



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 208/2015

(Sección 1ª)

La Laguna, a 27 de mayo de 2015.

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 "077/13 Rehabilitación del firme de la GC-1, del p.k. 46+000 AL 50+100", adjudicado a la empresa A.I., S.A., con fecha 20 de octubre de 2014 (EXP. 198/2015 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria, es la Propuesta del acto decisorio del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras para rehabilitación del firme de la GC-1 del p.k. 46+000 al 50+100; resolución contractual a la que se ha opuesto la empresa contratista.

2. La preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Presidente para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.d) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto citado con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

3. El procedimiento se inició el 27 de febrero de 2015, lo cual determina, por obra del art. 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), de aplicación en virtud de la disposición final tercera.1 TRLCSP, que la resolución deba

* Ponente: Sr. Lorenzo Tejera.

notificarse antes del 27 de mayo de 2015. La solicitud de dictamen tuvo entrada en este Consejo Consultivo el 18 de mayo de 2015.

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que obsten a un dictamen de fondo.

II

Los antecedentes del procedimiento son los siguientes:

- El 20 de octubre de 2014, se adjudicó contrato de obras para rehabilitación del firme de la carretera GC-1 del p.k. 46+000 al 50+100 a la empresa A.I., S.A. El contrato se formalizó el 10 de noviembre de 2014, estableciendo la cláusula tercera de dicho documento que el plazo de ejecución sería de cuatro (4) meses, contados a partir de la fecha del acta de comprobación del replanteo.

- El día 18 de noviembre de 2014, el órgano de contratación notificó a la empresa contratista que debía aportar la siguiente documentación:

a) Plan de Seguridad y Salud para su posterior aprobación. Plan de Gestión de Residuos.

b) La inclusión en el Plan de Seguridad y Salud y en el Plan de Gestión de residuos de todas las unidades ofertadas como mejoras.

c) La fórmula de trabajo y los resultados de ensayos en laboratorio.

d) La identidad del técnico propuesto para jefe de obra, del encargado de obra, del responsable en materia de seguridad y salud y del representante de la contratista para la firma del acta de comprobación del replanteo.

- El 24 de noviembre de 2014, la contratista aportó la documentación solicitada.

- El 1 de diciembre de 2014, el Coordinador de Seguridad y Salud informó de las deficiencias del Plan de Seguridad y Salud a fin de su subsanación por la contratista.

- El 17 de diciembre de 2014, el director de las obras firmó, con el visto bueno del ingeniero jefe, un acta de suspensión de la comprobación de replanteo e inicio de las obras, del siguiente tenor:

“Con fecha 10 de diciembre de 2014, se levanta la presente acta, toda vez que las obras no pueden iniciarse hasta la presentación y posterior aprobación de las modificaciones requeridas por el coordinador de Seguridad y Salud, siendo el retraso causa imputable al contratista. Las Palmas de Gran Canaria, a 17 de diciembre de 2014”.

- El 23 de diciembre de 2014, la empresa presentó el Plan de Seguridad y Salud ante la empresa Prointec, contratista de los servicios de Coordinación de Seguridad y Salud del Cabildo Insular.

- El 29 de diciembre de 2014, se requirió a la contratista para la firma del acta de comprobación del replanteo y la presentación del Plan de Seguridad y Salud con las modificaciones observadas por el coordinador de Seguridad y Salud de la Administración, a fin de que fuera aprobado y se procediera a la firma de la mencionada acta, con la advertencia de que en caso contrario se procedería a la apertura de un procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento de su cláusula tercera.

- El 2 de enero de 2015, el coordinador de Seguridad y Salud de la Administración comunicó que, con fecha 23 de diciembre de 2014, la empresa había cumplimentado correctamente el Plan de Seguridad y Salud de la Obra, emitiendo en consecuencia un informe favorable al mismo.

- El 5 de enero de 2015, la contratista contestó al requerimiento de 29 de diciembre de 2014 explicando que la documentación requerida fue aportada el 23 de diciembre de 2014 a la empresa Prointec, encargada de la Coordinación de Seguridad y Salud de la Administración.

- El 7 de enero de 2015, la contratista solicitó la resolución del contrato con base en la causa establecida en el art. 237.a) TRLCSP al haber incurrido la Administración en demora en la comprobación del replanteo. En coherencia con esta pretensión, solicitó el abono de 46.314,17 euros, equivalente al 2% del importe de adjudicación, en concepto de indemnización por resolución contractual y la devolución de la garantía definitiva.

- El 8 de enero de 2015, se dictó resolución aprobando el Plan de Seguridad y Salud de las obras.

