

Expediente Núm. 36/2011
Dictamen Núm. 52/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 10 de febrero de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 7 de febrero de 2011, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de adecuación de sendas en el concejo, adjudicado a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Langreo de 29 de abril de 2010, se adjudica definitivamente a una empresa el contrato de obras de adecuación de sendas del concejo, por un importe total de 255.200 €.

Previa constitución de la garantía definitiva mediante aval, el día 4 de mayo de 2010 se formaliza el contrato en documento administrativo, en el que se establece que “el plazo de ejecución de las obras es de tres meses (3), contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del

replanteo”, comprometiéndose el contratista a realizar “737 jornadas” para la ejecución de las obras.

La firma del acta de comprobación del replanteo tiene lugar el día 14 de mayo de 2010.

2. Obra incorporado al expediente, entre otra documentación, el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación, en cuya cláusula 29, relativa a la resolución del contrato, se determina que “se regirá por lo establecido con carácter general en los artículos 205 a 208 de la Ley de Contratos del Sector Público y específicamente para el contrato de obras en los artículos 220 a 222 de dicha Ley, así como en los artículos 109 a 113 y 172 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...). En todo caso, en caso de resolución del contrato por causa imputable al contratista se estará a lo dispuesto en el artículo 208.4 de la Ley”.

3. El día 28 de septiembre de 2010 se reúne la “Mesa licitadora municipal” con una persona que comparece en representación de la adjudicataria.

En el acta que se incorpora al expediente se recoge lo tratado en la sesión celebrada, en la que el Jefe de los Servicios Operativos del Ayuntamiento de Langreo informa a los asistentes de “los problemas que aparecen en el desarrollo de las obras correspondientes” a la “adecuación de sendas del concejo”. Señala que “el primer conflicto aparece con el incumplimiento de las jornadas de trabajo señaladas en el proyecto y asumidas por la empresa en el contrato correspondiente, que ascienden a 737 jornadas, de las que a fecha del mes de agosto tienen cumplidas 295, lo que hace prever que al no llevar el ritmo adecuado no se cumplirán en el tiempo indicado./ La segunda dificultad está referida al impago por parte de la empresa a la empresa subcontratada”. Se refleja en el acta, además, que “oficialmente no existe comunicación por parte de la empresa de que exista una subcontrata en dicha obra, lo que supone el incumplimiento inicial” y “un claro incumplimiento de los criterios de adjudicación”.

Asimismo, se deja constancia del reconocimiento, por parte de quien actúa en representación de la empresa, de que tiene pagos pendientes con el subcontratista y también de su compromiso de contratar a “la gente necesaria para el cumplimiento de las jornadas en el tiempo indicado”.

La Mesa acuerda finalmente “remitir escrito a la empresa instando la remisión en un plazo de cinco días de la clarificación y justificación del cumplimiento de las jornadas de trabajo que restan para cumplimentar el contrato, así como de la situación real de la subcontrata”, poniéndole de manifiesto que “deberá asimismo aportar la solución oportuna, advirtiéndole que (en) caso contrario el Ayuntamiento tomará las medidas oportunas, aplicando las sanciones previstas en el pliego de condiciones”.

4. El día 6 de octubre de 2010, se notifica a la adjudicataria un requerimiento que, formulado “de acuerdo con las conclusiones de la reunión de la Mesa licitadora”, suscribe la Alcaldesa.

5. Mediante escrito de 14 de octubre de 2010, el representante de la adjudicataria da cumplimiento al requerimiento señalado. Identifica a las empresas subcontratistas, afirmando, respecto de su solvencia, que cuentan con medios suficientes y tienen experiencia acreditada en obras, y señala, por lo que se refiere a la situación de impago a los subcontratistas, que su empresa no incumple el plazo de 30 días establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el Real Decreto-Ley 9/2008, pues este plazo se “computa (...) a partir de la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista”. Finalmente, en cuanto a la justificación de las jornadas que restan para cumplimentar el contrato, indica que se adjunta al presente escrito “un planning explicativo”.

6. El día 4 de noviembre de 2010 se reúne nuevamente la Mesa de Contratación. En la reunión celebrada, el Jefe de los Servicios Operativos pone de manifiesto que el “retraso en la ejecución de las obras y el ritmo de trabajo

que llevan conduce a pensar que no van a poder hacerlo antes del 31 de diciembre de este año”, por lo que los asistentes a la reunión acuerdan “iniciar expediente sancionador (...) por la demora en la ejecución de las obras”.

