

Expediente Núm. 70/2013
Dictamen Núm. 88/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 2 de mayo de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 19 de abril de 2013, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de adquisición de un vehículo furgón para intervenciones del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento en accidentes con mercancías peligrosas, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. En sesión celebrada el día 1 de septiembre de 2011, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda adjudicar el contrato de adquisición de un vehículo furgón para intervenciones del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento (en adelante SEIS) en accidentes con mercancías peligrosas.

Con fecha 7 de septiembre de 2011 se formaliza el contrato en documento administrativo, en cuya cláusula segunda se establece que “el precio del contrato es de 153.000 euros, IVA excluido”, y que “el plazo del contrato es (de) 110 días, a contar a partir del día siguiente al de la fecha”. Consta en el mismo documento que “el adjudicatario ha procedido a constituir en la Tesorería Municipal la garantía definitiva exigida por importe de 7.650 euros, mediante aval”.

2. Obra incorporado al expediente, entre otra documentación, el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir el contrato, en cuya cláusula vigésimo-segunda se dispone que “son causas de resolución del contrato las previstas en los artículos 206 y 275 de la Ley de Contratos del Sector Público (...). La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación y producirá los efectos previstos en los artículos 208 y 276 de la Ley de Contratos del Sector Público”. La cláusula vigésimo-tercera, relativa a la imposición de penalidades, señala que “cuando el contratista incurra en demora por causas imputables al mismo, el órgano de contratación podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 € por cada 1.000 € del precio del contrato”, y que “cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades”. En la misma cláusula se determina que “las penalidades se impondrán por acuerdo de la Junta de Gobierno, adoptado a propuesta del responsable del contrato y que será inmediatamente ejecutivo, haciéndose efectivas mediante deducciones de las cantidades que deban abonarse al contratista o sobre la garantía definitiva, cuando no puedan deducirse de las correspondientes certificaciones”.

3. El día 30 de diciembre de 2011, se recibe en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo un escrito en el que el Director Comercial de la

empresa suministradora refiere que una vez firmado el contrato “realizó de inmediato el pedido de compra del chasis objeto de adjudicación”, si bien el fabricante, “debido a cambios de (la) normativa europea”, da como “fecha de entrega final (...) enero de 2012”. Por ello, y teniendo en cuenta que el “plazo para carrozar el vehículo en forma y condiciones pactadas es de 35 días laborables”, solicita que se le conceda a la empresa “una prórroga de la fecha de entrega del objeto del contrato hasta el 26 de marzo, rogándole su aprobación sin penalidad debido a causas ajenas a esta empresa y de fuerza mayor”.

4. Con fecha 10 de enero de 2012, el Responsable del SEIS informa que “no tiene inconveniente en acceder a la solicitud” de la empresa suministradora, puesto que la “imposibilidad de cumplimiento de la empresa (...) se debe a la falta del chasis necesario para realizar la obra de equipamiento contratada (...). Observando, asimismo, esta Jefatura que el retraso en la entrega del chasis se debe a una adaptación a normativa europea en lo concerniente a motores Euro V”.

5. El día 11 de enero de 2012, la Jefa del Servicio de Interior solicita al SEIS que “concrete el cambio de normativa alegado en su informe de 10-01-12 (disposición, publicación, en qué afecta a lo contratado, etc.)”.

6. Con fecha 23 de enero de 2012, el Responsable del SEIS remite a la Sección de Contratación una copia de la “normativa Euro 5 sobre emisiones de CO”, precisando que aquella “se enmarca dentro de las modificaciones sucesivas a la Directiva 70/220/CEE sobre emisiones diferentes al CO₂: Euro 5 (2008/9) para cualquier vehículo – COM (2005) 683 cuyos límites sustituyen a la Directiva original 70/220/CEE sobre límite de emisión”.

7. El día 31 de enero de 2012, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior, con la conformidad de la Jefa de Servicio, informa que “no procede la

concesión de la prórroga solicitada por resultar acreditado que la demora es imputable al contratista, quien, a la hora de elaborar su oferta e incluir en ella la mejora del plazo de entrega, debió prever la situación planteada por la entrada en vigor de la norma Euro 5 sobre emisiones de CO₂”, y que “procede la imposición de penalidades por demora en la entrega”, a razón de “30,60 €/día de retraso en la entrega, a contar desde el día 28 de diciembre y hasta que se haga efectiva dicha entrega en los términos previstos en los pliegos”. Respecto al cambio de la normativa europea en la que se fundamenta la solicitud de la adjudicataria, señala que “la norma Euro 5 sobre emisiones de CO₂ se aprobó en octubre de 2009 para los coches de categoría B, con un periodo de ajuste hasta 2012 para los constructores de autos de más de 2.000 kg, tales como ambulancias, vehículos de rescate o coches familiares (...), extremos estos que la empresa debía conocer al formular su oferta y al proponer la mejora en el plazo máximo de entrega incluida” en ella.