- El 13 de enero de 2015, se requirió a la contratista para que en el plazo improrrogable máximo de tres días hábiles se personara su representante entre las 08:00 a 14:30 horas en las oficinas del Servicio de Obras Públicas e Infraestructuras del Cabildo para la firma del acta de comprobación del replanteo e inicio de las obras, advirtiéndole de que en caso de que dicho acto no fuera cumplimentado en el plazo señalado se procedería a iniciar el procedimiento de resolución del contrato por causa imputable a la contratista de acuerdo con lo señalado en el art. 223

TRLCSF. En este requerimiento se señalaba que el retraso en la suscripción del acta de comprobación del replanteo se debía a que para ello era necesaria la previa aprobación del Plan de Seguridad y Salud y que este no había sido posible aprobarlo antes porque la empresa no lo había cumplimentado correctamente hasta el día 23 de diciembre de 2014; es decir, fuera del plazo del mes para el levantamiento del acta de replanteo. Este incumplimiento de la empresa contratista era el que había determinado ese retraso, por lo que no era posible admitir como causa de resolución de contrato el retraso provocado por ella.

- El 16 de enero de 2015, el representante de la empresa compareció en las oficinas del Servicio de Obras Públicas e Infraestructuras para la firma del acta de comprobación del replanteo e hizo constar en ella las siguientes reservas:

“1) La presente comprobación de replanteo no se ha llevado a cabo en el emplazamiento de la obra, con lo cual no ha sido posible a este contratista verificar la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto.

2) El acto, al igual que la suscrita por el Director de las obras con el visto bueno del Ingeniero Jefe acordando, según se ha podido comprobar en el día de hoy, la suspensión de un supuesto acto de comprobación del replanteo que en realidad no se había llevado a cabo, se han realizado como meros instrumentos formales para intentar justificar el incumplimiento por demora en el trámite preceptivo de comprobación de replanteo.

3) En consecuencia estamos disconformes con el contenido del acta de conformidad de replanteo.

4) Mantenemos la petición contenida en nuestro escrito de petición de resolución contractual al haber transcurrido un plazo superior al mes entre la formalización del contrato y la fecha en que esta pseudo acta de comprobación de replanteo (que no tiene acto de comprobación de replanteo que le sirva de base) se suscribe.

5) Mostramos nuestra disconformidad con las alegaciones contenidas en el escrito por el que se nos emplazaba a la firma de la presente acta.

6) Hacemos expresa reserva por los daños y perjuicios que con la ejecución de la obra genere a este contratista en caso de que su ejecución se lleve a cabo a pesar de ser evidente la prosperabilidad de nuestra petición de resolución contractual”.

El Director de las obras conminó por escrito e inmediatamente al representante de la contratista o a la persona que designara en su sustitución a desplazarse al lugar de las obras. El representante de la contratista desobedeció esa orden. En el acta de

comprobación de replanteo el director de las obras expresó que estas se podían ejercer en las condiciones del proyecto.

- El 26 de enero de 2015, el órgano de contratación se pronunció sobre la reservas formuladas por la contratista en el acta de comprobación de replanteo desestimándolas por infundadas y la requirió para que iniciara la ejecución de las obras, a cuyo efecto debía comunicar con el Director facultativo de la obra en plazo de tres días, advirtiéndole de que en caso contrario se procedería a la apertura de un procedimiento de resolución del contrato por la causa contemplada en el art. 223.d) TRLCSP.

- El 26 de enero de 2015, la contratista solicitó que se tramitara el procedimiento de resolución del contrato que había instado.

- El 30 de enero de 2015, el Director de la Obra informó que la contratista desde el día en que se firmó el acta de comprobación del replanteo no se había comunicado con él en orden al inicio efectivo de los trabajos.

- El 12 de febrero de 2015, interpuso recurso potestativo de reposición contra el requerimiento que se le había notificado el 13 de enero de 2015.

El 27 de febrero de 2015, el Consejero de Obras Públicas e Infraestructuras, órgano de contratación por delegación del Consejo de Gobierno Insular, dictó la Resolución 069/15, cuya parte dispositiva, en su primer apartado, desestimaba la solicitud de resolución contractual de la contratista basada en la causa del art. 237.a) TRLCSP y en su segundo apartado iniciaba de oficio el presente procedimiento de resolución contractual, con base en la causa del art. 223.d) TRLCSP.

- Esta resolución fue notificada a la contratista y a su avalista sin que esta última haya presentado alegaciones.

- El 11 de marzo de 2015, la empresa contratista presentó alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato y, además, propuso prueba. Estas alegaciones se resumen en que no es admisible que esa Administración resuelva el contrato por causa imputable al contratista cuando fue la misma la que previamente incumplió con su obligación de celebrar el acto y extender el acta de comprobación del replanteo dentro del plazo legal y contractualmente previsto, forzando a la contratista con ese incumplimiento, y con la injustificada negativa a resolver el contrato, a actuar como ha actuado, lo que implica que cualquier eventual

incumplimiento contractual sea consecuencia forzosa del previo incumplimiento de la Administración.

