



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 0 9 / 2 0 1 5

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de septiembre de 2015.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Presidenta-accidental del Cabildo Insular de Lanzarote en relación con la *Propuesta de Resolución en relación con la resolución del contrato de suministro, instalación y mantenimiento de una torre de medida para parque eólico. 1ª fase para implantación de un parque eólico en "isla" para desaladora de agua de mar de "Punta de los Vientos" (EXP. 305/2015 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado el 1 de julio de 2015 (R.E. 16 de julio de 2015) por la Excm. Sra. Presidenta-accidental del Cabildo de Lanzarote, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de "suministro, instalación y mantenimiento de una torre de medida para parque eólico. 1ª fase para la implantación de un parque eólico en "isla" para la desaladora de agua de mar de "Punta de los Vientos", adjudicado a la empresa S.E.M.I., S.A., que se opone a la resolución del contrato.

La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, en relación con el art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de octubre, y el art. 195.3.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), normas que son de aplicación dada la fecha de adjudicación del contrato, 4 de enero de 2012.

* Ponente: Sr. Fajardo Spínola.

II

1. Son antecedentes del procedimiento que nos ocupa los siguientes:

- El 14 de octubre de 2011 el Cabildo Insular de Lanzarote aprueba el pliego de condiciones administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas del contrato.

- El 4 de enero de 2012, por Resolución nº 9/2012, del Presidente-accidental del Cabildo de Lanzarote se adjudica el contrato a la empresa S.E.M.I., S.A.

- El 10 de enero de 2012 se formaliza el contrato.

- Tras el sucesivo cruce de correos electrónicos entre la contratista y la Administración, el 29 de febrero de 2012 se emite informe por el Área de Industria, Comercio, Consumo y Energía en el que se pone de manifiesto el incumplimiento del plazo de ejecución por el contratista.

- El 9 de marzo de 2012, se emite informe jurídico por la Coordinadora de Contratación de Obras, Servicios y Suministros, en relación con la procedencia de la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

- El 5 de marzo de 2012, se concede audiencia al contratista, de lo que recibe notificación el 9 de marzo de 2012. Al respecto, aquel presenta escrito en el que solicita prórroga del plazo de ejecución, así como se aportan soluciones alternativas para la instalación de torres de características diferentes a la ofertada, de lo que se concluye por un lado, su oposición a la resolución, y, por otro, un reconocimiento implícito del incumplimiento contractual, argumentando que el retraso en la ejecución se ha debido a un error en la interpretación del contrato, pues "se ha considerado que los días dados para la ejecución de la obra serían considerados desde la firma del acta de replanteo habitual al inicio de cualquier obra, y no desde la firma del contrato".

- El 9 de mayo de 2012, se emite informe por el Área de Industria, Comercio, Consumo y Energía contestando a las alegaciones del contratista. En el mismo se realiza una exposición de los antecedentes de hecho resultantes del cruce de correos electrónicos entre el contratista y la Administración, de los que concluye este informe:

"En función de lo anterior, se comprueba que desde el Área de Energía del Cabildo de Lanzarote, aun no siendo responsabilidad del área y sí de la empresa adjudicataria, existe comunicación para el inicio de los trabajos de fecha 30 de

enero. Fecha distinta (15 días de diferencia, 37% plazo contrato) de la indicada por S.E.M.I., S.A., en el escrito de referencia.

Disponiendo la empresa adjudicataria en todo momento de una persona de contacto con la que aclarar cualquier duda.

Debe indicarse también, que no hay constancia de la solicitud, por parte de la empresa, de nueva visita de emplazamiento de las obras, tal y como exponen en su escrito. Entendiéndose además que el replanteo de la obra quedó aclarado de forma suficiente en la visita realizada el día 15 de febrero de 2012”.

- Se emite Propuesta de Decreto, sin fecha, concluyendo en la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, lo que es informado favorablemente por el Servicio Jurídico el 1 de julio de 2015, informe en cuyos antecedentes fácticos se señalan los siguientes:

1) El 15 de junio de 2012, se dictó Resolución de Presidencia nº 1663, por la que se determina resolver el contrato e incautar la garantía.

2) El 5 de julio de 2012, la empresa S.E.M.I., S.A. presenta escrito en el que manifiesta que se compromete a realizar transferencia bancaria a favor del Cabildo por el 100% del importe del aval incautado, asumiendo legalmente los costes y gastos que puedan generarse por la realización de la referida transferencia bancaria.

3) El 19 de julio de 2012, se interpone por la entidad S.E.M.I., S.A. recurso de reposición contra la resolución del Presidente del Cabildo de Lanzarote sobre la resolución del contrato.