8. Con fecha 28 de febrero de 2012, la Intervención General libra un informe contrario a la prórroga solicitada al considerar, basándose en las razones expresadas en el de la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior, que “la demora se ha producido por causas imputables al contratista”.

9. En sesión celebrada el día 1 de marzo de 2012, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda “denegar la concesión de la prórroga solicitada, por resultar acreditado que la demora es imputable al contratista, quien, a la hora de elaborar su oferta e incluir en ella la mejora del plazo de entrega, debió prever la situación planteada por la entrada en vigor de la norma Euro 5 sobre emisiones de CO₂”, e imponer penalidades por demora a razón de “30,60 €/día de retraso en la entrega, a contar desde el día 28 de diciembre y hasta que se haga efectiva la entrega en los términos previstos en los pliegos reguladores del contrato”. Dicho acuerdo se notifica a la contratista el día 12 del mismo mes.

10. Mediante escrito de 4 de octubre de 2012, el Concejal de Gobierno de Contratación requiere a la empresa suministradora para que, “en el plazo máximo de 15 días, proceda a la entrega del vehículo, en los términos señalados en los pliegos, momento en el que se efectuará la liquidación definitiva de las penalidades derivadas de la demora”, que, según señala, ascienden a “8.629,20 € (30,60 € x 282 días de retraso)”, significándole que “en caso de incumplimiento se adoptarán las medidas oportunas, incluida, en su caso, la incoación de procedimiento de resolución contractual por incumplimiento culpable de esa empresa”.

11. El día 17 de octubre de 2012, el representante de la adjudicataria dirige un escrito al Concejal de Gobierno de Contratación en el que, tras disculparse por la demora, achaca el retraso a las dificultades de la crisis económica que, según indica, “se ha traducido en nuestra empresa en una restricción del crédito (...) que, unido con las exigencias del pago por adelantado de casi todos nuestros proveedores extranjeros, supone un esfuerzo enorme para la puesta en marcha de todos nuestros pedidos”. Afirma que “a día de hoy tenemos adquirido el furgón (...), parte del carrozado terminado y parte de la dotación adquirida, como pudo comprobar en su visita a finales de agosto el Jefe del SEIS. Pero debido a nuestras limitaciones de tesorería tenemos pagos, exigidos por adelantado, pendientes de realizar a nuestros proveedores del resto de la dotación ofertada que nos limita la finalización del contrato suscrito”. Finalmente, solicita “autorización al órgano de contratación para poder facturar parcialmente mediante certificación por acopio de materiales, similar a los contratos por obra”, por un “importe total de 37.749,96 euros más IVA y así poder afrontar los pagos pendientes. Asimismo, si así lo considera el órgano de contratación, que dicho importe sea abonado directamente a nuestros proveedores mediante la cesión de crédito de dicha factura”.

12. Mediante Providencia de 24 de octubre de 2012, la Jefa del Servicio de Interior solicita al Responsable del SEIS un informe “sobre la situación del vehículo, el valor aproximado del mismo en el estado en el que se encuentra y (...) la utilidad que podría tener de ser recibido en tal estado, en el hipotético caso de resolución del contrato”.

13. El día 26 de octubre de 2012, el Responsable del SEIS libra un informe en el que refiere que “en la visita que (...) realizó (...) el pasado 30 de agosto, con el fin de definir el acomodo del equipamiento del vehículo (...), pudo comprobar que un furgón (...) se encontraba en las dependencias de la empresa (...), el cual dijeron era el perteneciente a nuestro Servicio. Este vehículo es nuevo y sin matricular, e interiormente contenía unos perfiles de aluminio a modo de distribución para el acomodo de bandejas y herramientas. Junto a este, se encontraban varios útiles y equipos de los utilizados por bomberos (...) que servían de muestra para ver su encaje dentro del furgón. En todo caso, faltaba en torno al 80% del material necesario para su equipamiento. En cuanto al aspecto exterior del furgón, este, carecía en esos momentos de todo tipo de iluminación y elementos que caracterizan un vehículo de emergencias (...). No obstante lo anterior, y tras varias horas definiendo la futura ubicación de los equipos que ha de llevar el vehículo, afirmaban poder entregarlo a finales de octubre, cosa que a la vista del escrito que presentan incumplirán./ En cuanto al valor aproximado del vehículo y el equipamiento que en aquel momento tenían, decirles que poco más que el valor del chasis (...), en torno a los 45.000 + IVA”.