7. Con fecha 12 de noviembre de 2010, el Jefe de los Servicios Operativos propone a la Mesa de Contratación “iniciar la apertura de un expediente sancionador por incumplimiento de contrato” e “inhabilitar a la empresa (...) para ejecutar cualquier tipo de trabajo para este Ayuntamiento”.

8. El día 16 de noviembre de 2010, la Junta de Gobierno Local acuerda, por unanimidad, “iniciar expediente contra la empresa”, considerando que “la ejecución de estas obras se ha visto plagada desde el primer momento de irregularidades”. En concreto, según resulta del texto del acuerdo, se achacan a la empresa los siguientes incumplimientos: a) “Sin que el Ayuntamiento lo autorizara, fue subcontratada” otra empresa, con infracción de lo dispuesto en el artículo 210.2, apartados b) y e), de la Ley de Contratos del Sector Público, “siendo la sanción por este particular de hasta el 50% del importe del subcontrato”. b) “Se ha infringido (...) la previsión” establecida en el artículo 211 de la misma Ley, relativa “al pago a los subcontratistas”. c) “Se ha incumplido el plazo de finalización del contrato (...). Por este concepto corresponde una sanción por día de 102,76 €, lo que arroja al 13 de noviembre pasado, la suma de 9.453,92 €. d) “La empresa (adjudicataria) ha incumplido con la obligación de aplicar el convenio de la construcción de Asturias, habiendo adoptado el de Galicia, más desfavorable, lo que le supone un enriquecimiento injusto habida cuenta de que los precios de mano de obra barajados en la redacción del proyecto lo fueron calculados con arreglo al primero”. e) “Se han incumplido las jornadas previstas para esta obra, al no llegarse ni de lejos” a las detalladas en la oferta presentada.

Por ello, visto el artículo 206 de la Ley de Contratos del Sector Público, que establece las causas de resolución de los mismos, dándose en concreto, según se indica, las previstas en los apartados “e)” y “g)” –en realidad, tras la

reforma operada por Ley 34/2010, de 5 de agosto el d) y el f)-, se acuerda la iniciación del expediente “por los motivos señalados”, la “imposición de las sanciones a que se hizo referencia, pérdida de fianza, indemnización de los daños y perjuicios irrogados e inhabilitación”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2.a) de la Ley de Contratos del Sector Público.

9. Con fechas 18 y 19 de noviembre y 20 de diciembre de 2010, se comunica la incoación del procedimiento a la adjudicataria y a los subcontratistas, otorgándoles un “plazo de audiencia de cinco días a efectos de alegaciones”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992.

10. El día 23 de noviembre de 2010, el Secretario del Ayuntamiento de Langreo extiende una certificación en la que refleja que “en el supuesto de que esta resolución se produjera (como es presumible, dada la gravedad y la evidencia de las infracciones realizadas) el contrato restante se le adjudicará a (la empresa subcontratista que cita), verdaderos ejecutores de la mencionada obra”.

11. El día 24 de noviembre de 2010, se recibe en el registro del Ayuntamiento un escrito firmado por el representante de la adjudicataria mediante el que solicita a la Junta de Gobierno Local “la concesión de prórroga para la finalización del contrato y la sustitución del subcontratista y, subsidiariamente, tenga por formulada oposición a la resolución del contrato”.

Respecto a los incumplimientos que se achacan a la empresa, aduce que “el plazo de finalización de las obras no ha sido cumplido por la actitud obstativa de la subcontratista (que identifica) a la que habrán de ser reclamados en su día los perjuicios que de este expediente se deriven para la contratista (a la que representa)./ Por ello, esta entidad, una vez se le autorice la subcontratación de una nueva empresa que sustituya a la causante de la demora, ofrece el cumplimiento de sus compromisos mediante la concesión de

una prórroga al menos igual al tiempo perdido, de conformidad con el artículo 197.2" de la Ley de Contratos del Sector Público.

Añade que "en el caso de que no se conceda dicha prórroga interesa formular las siguientes alegaciones". Señala, en primer lugar, que "debe subsanarse la incoación del expediente y aclarar si el Ayuntamiento pretende optar por la resolución contractual o por la imposición de penalidades, ya que la simultánea aplicación de ambas opciones es ilegal".