4) El 4 de marzo de 2015, se dictó sentencia en el procedimiento ordinario 411/2012, nº 063/2015, por la que se falla “que estimando el recurso presentado por la representación de la empresa S.E.M.I., S.A., se anula el acto administrativo identificado en el antecedente de hecho primero de esta Resolución (...)” (siendo tal acto administrativo la Resolución de la Presidencia nº 1663/2012 por la que se resuelve el contrato).

Los fundamentos jurídicos de la sentencia se basan en la falta de dictamen del Consejo Consultivo de Canarias previo a la resolución contractual, que implica la nulidad de la Resolución de la Presidencia por la causa del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

Sin embargo, de ninguno de los documentos referidos en tales antecedentes hay constancia en el expediente que se nos ha remitido.

2. Sin perjuicio de la falta de aportación al expediente que se remite a este Consejo Consultivo de toda la documentación relativa al mismo, ha de señalarse, respecto de la aportada, que en este procedimiento de resolución contractual no consta resolución de inicio, si bien, en el informe jurídico emitido el 1 de julio de 2015 se reputa como tal el informe de 29 de febrero de 2012, que pone de manifiesto el incumplimiento del plazo de ejecución por parte del contratista, dado que seguidamente se ha dado la exigible audiencia al contratista. Por otra parte, tampoco consta que se le haya dado audiencia al avalista, aunque así se señala en la Propuesta de Resolución, a pesar de ser preceptiva la incautación de la fianza por tratarse de resolución por incumplimiento culpable del contratista, y exigirse en tal caso la audiencia al avalista [art. 109.1.b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1098/2011, de 12 de octubre].

Finalmente, debe indicarse que la Propuesta de Resolución no tiene el contenido prescrito por el art. 89 LRJAP-PAC, pues no contiene los antecedentes fácticos de los que quepa incluir el incumplimiento contractual, así como los informes obrantes en el expediente y las alegaciones del contratista y la contestación a las mismas, por lo que deberá completarse en tal sentido.

3. Sin perjuicio de lo señalado acerca del cumplimiento de los trámites preceptivos, la remisión de toda la documentación a este Consejo y el carácter incompleto de la Propuesta de Resolución, debe hacerse una consideración acerca de la caducidad del procedimiento de resolución contractual, al haber transcurrido desde el inicio del mismo el plazo de tres meses que para su resolución establece el art. 42.3 LRJAP-PAC.

Sobre esta cuestión, es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo la de considerar aplicable el instituto de la caducidad a los procedimientos de resolución de los contratos administrativos. Señala así la STS de 22 de marzo de 2012, en la misma línea que las de 2 de octubre de 2007, 9 de septiembre de 2009 y 28 de junio de 2011, entre otras, que:

«(...) entre las prerrogativas que en materia de contratación pública poseen las distintas Administraciones se halla la de resolver los contratos determinando los efectos de esa decisión, y esa resolución la pueden acordar los órganos de contratación bien de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en

la forma que reglamentariamente se determine, y añade la norma que los acuerdos que decidan la resolución pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. De lo anterior deduce esta Sala que la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo y no un mero incidente de ejecución de un contrato, que tiene sustantividad propia, y que responde a un procedimiento reglamentariamente normado como disponía el art. 157 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, y como recoge ahora el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

- A ratificar lo anterior ha venido la doctrina sentada en la Sentencia del Pleno de esta Sala de 28 de febrero de 2007, que en su Fundamento de Derecho Cuarto señala que "Así, en el caso de autos, la petición de intereses deducida es una incidencia de la ejecución de un contrato de obras. No existe un procedimiento específico relativo a la ejecución del contrato de obras; sólo lo hay, en la relación de procedimientos existentes para las peticiones de clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación".

- Al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado y el art. 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, en su apartado 1 mantiene que "en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos" y en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que "en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92".

Como consecuencia de lo expuesto, en el caso examinado cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común».

4. Pues bien, en el presente caso, aun cuando no consta resolución de inicio del procedimiento de resolución contractual, entendiéndose como tal el informe de 29 de febrero de 2012, el plazo de tres meses se vencía el 29 de junio de 2012.

Como se ha señalado, se dictó Resolución de la presidencia nº 1663, de 15 de junio de 2012, por la que se resolvía el contrato y se incautaba la garantía, mas tal resolución fue anulada por Sentencia de 4 de marzo de 2015, dictada en el procedimiento ordinario 411/2012, número 063/2015, por carecer el procedimiento de resolución contractual del preceptivo trámite de dictamen del Consejo Consultivo de Canarias.

Por ello, el presente procedimiento, a pesar del tiempo transcurrido, no está incurso en causa de caducidad, al haberse enervado la misma como consecuencia de la Sentencia citada, que obliga a la Administración actuante a solicitar dictamen de este órgano consultivo para la posterior emisión de la Resolución que ponga fin al procedimiento.