14. Con fecha 6 de noviembre de 2012, la Adjunta a la Jefa del Servicio de Interior suscribe un informe, con la conformidad de la Jefa de Servicio, en el que concluye que “se considera acreditado que los incumplimientos del plazo y de la obligación de entregar el vehículo son imputables, exclusivamente, a la empresa, teniendo en cuenta al respecto la aplicación del principio de riesgo y ventura”. Añade que, “ante la demora en la entrega”, y habiendo optado

inicialmente el órgano de contratación por la imposición de penalidades por cada día de retraso, la empresa no ha dado cumplimiento a su obligación contractual principal”, por lo que estima “procedente iniciar el procedimiento para la resolución del contrato por causas imputables al contratista”. Entiende que, “de acordarse la resolución del contrato, procederá:/ El requerimiento de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento, que pueden cuantificarse en el importe resultante de la demora hasta la fecha de la incoación del expediente./ La incautación de la garantía hasta el importe en que se cuantifiquen los daños y perjuicios./ Exigir la responsabilidad de la empresa por los daños y perjuicios en lo que exceda de la garantía”. Finalmente, evalúa los daños ocasionados “hasta el día 05-11-2012” en “9.547,20 €”.

15. En sesión celebrada el día 21 de noviembre de 2012, la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar el procedimiento para la resolución del contrato “por incumplimiento del plazo de entrega del vehículo por causas imputables a la empresa”, y dar audiencia a la adjudicataria y a la entidad avalista por un plazo de diez días, precisando que “se procederá a requerir el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento -inicialmente cuantificados en el importe equivalente al de la aplicación de penalidades por demora hasta la fecha del inicio del expediente-, la incautación de la garantía hasta el importe en que se cuantifiquen los daños y perjuicios y a exigir la responsabilidad de la empresa por los daños y perjuicios en lo que excedan de la garantía definitiva”.

16. Notificada la resolución de incoación a la contratista, el día 11 de diciembre de 2012 se recibe en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo un escrito, firmado por el Director General y el Director Comercial de la empresa, en el que formulan alegaciones en el trámite de audiencia. En él manifiestan que “aún” no han podido acabar el contrato “por falta de suministro de proveedores y pagos al contado de los mismos”, y que tienen “el deseo de terminar el vehículo buscando otras alternativas”. Finalmente,

atendiendo a “la problemática que todo el país viene padeciendo”, solicitan una “consideración especial no resolviéndonos el contrato y que, en caso de resolverlo, no se nos ejecute el aval ni nos pidan daños y perjuicios”.

17. En sesión celebrada el día 1 de febrero de 2013, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda declarar la caducidad del procedimiento de resolución del contrato, incoar uno nuevo “con conservación y expresa incorporación de los antecedentes y de aquellos trámites que puedan mantenerse por persistir su vigencia fáctica y jurídica”, y dar audiencia a la contratista y a la avalista, lo que se comunica a las interesadas los días 5 y 12 de febrero de 2013, respectivamente.

18. Con fecha 15 de febrero de 2013, se recibe en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo un escrito que suscriben el Director General y el Director Comercial de la empresa suministradora. En él manifiestan que llevan “invertidos 94.311,69 € sin IVA”, que la empresa “ha trabajado desde el comienzo con la mayor diligencia posible para terminar este suministro y que nos encontramos ahora con esa inversión realizada en el carrozado y equipamiento siendo un vehículo especial, por lo que, de no realizarse el suministro y anular el contrato, (la empresa) tendrá unas pérdidas correspondientes a dicho importe, ya que es imposible poder venderlo a cualquier otro servicio”. Solicitan el establecimiento de “alguna fórmula que permitiese que el Servicio tuviera el vehículo y que (la empresa) no incurriera en estas pérdidas”, para lo que proponen dos alternativas: “a) Recepcionar el vehículo con la dotación existente y proceder a revisar el contrato dividiéndolo en dos partes: una por lo ya realizado y otra por la dotación pendiente. Una vez que nos hayan recepcionado el vehículo con lo ya realizado les facturaríamos esa primera parte. Con el pago de esa primera parte adquiriríamos y suministraríamos la segunda./ b) Modificar el contrato admitiendo un pago parcial equivalente al chasis que pasaría matriculado a su poder y con dicho importe completaríamos la totalidad de la dotación, ya que

el vehículo está carrozado y solo a falta de complementar la dotación. Con ello eliminaríamos los perjuicios que pudieran ocasionarse para ambos”.

