mes desde la fecha de formalización del contrato, salvo casos excepcionales, se procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo realizado previamente a la licitación, de acuerdo con lo establecido en el art. 142 del TRLCAP.

19.2.- En el caso de que el expediente de contratación haya sido declarado de tramitación urgente, la comprobación del replanteo se realizará a partir del momento en que el adjudicatario haya constituido la garantía definitiva.

19.3.- Cuando, a juicio del facultativo director de las obras, y sin reserva por parte del contratista, el resultado de la comprobación del replanteo demuestre la idoneidad y la viabilidad del proyecto, se dará por el director de la obra la autorización para iniciarlas, haciéndose constar este extremo explícitamente en el acta extendida, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta.

19.3.- En todo caso, la ejecución de las obras quedará condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo previo por la Administración del proyecto presentado por el contratista.

De acuerdo con lo previsto en el ya citado art. 142 TRLCAP y, de conformidad con el mismo, la Cláusula 19 PCAP, es a la Administración a quien compete el levantamiento del acta de comprobación del replanteo, quedando a su iniciativa la elaboración [del acta] de acuerdo con la tramitación que al respecto prevén los arts. 139 a 141 RGLCAP. La Administración debió citar formalmente al contratista a estos efectos, lo que en el expediente ha quedado acreditado que no llevó a cabo, impidiendo así el inicio de la ejecución de las obras contratadas. La cláusula 19.3 prevé, además, que por parte del Director de la obra, una vez suscrita el Acta, se dé

orden de inicio de las obras al contratista, que habrá de quedar expresamente consignado, lo que, obviamente, al no ser formalizada acta alguna, tampoco se llevó a efecto.

La Administración fundamenta la desestimación de las alegaciones del contratista básicamente en dos motivos: a) su retraso en la presentación del Plan de Seguridad y Salud, que impidió que se levantara el acta en el plazo establecido; b) la notificación efectuada al mismo en cuanto al plazo para la realización del acta de comprobación del replanteo. Estos motivos, sin embargo, no pueden ser acogidos.

En el expediente ha quedado acreditado que efectivamente, el contratista procedió a la entrega del Plan de Seguridad y Salud el 25 de septiembre 2007, con posterioridad al plazo previsto, pues de conformidad con la Cláusula 23.6, párrafo tercero, PCAP, este Plan debía ser entregado en el Ayuntamiento para su aprobación antes del inicio de la obra, esto es, antes de la formalización del acta de comprobación del replanteo, que a su vez debió suscribirse antes del 23 de septiembre de 2007.

Sin embargo, este retraso no motivó reparo alguno por parte de la Administración, ya que se procedió a su aprobación mediante Decreto de la Alcaldía de 15 de octubre de 2007, una vez informado favorablemente por el Coordinador municipal en materia de seguridad y salud. No procede, en consecuencia, que ahora pretenda fundamentarse el incumplimiento del contratista en un acto consentido por la Administración, al margen de que tampoco puede apreciarse un excesivo retraso que impidiera, en los términos expresados en la Propuesta de Resolución, el levantamiento de la citada Acta.

Por lo que se refiere a la notificación al contratista del día en que debía personarse, lo cierto es que, como señala la Sentencia de 2 de abril de 2009 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, la referencia al plazo de un mes establecida en el PCAP, en el contrato y en la notificación de la adjudicación, debía ser objeto de mayor especificación, correspondiendo tal responsabilidad a la Administración como directora de la obra.

No presenta relevancia a estos efectos lo señalado en el informe del Director de la obra de fecha 23 de diciembre de 2008, emitido a los efectos de su aportación al recurso contencioso-administrativo sustanciado y al que ya se ha hecho referencia, en el que se indica que en varias ocasiones, al menos dos, con fecha 24 de agosto y 11 de septiembre de 2007, se citó a la empresa y se procedió a replantear la obra, requiriéndole su inicio. Este informe no permite considerar acreditada orden alguna

de inicio de las obras, ya que no se formalizó en ninguna de estas ocasiones el Acta de comprobación del replanteo, trámite inicial del inicio de la ejecución de los trabajos, y cuya cumplimentación era responsabilidad de la Administración.

En definitiva, no procede la resolución contractual por causa imputable al contratista pretendida por la Administración, por lo que el acto que se adopte comprenderá la devolución de la garantía definitiva depositada, así como la indemnización por importe de 7.158,23 euros, correspondiente al 2% del precio de adjudicación, conforme al art. 151.2 TRLCAP.

CONCLUSIONES

1. Este Consejo Consultivo manifiesta su parecer contrario a la resolución, por causa imputable al contratista, del contrato administrativo de obra consistente en "Mejora de infraestructuras de los centros educativos de Infantil y Primaria CEIP Balos, CEIP Tagoror, CEIP Santa Lucía, CEIP Tamarán y CEIP Tinguaro", acordada por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana mediante la Propuesta de Resolución de fecha 26 de abril de 2010, con arreglo a las consideraciones que se exponen en el Fundamento III.2.

2. En consecuencia, el acto a dictar por el Ayuntamiento de Santa Lucía de Tirajana habrá de incluir la devolución de la garantía definitiva depositada, así como la indemnización por importe de 7.158,23 euros, correspondiente al 2% del precio de adjudicación, de acuerdo con el art. 151.2 TRLCAP.