En segundo lugar, indica que "se imputa un incumplimiento por la subcontratación sin autorización municipal" cuando "lo cierto es que en anteriores comunicaciones de ese Ayuntamiento se requirió a esta empresa para 'regularizar' la situación de las subcontratas mediante la comunicación prevista en el (artículo) 210, lo cual fue cumplido por esta contratista a requerimiento del Ayuntamiento. Por lo tanto, si el Ayuntamiento requirió la regularización, y así se hizo siguiendo sus indicaciones, es que el defecto era subsanable (...), no pudiendo ese Ayuntamiento ir contra sus propios actos y pretender que lo que en su día era 'regularizable' o subsanable deba ser ahora motivo de sanción".

Respecto al incumplimiento del número de jornadas comprometidas en la oferta, afirma que "las jornadas se cumplen sobradamente según se puede acreditar con el siguiente cuadro" y que "la documentación de dichas jornadas ya ha sido enviada al Ayuntamiento, salvo la del mes de noviembre, la cual se enviará en la primera quincena de diciembre".

Asimismo, niega "la utilización del convenio colectivo de Galicia", asegurando que "todos los contratos de trabajo que ya obran en poder de ese Ayuntamiento, y a los que se hace expresa referencia a efectos probatorios, reflejan la sujeción del contrato al convenio colectivo de construcción de Asturias, al igual que la cuenta de cotización de la empresa".

En cuanto a los efectos de la resolución propuesta, destaca que "el acuerdo notificado propone la pérdida de fianza y la indemnización de los daños y perjuicios irrogados, los cuales no se cuantifican en ningún momento", y concluye que "ante la falta de cuantificación de los daños y perjuicios debe

presumirse que el retraso en la finalización de la obra no ocasiona daños y perjuicios cuantificables al interés público. Por lo tanto, en ausencia de daño no procede incautación alguna de la fianza, sino su devolución". A lo anterior añade que "la inhabilitación a la que se hace referencia del (artículo) 49.2.a) LCSP no sería objeto de este procedimiento, debiendo iniciarse procedimiento al efecto una vez fuese firme, en su caso, la resolución del presente contrato".

12. Con esa misma fecha se recibe en el registro municipal un escrito firmado por el representante de la adjudicataria al que adjunta "documentación justificativa de las contrataciones de personal realizadas".

13. El día 10 de diciembre de 2010, la Interventora municipal suscribe un informe en el que, tras hacer referencia a la documentación presentada por la contratista el día 24 de noviembre de 2010, "relativa a la contratación de 6 trabajadores bajo el régimen de autónomos y las facturas de servicios de cada uno de ellos de los meses de septiembre (...) y octubre 2010 con los respectivos resguardos de pago", pone de manifiesto que "con independencia de que la documentación (...) está constituida por fotocopias sin validar, y por tanto carece de fiabilidad, se observan en la misma los siguientes extremos:/ En primer término, las firmas de las fotocopias de los (documentos nacionales de identidad) de cuatro de los seis nuevos contratados no coinciden con las firmas de los contratos y las de los otros dos no podría decirse si coinciden o no./ Además se observa, que de los datos de los carnés de identidad parece desprenderse claramente la existencia de relaciones familiares entre una de las nuevas contratadas como oficial de 1ª y una de ellas con más de 65 años, lo que hace suponer que la lealtad entre ambos probablemente sea de naturaleza más familiar que profesional./ También es preciso señalar que en el contrato (del trabajador que identifica) en la cláusula nº 9 figura Ayuntamiento de Gijón en lugar del de Langreo y en la cláusula nº 9 del contrato (de la trabajadora que señala) figura Aytº de Sta. Coloma de Langreo./ Por último, resta observar que tanto los modelos de contrato como el diseño de las facturas son

exactamente iguales, lo que indica la existencia de unos contratos y facturas tipo de una empresa, extremo que, si bien podría darse por bueno en cuanto a los contratos, ya resulta bastante dudoso en las facturas de distintas personas./ Es más, contratos y facturas resultan de imposible comprobación en cuanto a su validez, puesto que no figura en los mismos rastro alguno de sellos, firmas o cualquier otra validación”.

Añade que “las nuevas contrataciones tienen lugar una vez terminado el plazo de ejecución de 3 meses de las obras, por lo que no dicen nada nuevo en cuanto al grado de cumplimiento de las condiciones de adjudicación relativas al personal adscrito” a estas, y señala, “por lo que a la subcontratación de obras se refiere”, que “la comunicación muy posterior de la misma (...) difícilmente se puede considerar subsanación de la omisión de cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

Finalmente, concluye que “de lo anteriormente expuesto se deduce que pudiera existir una conducta delictiva por parte de la empresa, tendente a percibir el importe de las obras sin pagar a sus proveedores y/o subcontratistas, así como a oscurecer el planteamiento de puestos de trabajo realmente empleados” en ellas.