19. El día 20 de marzo de 2013, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior libra un informe en el que pone de manifiesto que “cuando un contrato es resuelto por incumplimiento culpable del contratista este queda obligado a indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados, indemnización que deberá hacerse efectiva, en primer término, sobre la garantía definitiva, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en relación con el importe que exceda de aquella, debiendo recogerse en el acuerdo de resolución pronunciamiento expreso sobre la pérdida, devolución o cancelación de la garantía (art. 208 LCSP, ley aplicable al contrato en atención a la fecha de su adjudicación). Por tanto:/ Deben quedar debidamente acreditados en el expediente los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento./ No cabe posponer la liquidación de los daños y perjuicios a un momento posterior al del acuerdo de resolución./ Para incautar la garantía, total o parcialmente, deben determinarse y cuantificarse los daños y perjuicios, dando traslado, para alegaciones, tanto al contratista como a la entidad avalista./ Para la liquidación de los daños y perjuicios debe tenerse en cuenta lo previsto en el PCAP (en el presente caso no existe cláusula específica al respecto) y, en su defecto, en el art. 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las AA. PP., en el que se hace referencia a que para efectuar aquella se tengan en cuenta factores tales como el retraso para la inversión proyectada y los mayores gastos ocasionados a la Administración (...). En el presente caso:/ El precio de licitación fijado en la nueva propuesta de contratación tramitada por el SEIS es el mismo que el fijado en el contrato a resolver./ Al menos por quien suscribe este informe, no se pueden determinar gastos específicos derivados de la tramitación administrativa, tanto de la resolución como de la nueva licitación (excluidos los gastos correspondientes a los anuncios de la convocatoria de las licitaciones, los cuales, en todo caso, son de cuenta de los adjudicatarios”. Finalmente, “en

atención a todo lo anterior”, concluye que “está acreditado que (la adjudicataria) ha incumplido el contrato por causas imputables a la propia empresa, sin que sea necesario considerar la existencia o no de dolo en su actuación”; que “no queda acreditada la existencia de daños y perjuicios causados al Ayuntamiento con motivo de la resolución del contrato”, y que “el procedimiento de resolución (...) es independiente del de imposición de penalidades por demora, a cuantificar entre la fecha límite para la entrega del vehículo (28-12-2011) y el inicio del primero de los expedientes de resolución (21-11-12), y que ascienden a 10.067,40 €”.

20. Con fecha 2 de abril de 2013, una Letrada Consistorial informa, tras manifestar su conformidad con las consideraciones contenidas en el elaborado por la Adjunta a la Jefa del Servicio de Interior, que “las soluciones propuestas por la empresa resultan inaceptables para una Administración pública, que debe respetar la aplicación de la legalidad vigente en materia de contratos y las cláusulas establecidas en los respectivos pliegos”, y que “el ‘ius variandi’ de la Administración en ningún caso puede comportar la alteración de las condiciones esenciales del contrato”. Seguidamente, tras hacer un resumen de las principales líneas del debate doctrinal abierto acerca de si, en el régimen legal posterior a la Ley de Contratos del Sector Público, puede incautarse automáticamente la garantía en los supuestos de resolución por incumplimiento culpable del contratista o si la pérdida de la garantía se encuentra estrictamente vinculada al resarcimiento de los perjuicios causados a la Administración, pone de manifiesto que, “aun cuando se asumiera la tesis de la subordinación de la incautación de la garantía a la existencia de unos daños y perjuicios concretos, lo cierto es que muchos consejos consultivos autonómicos vienen cohonstando la necesidad de realizar la valoración de los daños y perjuicios con la exigencia del artículo 215.4 del TRLCSP y la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio, bajo amenaza de caducidad transcurrido el plazo de tres meses. Este es también el criterio del Consejo de Estado”. A continuación, y respecto