- El 23 de marzo de 2015, se redactó la Propuesta de Resolución.

- El 18 de mayo de 2015, se recibió en este Consejo Consultivo la emisión del preceptivo dictamen.

III

1. El objeto del presente dictamen es la Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de resolución contractual iniciado por la Resolución 069/15, de 27 de febrero de 2015, dictada por el Consejero de Obras Públicas e Infraestructuras por delegación del Consejo de Gobierno Insular.

No es objeto por consiguiente de este Dictamen la desestimación de la solicitud de resolución contractual formulada por la contratista que acuerda la mencionada Resolución 069/15. Como ya se señaló, esta resolución, en el primer apartado de su parte dispositiva, concluye ese procedimiento iniciado por la solicitud de la contratista, y en su segundo apartado acuerda iniciar de oficio un procedimiento diferente de resolución contractual, con base en la causa del art. 223.d) TRLCSP. Ese primer apartado representa un acto firme en vía administrativa que decide el mencionado procedimiento de resolución contractual instado por la contratista y por consiguiente no puede ser objeto de nuestro dictamen.

2. El segundo apartado es un acto de trámite, el de inicio de oficio de un nuevo procedimiento de resolución contractual en el cual se ha formulado la Propuesta de Resolución sobre la que se pide dictamen, y es a esta, por ende, a la cual se ha de ceñir nuestro análisis.

3. Las alegaciones de la contratista no pueden estimarse porque, según los arts. 210, 211.4 y 224.1 y 7 y la disposición final tercera.2 TRLCSP, el incumplimiento de la Administración no produce la resolución del contrato si esta no la declara expresamente por el procedimiento debido. Mientras no la declare, el contratista está obligado a cumplir con el contrato. Si la deniega expresamente, también sigue obligado a cumplir con el contrato, porque esa decisión es inmediatamente ejecutiva y sólo pierde eficacia por su anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa. Si la deniega por silencio administrativo, también continúa obligado al cumplimiento del contrato en tanto no recaiga una resolución judicial que declare la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración por concurrir alguna de las tasadas causas legales de resolución.

No cabe admitir la proposición de prueba realizada por la contratista porque, por remisión del art. 224.1 TRLCSP, el art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) regula exhaustivamente el procedimiento de resolución contractual sin contemplar más trámites que los de audiencia a los interesados, informe del Servicio Jurídico y dictamen del órgano consultivo, todos los cuales se han de despachar urgentemente y con carácter preferente.

4. El acta de comprobación del replanteo se firmó con reservas de la empresa. Una de esas reservas estribaba en que la comprobación del replanteo no se realizaba *in situ* por lo que el Director de las obras conminó por escrito e inmediatamente al representante de la contratista a desplazarse al lugar de las obras. El representante de la contratista no se trasladó a dicho lugar.

En el acta de comprobación de replanteo el Director de las obras expresó que estas se podían ejercer en las condiciones del proyecto.

Conforme al art. 139 RGLCAP, la formulación de reservas por la empresa en el acta de comprobación del replanteo determina la suspensión de la iniciación de las obras hasta que el órgano de contratación resuelva lo procedente. Si el órgano de contratación resuelve que las reservas son infundadas, no queda suspendida la iniciación de las obras ni, en consecuencia, será necesario dictar nuevo acuerdo para que se produzca la iniciación de las obras y se modifique el plazo para su ejecución.

El 22 de enero de 2015, el Consejero se pronunció sobre las reservas de la contratista, las consideró infundadas y la requirió para que en el máximo de tres días se pusiera en contacto con el Director del contrato a efectos de la iniciación de las obras.

Conforme al art. 139 RGLCAP y a la cláusula tercera del contrato, este pronunciamiento del Consejero sobre las reservas formuladas en el acta de comprobación del replanteo determinó que el plazo de cuatro meses para la ejecución de la obra empezara a correr desde el 16 de enero de 2015, fecha de la firma del acta de comprobación del replanteo, por lo que las obras debían estar culminadas el 16 de mayo de 2015.

La contratista se ha negado a iniciar las obras. Esta negativa ha determinado la imposibilidad del cumplimiento del plazo total para la ejecución de las obras. El art. 212.6 TRLCSP, en relación con el art. 223.d) del mismo texto legal, faculta a la

Administración a resolver el contrato cuando el incumplimiento del contratista determine la imposibilidad de cumplir el plazo total. Por consiguiente, procede la resolución del contrato con base en el art. 223.d) TRLCSP.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, por lo que procede estimar la resolución del contrato "077/13 Rehabilitación del firme de la GC-1, del p.k. 46+000 AL 50+100", de conformidad con lo expuesto en el Fundamento III.