14. En sesión celebrada el día 14 de diciembre de 2010, la Junta de Gobierno Local acuerda, por unanimidad, “efectuar propuesta de resolución de este contrato”. Consta en el acuerdo citado que “si bien pueden estimarse varias de las alegaciones apuntadas” por la contratista, “como, por ejemplo, la incompatibilidad entre la resolución del contrato y la imposición de penalidades, sin embargo lo que parece claro es el incumplimiento del plazo, que era de tres meses a partir de la firma del acta de comprobación del replanteo (...), lo cual ya es motivo suficiente por sí solo para resolverlo (art. 206.e) de la Ley de Contratos), y el supuesto incumplimiento del subcontratista en nada empece a ello puesto que el contratista es el único responsable frente a la Administración”.

15. El día 29 de diciembre de 2010 se reúne la “Mesa licitadora municipal” y el representante de la empresa adjudicataria. En la citada reunión la Teniente de Alcalde le pide “que traslade el malestar de este Ayuntamiento a los responsables de su empresa, señalando también que de no existir una rápida solución se tomarán las medidas” oportunas. Para superar los problemas surgidos en la ejecución de los trabajos, la Teniente de Alcalde señala que el primer paso consistirá en “ejecutar el pago de esta deuda (del contratista con el subcontratista) y seguidamente proponer la continuidad de la obra de forma legal, afirmando que en otro caso se tomarán de forma definitiva las medidas que la ley prevé, recordando que el Ayuntamiento ya fue excesivamente paciente con la empresa”.

16. Cursada a este Consejo el día 17 de enero de 2011 la preceptiva consulta, se devuelve el expediente a la Administración de procedencia por no reunir los requisitos establecidos en el artículo 18 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 41.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias. Se refleja en el escrito de devolución que “el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local no puede considerarse como propuesta de resolución, dado que existen negociaciones posteriores cuyas consecuencias últimas en orden a la pretendida resolución contractual se desconocen”. Asimismo, se señala que la forma de proceder de la Administración municipal “compromete la validez de la audiencia practicada en el seno del procedimiento de resolución contractual, al haberse documentado una serie de negociaciones posteriores a aquel acuerdo sobre las que el contratista no ha tenido oportunidad de pronunciarse en dicha audiencia”.

17. Con fecha 31 de enero de 2011, el Jefe de los Servicios Operativos del Ayuntamiento de Langreo elabora un informe en el que señala que “a pesar de las innumerables gestiones para intentar, en un ejercicio de responsabilidad por parte del Ayuntamiento de Langreo (...), cerrar y concluir dichas obras, ello no

fue posible ante la actitud de esta empresa, cuyas actuaciones anómalas están generando problemas no solo al Ayuntamiento, sino también a la subcontrata y a los proveedores”. Por ello, concluye que la postura de la empresa (...) solo merece la ratificación del contenido de mi informe de fecha 12 de noviembre de 2010 y la aplicación del acuerdo tomado por la Junta de Gobierno Local de 16 de noviembre de 2010”.

18. En sesión celebrada el día 1 de febrero de 2011, la Junta de Gobierno Local acuerda, por unanimidad, “dar por finalizadas las gestiones en orden a lograr una salida negociada, ratificándose por tanto en la propuesta de resolución contractual y volviendo a remitir los expedientes al Consejo Consultivo para su preceptivo dictamen”.

19. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de febrero de 2011, registrado de entrada el mismo día, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de adecuación de sendas en el concejo, adjuntando a tal fin una copia autenticada 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 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Langreo, 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.- El contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa, suscrito al amparo del artículo 19 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), al tratarse de un contrato de obras calificado como tal conforme al artículo 6 de la misma Ley. En consecuencia, a tenor de lo dispuesto en el ya citado artículo 19 de la LCSP, su régimen jurídico es el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo establecido en el artículo 194 de la LCSP, corresponde a la Administración 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”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

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.

Una vez iniciado el procedimiento por el órgano competente, su instrucción se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP, que se remite a la regulación reglamentaria, y en el artículo 109.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

(en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. 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 (tal como se reitera en el artículo 114.2 del TRRL); 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, como sucede en este caso de acuerdo con lo señalado en el artículo 197.1 de la LCSP. Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención de la entidad, según dispone el artículo 114 del TRRL, que consta en el expediente que analizamos. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo, cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la competencia para la iniciación del procedimiento de resolución contractual, esta corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 del TRRL, al órgano competente para contratar, que en este caso es la Alcaldía, atendiendo a la cuantía del contrato y a lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la LCSP. Sin embargo, la incoación del procedimiento en el caso sometido a consulta no se ha efectuado por resolución de la Alcaldía, sino por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, sin que conste la delegación en virtud de la cual corresponde a este órgano el ejercicio de tal atribución.