a los daños sufridos, refiere que “el mero hecho de la resolución de un contrato sin la satisfacción de la necesidad que motivó los respectivos acuerdos municipales comporta una serie de costes indirectos por la disposición de medios y personal municipal para la tramitación en todos sus trámites del expediente de contratación que finalmente deviene ineficaz y por la posterior tramitación del expediente de resolución, pero ciertamente la concreción de tales gastos resulta, tal y como informa el Servicio de Contratación, de difícil valoración económica”, por lo que, “vistas las dudas suscitadas en relación con la interpretación del art. 225.3 del TRLCSP y la jurisprudencia existente, se considera admisible que el acuerdo de resolución se pronuncie expresamente sobre la incautación de la fianza, entendiéndose que la misma viene determinada por las cláusulas contractuales, o, subsidiariamente, se acuerde la retención de la misma hasta que, tramitada la nueva licitación, que habrá de tener lugar una vez concluida la resolución de este contrato -el art. 225.6 solo contempla la tramitación simultánea en el caso de resolución del art. 223.g)-, sea posible la determinación de los daños y perjuicios./ Significar, finalmente, que el acuerdo de resolución del contrato comporta dejar sin efecto la imposición de penalidades al contratista, en un importe que ya superaba los 7.650 € de la fianza definitiva, dado que conforme viene determinado tanto en el TRLCSP (art. 212.5 y 224.6) como en la cláusula vigésimo-tercera de los pliegos de condiciones administrativas, la Administración está facultada para optar bien por la imposición de penalidades o bien por la resolución contractual”.

21. El día 11 de abril de 2013, el Interventor municipal elabora un informe en el que propone que “se declare la resolución del contrato con incautación de la garantía definitiva y se proceda a la determinación de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado al Ayuntamiento (artículo 208.3 y 4 LCSP)”.

22. Con fecha 12 de abril de 2013, el Concejal de Gobierno de Contratación formula propuesta de resolución en el sentido de “aprobar la resolución del

contrato por incumplimiento culpable del contratista, al no haber procedido a la entrega del vehículo objeto” de aquel “por causas imputables al mismo, sin responsabilidad municipal alguna”, y “requerir al contratista la indemnización de los daños y perjuicios (mayor coste y peores condiciones técnicas respecto al presente contrato) que puedan resultar de la nueva licitación a tramitar, acordando la retención de la garantía definitiva hasta que, tramitada aquella una vez concluida la resolución de este contrato, sea posible determinar la existencia de tales daños y perjuicios”.

23. En sesión celebrada el día 18 de abril de 2013, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda “dar traslado del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para la emisión del preceptivo informe” y “acordar la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución por el tiempo que medie entre la petición del informe (...) y la recepción del mismo, sin que tal suspensión pueda exceder de tres meses”, lo que se notifica a la contratista y a la entidad avalista.

24. En este estado de tramitación, mediante escrito de 19 de abril de 2013, registrado de entrada el mismo día, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de adquisición de un vehículo furgón para intervenciones del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento en accidentes con mercancías peligrosas, adjuntando a tal fin copia compulsada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del

Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Alcalde del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el asunto sometido a nuestra consideración no consta acreditada la representación de quienes, en nombre de la empresa adjudicataria, formulan su oposición a la propuesta de resolución contractual realizada por la Administración. El escrito de oposición lo firman personas distintas de aquella que en su día suscribió la proposición y formalizó el contrato con la Administración consultante en calidad de representante de la sociedad.

A propósito de la representación, el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), establece que, “Para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”.

En la medida en que la oposición del contratista condiciona el carácter de la consulta a este Consejo, consideramos que no ha de calificarse este acto como de mero trámite, sin que pueda presumirse aquella. Desconocido el título con que actúa quien firma en nombre de la adjudicataria la oposición a la resolución contractual, este Consejo no podría pronunciarse sobre el fondo del asunto si falta el presupuesto subjetivo que convierte la consulta en

preceptiva, esto es, la acreditación de quien se opone a la pretensión del órgano consultante.

No obstante, puesto que la Administración municipal ha admitido, sin más, la representación del firmante, podríamos entender que quien suscribe el escrito de alegaciones pudo actuar como “factor notorio”, resultando de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 286 del Código de Comercio, cuyo tenor literal dispone que “Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos”.

