

Expediente Núm. 65/2011
Dictamen Núm. 106/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
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 17 de marzo 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 4 de marzo de 2011, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de creación de carril bici al área deportiva de La Reguera y mejora de la eficiencia del alumbrado público, adjudicado a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Langreo de 29 de abril de 2010, se adjudica definitivamente a una empresa el contrato de obras de creación de carril bici al área deportiva de La Reguera y mejora de la eficiencia del alumbrado público, por un importe total de 278.400 €.

Previa constitución de la garantía definitiva mediante aval por importe de 12.000 euros, 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 creación de un “carril bici en el Área Recreativa de La Reguera y mejora de la eficiencia del alumbrado público”. Expone 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 113,75 €, lo que arroja al 13 de noviembre pasado la suma de 10.465 €. 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 readjudicará 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 4 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 dos de los cuatro nuevos contratados no coinciden con las firmas de los contratos y las de los otros dos no podría decirse si coinciden o no./ Además uno de los nuevos contratados (...) anteriormente firmó, en representación de la empresa, el contrato original con el Ayuntamiento y ahora contrata con (la adjudicataria) sus servicios profesionales como oficial de 1ª./ También se observa que de los datos de los carnés de identidad parece desprenderse claramente la existencia de relaciones familiares entre uno de los nuevos contratados, antes gerente, y una de las nuevas contratadas como oficial de 1ª con una edad de más de 65 años, lo que hace suponer que la lealtad entre ambos probablemente sea de naturaleza más familiar que profesional./ 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 (artículo 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. El Pleno del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 10 de febrero de 2011, emitió su Dictamen Núm.51/2011 en el que, tras poner de manifiesto diversos defectos en las actuaciones realizadas, concluyó que no resultaba posible efectuar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada y que debía retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar las detalladas en el cuerpo de dicho dictamen.

20. El día 15 de febrero de 2011, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Langreo muestra su conformidad a la tramitación de un nuevo procedimiento a iniciar por Resolución de la Alcaldía.

21. Con fecha 16 de febrero de 2011, el Jefe de los Servicios Operativos elabora un informe en el que señala que "las obras se encuentran paralizadas desde el 14 de octubre de 2010, fecha en que la empresa (...) comunica por escrito a sus trabajadores la rescisión del contrato laboral que les une por finalización del mismo, y sin aportar nuevos trabajadores a las obras de las que esta empresa es adjudicataria, lo que se traduce en un incumplimiento del número de jornadas y en un incumplimiento del plazo de ejecución del proyecto".

Indica, a continuación, que “las obras pendientes de certificar suponen, según proyecto, un costo de 40.704,16 euros, lo que supone un porcentaje de ejecución del 85,38%” y que “se aprobó un modificado por importe de 51.472,49 euros en la Comisión de Obras y Servicios del día 1 de junio de 2010 y en la Junta de Gobierno Local del día 8 de junio de 2010, que no está certificado porque no han sido ejecutados los trabajos”.

Considera que la terminación de los trabajos por otro contratista generará para la Administración un mayor coste y, en este sentido, afirma que “el problema se puede plantear en cuantificar el exceso del coste de estas obras si la nueva empresa a la que se adjudiquen (...) no asume estos precios. Entiendo que la variación de criterios en este sentido puede oscilar entre un seis y un ocho por ciento del montante”.

Finalmente estima que, con independencia de ello, “la actuación de la empresa (...), ha originado daños de difícil evaluación al Ayuntamiento, motivado por las críticas y presiones de los vecinos (usuarios y transeúntes de las vías en las que se desarrollan estos trabajos) por la paralización de los mismos y la incomodidad que el estado de las obras y su peligrosidad suponen para el normal desarrollo de la actividad diaria./ En resumen las obras pendientes de ejecutar y de certificar según proyecto tienen un coste de 92.176,65 euros, lo que supone un plus como indemnización, considerando un incremento medio del 7%, de 6.452,36 euros y un daño moral evaluado en 3.500,00 euros; resultando un total de 9.952,36 euros”.

22. El día 16 de febrero de 2011, la Alcaldía dicta resolución en la que se acuerda “reiniciar el expediente de resolución contractual con pérdida de la garantía constituida (...) por incumplimiento del plazo pactado (...); dar audiencia al contratista y al avalista por plazo de 10 días naturales (...), adjuntando copia de los informes de Intervención de 10 de diciembre de 2010 y del Jefe de los Servicios Operativos de 31 de enero de 2011 para evitarles indefensión”, y “aprobar la liquidación de daños y perjuicios que, por importe de 9.952,36 euros, se ha formulado por el Director de la Obra, de la cual se remitirá copia”.