En cuanto al trámite de audiencia, apreciamos que con posterioridad al practicado se han realizado actuaciones que cuestionan la finalidad principal de la resolución, dado que se han llevado a cabo negociaciones encaminadas a lograr la terminación de la obra y se han incorporado al expediente documentos -los informes de Intervención, de fecha 10 de diciembre de 2010, y del Jefe de los Servicios Operativos, de 31 de enero de 2011- frente a los que los interesados, en particular el contratista, no han tenido la oportunidad de formular alegaciones, comprometiendo así el adecuado cumplimiento de la

audiencia; trámite esencial cuya omisión es susceptible de generar una indefensión que dé lugar a la anulación de todo lo actuado en el procedimiento.

Constatamos asimismo que, aunque la propuesta de resolución contractual comprende la incautación de la garantía definitiva -constituida mediante aval, según resulta del resguardo de depósito que obra incorporado al expediente-, no se ha dado la preceptiva audiencia al avalista, en los términos señalados en el artículo 109.1.b) del RGLCAP.

Como ha puesto de manifiesto este Consejo en numerosas ocasiones, el trámite de audiencia no es un mero rito formalista, sino una medida al servicio de un objetivo concreto, en palabras del Tribunal Supremo, el de “posibilitar a los afectados en el expediente el ejercicio de cuantos medios puedan disponer en la defensa de su derecho” (Sentencia de 22 de septiembre de 1990 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a-). Por ello, en los casos de indefensión insubsanable, lo que entendemos que concurre en este supuesto, la omisión del trámite de audiencia ha de conllevar la retroacción del procedimiento al momento procesal oportuno al objeto de subsanar aquel defecto, impidiendo un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Sin perjuicio de lo anterior, apreciamos que en las notificaciones dirigidas al contratista y a los subcontratistas se ha consignado erróneamente un plazo de cinco días frente al de diez días naturales que se encuentra establecido en el artículo 109.1, letras a) y b) del RGLCAP, sin que la urgencia de que goza la tramitación de los procedimientos de resolución contractual, señalada en el artículo 109.2 del RGLCAP, permita la reducción a la mitad de aquel plazo.

Igualmente, hemos de resaltar que, pese a que la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración se fundamenta en el incumplimiento culpable del plazo de ejecución por parte del contratista y comprende la incautación de la garantía definitiva y la indemnización de los daños y perjuicios causados, estos no se han evaluado y cuantificado durante la instrucción del procedimiento, como resulta preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208 de la LCSP. En efecto, establece el apartado 3 del precepto citado que “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”, señalando el apartado siguiente del mismo artículo 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”. Tal régimen legal impide demorar a un momento posterior al acto de resolución contractual la liquidación de los daños y perjuicios ocasionados, de forma que para incautar la garantía resulta indispensable identificar y cuantificar los daños y perjuicios a que deba hacerse frente, y de todo ello debe darse conocimiento al contratista, según lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, quien ha de tener la oportunidad de formular las alegaciones que considere oportunas en el trámite de audiencia.

A la hora de efectuar la liquidación de los daños y perjuicios sufridos, y en ausencia de previsión específica sobre el particular en el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato, la Administración podrá guiarse por lo señalado en el artículo 113 del RGLCAP, a cuyo tenor aquella podrá establecerse “atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

En suma, los defectos que hemos indicado impiden que pueda dictarse en este momento una resolución que ponga fin al procedimiento, debiendo retrotraerse el mismo al momento procesal oportuno. Aunque en otras circunstancias bastaría con cuantificar los daños y perjuicios que la resolución contractual irroga a la Administración, dando seguidamente audiencia al contratista y al avalista, para redactar luego una nueva propuesta de resolución, en el caso que analizamos, en el que el vencimiento del plazo de tres meses para resolver y notificar la resolución se encuentra muy próximo, de tal forma que la caducidad del procedimiento se producirá el 16 de febrero de 2011, procede la iniciación de un nuevo procedimiento mediante resolución del

órgano de contratación, la práctica de los actos de instrucción antes señalados y la formulación de una nueva propuesta de resolución, tras la cual deberá recabarse nuevamente a este Consejo el preceptivo dictamen.

En mérito a lo expuesto, este Consejo entiende que no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar cuanto queda razonado en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE LANGREO.