A tenor de dicho razonamiento, de acuerdo con el principio constitucional de eficacia administrativa, y a efectos de la emisión de este dictamen, entendemos de aplicación lo establecido en el artículo 32.4 de la LRJPAC, que permite subsanar la falta o insuficiente acreditación de la representación antes de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, dentro del plazo de diez días, que habrá de conceder al efecto el órgano instructor, o de un plazo superior si las circunstancias lo requieren.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que analizamos es la propia de un contrato administrativo de suministro.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -1 de septiembre de 2011-, y teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a cuyo tenor, “Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las

Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 de la LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 194 de la LCSP, cuyo contenido se corresponde con el del artículo 210 del TRLCSP actualmente en vigor, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida, por razones temporales, a lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo, y en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria.

Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención, según dispone el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Finalmente,

siempre que se formule oposición del contratista, los artículos citados imponen a la Administración la obligación de solicitar “el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados. Sin embargo, y en lo que se refiere al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, advertimos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 1 de febrero de 2013, en la fecha de emisión del presente dictamen habría transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la LRJPAC, aplicable al procedimiento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -Sección 4.ª- y de 9 de septiembre de 2009 y 8 de septiembre de 2010 -Sección 6.ª-, entre otras). No obstante, de la documentación remitida se desprende que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución por causa de la petición de dictamen a este Consejo Consultivo.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de indicar, en primer lugar, que el contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por tanto, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato; si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en el mismo.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato la LCSP. Por tanto, son causas de resolución las recogidas en el artículo 206 de la

misma Ley y, en cuanto al contrato de suministro, en el artículo 275 del mismo texto legal, que contempla determinadas especialidades de este tipo contractual, sin perjuicio de la remisión general al citado artículo 206.

La propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración se fundamenta en el incumplimiento del plazo total de ejecución, imputable al contratista al amparo de lo establecido en el artículo 206.d) de la LCSP.

Antes de examinar si concurren los supuestos fácticos y jurídicos que ampararían la aplicación de tal causa de resolución, hemos de analizar con carácter previo si, habiendo optado la Administración inicialmente por la imposición de penalidades para incentivar el cumplimiento en mora del adjudicatario, se encuentra facultada ahora para resolver el contrato, o, lo que es lo mismo, si se dan los requisitos establecidos para ello en el artículo 196 de la LCSP, que reproduce la cláusula vigésimo-tercera del pliego de las administrativas particulares que rige la contratación.

A tenor de lo dispuesto en el citado precepto y en la cláusula mencionada, en el caso de vencimiento del plazo contractual sin ejecución de la prestación por causas imputables al contratista, la Administración tiene la facultad de optar entre resolver el contrato o permitir al adjudicatario continuar su ejecución imponiéndole una penalidad diaria por cada día de retraso. Si la Administración resuelve dejar que el contratista continúe realizando el contrato ya no podrá decidir sobre su resolución hasta que tales penalidades alcancen un importe equivalente al 5% de su precio o cualquier otro múltiplo de esta cantidad, no a menos que se revise la decisión de imposición de penalidades por los cauces legalmente establecidos, pues, mediante aquella ha declarado "el derecho del contratista a seguir en la ejecución" del contrato, según ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen 53747, de 28 de diciembre de 1989. Ha de entenderse que cuando la Administración ejercita esta facultad de opción sucesivamente, decantándose primero por la imposición de penalidades y acordando más adelante la resolución del contrato, cada decisión administrativa surte efectos

independientemente, de modo que la incoación del procedimiento resolutorio no conlleva la condonación de las penalidades generadas con carácter previo.

En el caso que analizamos, resulta del examen del expediente que, en sesión celebrada el día 1 de marzo de 2012, la Junta de Gobierno Local acordó imponer penalidades por demora a razón de "30,60 €/día de retraso en la entrega, a contar desde el día 28 de diciembre y hasta que se haga efectiva la entrega en los términos previstos en los pliegos reguladores del contrato", y que, con fecha 21 de noviembre de 2012 -momento en que se acuerda iniciar el primer procedimiento de resolución contractual-, las penalidades por demora habían alcanzado ya el 5 por 100 del precio del contrato. En tales circunstancias, la opción de ejercicio de la potestad resolutoria por parte del órgano de contratación se encuentra plenamente legitimada.

Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada, queda acreditado que cuando se inicia el procedimiento de resolución contractual había transcurrido más de un año desde el vencimiento de la fecha comprometida por la adjudicataria para cumplir con la obligación de entrega del bien objeto del suministro, que, a tenor de lo establecido en la cláusula segunda del documento contractual, debía ejecutarse en el plazo de 110 días a contar desde el siguiente a su formalización, la cual tuvo lugar el día 7 de septiembre de 2011. De la entidad del retraso y de las explicaciones ofrecidas en nombre de la adjudicataria -a la que le resulta imposible ejecutar la prestación en los términos del contrato a menos que se introduzcan modificaciones en la forma de recepción del bien y abono del precio contrarias a lo convenido- puede inferirse que el incumplimiento en que se funda la propuesta que analizamos alcanza la trascendencia suficiente para justificar la resolución que se pretende.

Sentado esto, hemos de analizar a continuación si el mismo puede achacarse a la culpa de la contratista.

La adjudicataria aduce que no puede ejecutar la obra por causas ajenas a su voluntad, que concreta en una supuesta imposibilidad de obtener la

financiación que precisa para la ejecución de lo comprometido, y que llega a calificar como de “fuerza mayor”.

Sin embargo, como señala la Administración consultante, las dificultades financieras de la empresa adjudicataria constituyen un supuesto incluido en la órbita del riesgo y ventura del contratista. Este principio en materia contractual, que recoge el artículo 199 de la LCSP con carácter general, evoca el riesgo que aquel asume en relación con las contingencias comunes que puedan surgir durante la vida del contrato, entre las que se encuentra la coyuntura del mercado financiero. Por ello, cualquier licitador diligente sabe que, incluso antes de presentar la proposición, debe tener resuelta su financiación, pues de resultar adjudicatario tendrá que ejecutarlo en el tiempo y forma comprometidos en su oferta.

En suma, de lo actuado resulta que, efectivamente, puede imputarse a la contratista el incumplimiento culpable del contrato, y que este es sustancial en la medida en que no ha sido ejecutada la prestación esencial que constituye su objeto, sin que las supuestas dificultades financieras aducidas por ella en su descargo puedan legitimar la exoneración de las obligaciones contractualmente asumidas.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, resulta de aplicación el artículo 208.3 de la LCSP, a cuyo tenor “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”, estableciendo el apartado 4 del mismo precepto que “En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable”.

En relación con la interpretación de las normas que acabamos de transcribir -que, como es sabido, difieren del tenor literal del artículo 113, apartados 4 y 5, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, vigente hasta la entrada en vigor de aquellas-, la Letrada Consistorial recuerda, con una curiosidad intelectual encomiable, la controversia hermenéutica que ocupa en la actualidad a los distintos Consejos Consultivos y al Consejo de Estado, y sobre la que el Tribunal Supremo no se ha manifestado aún. Ahora bien, no procede que este Consejo satisfaga ahora tal curiosidad recordando o matizando el criterio que mantiene al respecto, pues, a la vista de los documentos obrantes en el expediente, no cabe pronunciarse sobre la forma en que los efectos resolutorios han de trasladarse a la garantía definitiva en el asunto sometido a consulta, ya que su importe, afecto a la liquidación de las penalidades por demora de conformidad con lo señalado en los artículos 88.a) y 196.8 de la LCSP, se encontraba consumido en su totalidad a la fecha de incoación del procedimiento resolutorio.

En este sentido, no consta que se hayan hecho efectivas sobre la garantía las penalidades a que está afecta la misma, ni, por tanto, que se haya requerido a la contratista para su reposición en los términos de lo establecido en el artículo 87.2 de la LCSP; por ello, atendiendo a un orden lógico de prelación temporal en la satisfacción de las responsabilidades, la Administración deberá resarcirse de lo debido en concepto de penalidades por demora con cargo a la garantía definitiva.

De este modo, la pérdida de aquella se desvincula de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la resolución contractual, en los términos de lo dispuesto en el artículo 208, apartados 3 y 4, de la LCSP. No obstante, subsiste en el contratista la obligación de resarcir los daños derivados de la resolución, que habrán de ser determinados en expediente contradictorio conforme a los parámetros establecidos en el artículo 113 del RGLCAP, y que la Administración podrá cobrarse, ante la insuficiencia de la

garantía para cubrir todas las responsabilidades, por la vía señalada en el artículo 89.2 de la LCSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de adquisición de un vehículo furgón para intervenciones del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento en accidentes con mercancías peligrosas, adjudicado a la empresa `X´.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.