III

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución fundamenta correctamente la resolución del contrato suscrito con S.E.M.I., S.A. en las causas señaladas en el art. 206.e) LCSP (“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra d) del artículo 96”) y g) (“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”).

En el informe jurídico que sirve de fundamento a la resolución contractual, se expone una correcta argumentación referida a este expediente, y cuyo contenido debe llevarse al texto de la Propuesta de Resolución.

Ante todo, se centra la justificación de la resolución en la calificación jurídica del contrato, pues el contratista alude a su calificación como contrato de obras,

estableciéndose como fecha de inicio la del acta de replanteo y no la de la formalización del contrato:

Así, tal y como razona la Propuesta de Resolución:

«El presente contrato está calificado como de suministro e instalación por lo que se plantea como un contrato mixto de suministro de bienes y una posterior de servicios de instalación de los mismos. Los contratos mixtos contienen prestaciones de varios contratos típicos en este caso la prestación principal es la del suministro y la prestación accesoria es la instalación.

La regulación y la doctrina de los contratos mixtos permite la calificación y aplicación de las normas que proceda estableciéndose la regla general de la absorción del contrato conexo o accesorio a la normativa del contrato principal, atendiendo a la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico. El contrato por configurarse como mixto no pierde individualidad de ser un único contrato administrativo.

Si la prestación principal es la de suministro hay que acudir al régimen jurídico aplicable a este tipo de contrato en lo que se refiere al cumplimiento y pago, a la entrega y recepción.

La LCSP establece que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado de acuerdo con los términos del contrato y a satisfacción de la Administración la totalidad de su objeto.

Los pliegos que rigieron la contratación en su cláusula 3 "Régimen jurídico" lo califica como contrato de suministro. El objeto de contrato es el suministro de una torre de mediciones para Parque Eólico en isla de 12 MW destinado al suministro de energía eléctrica a la planta desalinizadora Punta los Vientos».

Por tanto, siendo la calificación jurídica del contrato de suministro, al ser la instalación una prestación accesoria, procede aplicar la regla general de la absorción del contrato conexo o accesorio a la normativa del contrato principal, atendiendo a la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico; por lo tanto, el régimen jurídico aplicable es el de un contrato de suministro, al tratarse de la prestación más importante, por lo que no cabe aplicar la de la accesoria que es la instalación como pretende el contratista, por lo que no cabe considerar la fecha de inicio de la ejecución la del acta de comprobación de replanteo, porque se trata de un contrato de suministro.

Sentada tal calificación jurídica, estamos ya en condiciones de referirnos al plazo de ejecución del contrato, en cuyo incumplimiento se funda la causa de resolución de la Propuesta de Resolución, siendo esencial el plazo en este caso.

Así, como señala la Propuesta de Resolución:

«La duración del contrato se establecía en 70 días contados desde la formalización del contrato. Los criterios de adjudicación otorgaban al precio 50 puntos y al plazo de entrega 50 puntos. La oferta del recurrente hacía constar como plazo de entrega 40 días. Sobre este criterio de valoración, la Junta Consultiva de contratación administrativa en su Informe 13/04, de 7 de junio de 2004, ha interpretado que “en cuanto se refiere a la consideración y efecto de la reducción de plazo de ejecución presentada por el contratista cabe señalar que si tal reducción constituyó un criterio de adjudicación del contrato su incumplimiento representa en sí mismo un manifiesto fraude que impidió la adjudicación del contrato a otro candidato que pudo realizar una proposición más ajustada a la realidad. Por lo tanto, el incumplimiento del plazo de ejecución debe constituir una causa resolutoria del contrato con los efectos que respecto de la misma se determinan en el artículo 20, letra c), como causa de declaración de la prohibición para contratar, y, en su caso, en el artículo 33, apartado 2 y apartado 3, letra b), de la Ley.

El pliego de prescripciones técnicas en su apartado 4 establece el Emplazamiento y el 6 se refiere a la instalación y puesta en marcha.

El informe de valoración de las ofertas presentadas otorga una puntuación de 91,25 puntos a S.E.M.I., S.A. siendo el peso de la misma el plazo de entrega.

El contrato suscrito por las partes en su cláusula Cuarta recoge “El plazo de entrega será de CUARENTA (40) DIAS a contar desde la formalización del contrato. Siendo el plazo de garantía de DOCE (12) MESES, a contar desde la fecha de recepción o conformidad del suministro».

Por todo ello, resulta, por una parte, que el plazo de entrega establecido en el contrato es de cuarenta (40) días a contar desde la formalización del contrato, por lo que, al suscribirse el contrato el 10 de enero de 2012, contaba el contratista con un plazo de entrega de 40 días que concluyó el 27 de febrero de 2012, que no cumplió.

En todo caso, como se deriva del cruce de correos electrónicos, tras conversación telefónica, el 7 de febrero de 2012 se recibe por la Administración correo del contratista donde se señala que hubo un malentendido por parte de la empresa al suponer que el plazo de ejecución comenzaba desde el replanteo de la

obra, y no desde la firma del contrato, habiendo quedado ya este extremo aclarado en ese momento, de tal modo que el contratista propone "compensación al malentendido".

Además, el 13 de febrero de 2012 se remite correo electrónico a la contratista donde se informa de la imposibilidad de ampliar el plazo del contrato por ser uno de los criterios de valoración de la oferta, advirtiendo que el retraso respecto de la fecha de entrega -27 de febrero de 2012- sería penalizado de acuerdo con la LCSP. Se propone realizar el replanteo el día 15, dado lo ajustado de los plazos.

El mismo 13 de febrero, la contratista confirma la propuesta de fecha de replanteo y solicita nueva aclaración del plazo de ejecución, respecto de si los 40 días son hábiles, por lo que plantea que el plazo concluiría el 6 de marzo. Se pide confirmación. El replanteo de la obra se realiza el 15 de febrero de 2012, con asistencia de todas las partes. No obstante, el 20 de febrero de 2012 se remite correo del contratista en el que insiste en que el plazo de 40 días sea desde el replanteo, planteando problemas de material. Y se añade: "Debido a nuestro error de lectura en cuanto al plazo de entrega especificado en el Pliego de Condiciones (40 días tras la formalización del contrato en vez del replanteo), asumiremos las penalizaciones propuestas por retraso de acuerdo a la LCSP". Finalmente, el 28 de febrero, ya concluido el plazo de ejecución, propone la instalación de un nuevo mástil, como última opción para reducir el plazo de entrega.

Como se observa, en todo momento ha habido comunicación entre el contratista y la Administración para aclarar en varias ocasiones, lo que no es preciso, en todo caso, dada la naturaleza de "suministro" del contrato, que el plazo de ejecución comenzaría a partir de la fecha de formalización del contrato, persistiendo la contratista en el incumplimiento.

Por otro lado, el incumplimiento del plazo resulta esencial en este contrato porque ello supone la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente establecidos y produce una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación, más teniendo en cuenta que la justificación de la subvención a la que estaba sujeto el contrato del Ministerio de Economía y Hacienda finalizó el 31 de marzo de 2012.

Además, como bien señaló la Propuesta de Resolución, si la reducción del plazo, que quedó establecido en 40 días, constituyó un criterio de adjudicación del contrato

su incumplimiento implica un fraude, al impedir la adjudicación a otro licitador que pudo realizar una proposición más ajustada a la realidad.

2. Pues bien, por todo lo expuesto, la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, pues según los datos que obran en el expediente concurre causa de resolución contractual *ex art. 206.e)* y *g) LCSP*, por incumplimiento del plazo, siendo este esencial en el contrato que nos ocupa, sin que quede ello desvirtuado por las alegaciones realizadas por el contratista.

Por otra parte, como bien señala el informe que fundamenta la Propuesta de Resolución, frente a la disponibilidad manifestada por el contratista (en correo electrónico de 20 de febrero de 2012) de someterse a las penalidades por retraso en el cumplimiento del plazo de ejecución del contrato sin que se resuelva el mismo, debe aclararse que es discrecional de la Administración optar entre la imposición de la penalidades y la resolución del contrato, ponderando las circunstancias concurrentes en el caso. Por ello, en el presente debe optarse, como ha hecho la Propuesta de Resolución, por la resolución del contrato, dado el carácter esencial del plazo, que fue criterio de adjudicación del contrato, porque su incumplimiento determina que no se pueda cumplir con la justificación de la subvención del Ministerio de Economía y Hacienda a la que está sujeta la contratación, que finalizó el 31 de marzo de 2012.

Además, debe resolverse el contrato con los efectos señalados en la Propuesta de Resolución, esto es, la incautación de la garantía presentada por tratarse de incumpliendo culpable del contratista, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 208.3 y 4 LCSP, sobre la que se hará efectiva, en primer término, la indemnización por los posibles daños y perjuicios producidos por el incumplimiento, lo que puede determinarse en este o en procedimiento distinto con audiencia al contratista (art. 113 Reglamento General de la Ley de Contratos, aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de octubre).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, si bien deberá motivarse adecuadamente. Procede resolver el contrato en virtud de la causa invocada en la Propuesta y con los efectos señalados en la misma.