La citada resolución se comunica al contratista y al avalista el día 21 del mismo mes, adjuntando una copia de los informes a los que se refiere la notificación.

23. Con fecha 2 de marzo de 2011 se recibe en el registro municipal un escrito de alegaciones firmado por el representante de la contratista en el que pone de manifiesto, en primer lugar, que “3 días antes de que se produjese la caducidad del procedimiento la Alcaldía ha resuelto reiniciar el expediente. Dicha reiniciación (...) es contraria a la Ley./ En fecha 16-02-2011 aún no se había producido la caducidad del primer expediente, por lo que no puede reiniciarse un expediente sin más para evitar su caducidad./ Esa Corporación debía haber aguardado al vencimiento del plazo máximo de resolución del procedimiento (19-02-2011) y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44.2 y 92 declarar la caducidad y acordar el archivo del primer expediente, con notificación a esta empresa (...), y posteriormente iniciar un nuevo expediente si la prescripción no lo impidiese”. Considera que este defecto hace “incurrir a la propia resolución en causa de anulación” y que “procede la revocación de la resolución de 16-02-2011, la declaración de caducidad y archivo de las actuaciones del expediente incoado por la Junta de Gobierno (Local) en fecha 19-11-2011 (*sic*), o bien su revocación por falta de competencia”.

A continuación el contratista manifiesta las razones de su “oposición a la liquidación de los daños y perjuicios”, afirmando, “en cuanto al 7% de encarecimiento de las obras”, que “resulta totalmente injustificado; en primer lugar, porque no se efectúa motivación alguna del por qué de dicho porcentaje concreto que responde a una apreciación meramente subjetiva desprovista de cualquier tipo de razonamiento técnico, y, en segundo lugar, porque hasta el momento en que se resuelva este contrato y se adjudique a otra empresa no se podrá saber si existe perjuicio por este concepto o, si por el contrario, el precio del contrato puede llegar a ser incluso inferior, lo que no es descartable de entrada./ En cuanto al daño moral (...), el mismo resulta del todo improcedente, toda vez que el daño moral es el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que

pueden sufrir las personas físicas, y en este procedimiento se trataría de determinar los daños y perjuicios que se pudiesen haber ocasionado al Ayuntamiento de Langreo y no el hipotético sufrimiento psíquico de sus representantes políticos o funcionarios”.

Seguidamente apunta que, “en cualquier caso, procede recordar que el retraso en la ejecución de las obras fue imputable a la actitud obstativa de la subcontratista (...), tal como ya se puso de manifiesto anteriormente, solicitándose a ese Ayuntamiento autorización para sustituir a dicha empresa por una nueva subcontrata; solicitud que no fue atendida ni contestada”.

Por último, en cuanto a las “graves imputaciones que se vierten en el informe de Intervención acompañado”, señala que “simplemente procede manifestar que no se ha cometido irregularidad alguna en las contrataciones efectuadas y que los pretendidos indicios no son tales. Sin embargo, toda vez que la resolución contractual que se pretende se basa en el rebasamiento del plazo de ejecución y no en esos indicios, huelga dar detallada contestación a dicho informe”.

24. El día 4 de marzo de 2011, la Alcaldesa suscribe una propuesta de resolución en la que refleja que “las objeciones de forma” puestas de manifiesto por el contratista en el escrito de alegaciones “son claramente inatendibles, ya que nada impide que el Ayuntamiento retrotraiga el expediente, máxime teniendo en cuenta que ello se debió a la recomendación” del Consejo Consultivo “sobre el órgano competente para tramitarlo (Alcaldía en vez de Junta de Gobierno)./ En lo que se refiere a la fijación de los daños y perjuicios, también se fijaron siguiendo el dictamen del Consejo Consultivo y en aplicación del art. 113 del Reglamento de la Ley de Contratos./ Finalmente, la cuestión de fondo no es otra que (...) el notable retraso en la ejecución del contrato, dato objetivo difícilmente rebatible, y que el hecho de los problemas con el subcontratista no son atendibles, ya que el art. 210.4 de la LCSP atribuye la total responsabilidad de la ejecución del mismo frente a la Administración al contratista, por lo que

este ha incurrido en 'culpa in eligendo' y/o 'in vigilando'./ Por todo ello se propone la resolución del contrato con las consecuencias inherentes".

25. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de marzo de 2011, registrado de entrada el día 7 del mismo mes, 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 creación de carril bici al área deportiva de La Reguera y mejora de la eficiencia del alumbrado público, 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.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los actos de instrucción señalados. El procedimiento se ha iniciado por Resolución de la Alcaldía de 16 de febrero de 2011, con incorporación al mismo de los informes emitidos -en el curso del anteriormente instruido con idéntico objeto, y cuyo expediente consta unido al del presente formando parte de él a modo de antecedente- por la Intervención municipal y por el Jefe de los Servicios Operativos con fechas 10 de diciembre de 2010 y 31 de enero de 2011, respectivamente. Se ha dado audiencia al contratista, que ha formulado las alegaciones que estimó pertinentes, y a su avalista, y se ha elaborado propuesta de resolución. El procedimiento incoado con anterioridad lo fue por acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 16 de noviembre de 2010, y no el 19 del mismo mes como apunta el contratista. Por tanto, el día 16 de febrero de 2011 habría concluido el plazo de tres meses -respecto del cual no se había producido acto alguno disponiendo su ampliación ni su suspensión en los supuestos y términos legalmente establecidos- sin dictarse y notificarse la oportuna resolución, por lo que, según se desprende del acuerdo de la Junta Local de 15 de febrero de 2011 y del acto de la Alcaldía que resuelve iniciarlo de nuevo, se ha apreciado su caducidad. Ahora bien, conviene recordar a la Administración municipal su obligación de resolver expresamente el procedimiento incoado el día 16 de noviembre de 2010 mediante acuerdo del mismo órgano que lo inició, esto es, la Junta de Gobierno Local, cumpliendo con ello el mandato contenido en los artículos 44.2 y 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

TERCERA.- 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 ello, 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 dicho contrato.

Las causas de resolución aplicables a los contratos de obras son las recogidas en el artículo 220 de la LCSP, sin perjuicio de la remisión general de este precepto al artículo 206 del mismo cuerpo legal.

De la resolución de la Alcaldía por la que se incoa el procedimiento resulta que la causa de resolución aducida por la Administración es la contemplada en la letra e) del artículo 206 de la LCSP, por cuanto se achaca al contratista el incumplimiento culpable del plazo pactado.

Ha quedado acreditado en el procedimiento que transcurridos seis meses desde la terminación del plazo contractual -lo que ha tenido lugar el día 15 de agosto de 2010- las obras no se han finalizado.

El Jefe de los Servicios Operativos cuantifica en 92.176,65 euros los trabajos pendientes de ejecutar, según expresa en su informe de 16 de febrero de 2011, sin que la propia realidad del incumplimiento ni su alcance hayan sido rebatidos por el contratista en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia.

No puede apreciarse que concurra un mero “retraso en la ejecución de las obras”, como pretende el contratista en el mencionado escrito, pues, según se afirma en el informe del Jefe de los Servicios Operativos citado anteriormente, “las obras se encuentran paralizadas desde el 14 de octubre de 2010”. Al contrario, se deduce del referido informe técnico que en el estado actual de ejecución de los trabajos, el carril-bici carece de aptitud para ser utilizado por los vecinos en las debidas condiciones de seguridad, por lo que ha de convenirse que el incumplimiento afecta a la prestación principal del contrato en forma de inobservancia esencial de la que constituye su objeto.

Sentado que existe un incumplimiento de la relevancia suficiente para permitir la resolución contractual, hemos de analizar si el mismo puede achacarse a la culpa del contratista.

El adjudicatario del contrato presenta como excusa para justificar su propio incumplimiento una supuesta “actitud obstativa” del subcontratista. Sin embargo, aun cuando el incumplimiento genéricamente imputado a este último fuese cierto, tal circunstancia no exoneraría al contratista principal de su responsabilidad en el cumplimiento del contrato, pues, como señala el artículo 210.4 de la LCSP, al que hace referencia la propuesta de resolución, “Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato”.

De ello se desprende que, efectivamente, puede imputarse al contratista el incumplimiento culpable del contrato, en los términos de lo establecido en los artículos 196 y 206, letra e), de la LCSP -artículo 206.d) en el texto vigente tras la redacción dada al precepto por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y en la actualidad tras la entrada en vigor de la nueva redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo-.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, aunque de la resolución de incoación del procedimiento se infiere que la pretensión de resolver el contrato conlleva la “pérdida de la garantía definitiva”, del juego de lo dispuesto en el artículo 208.3 de la LCSP y de la valoración de los perjuicios que resulta del informe elaborado por el Jefe de los Servicios Operativos el día 16 de febrero de 2011, se colige que, en realidad, lo que se pretende es una incautación parcial de la garantía constituida, la cual, según consta en el resguardo de depósito del aval en la Tesorería municipal que obra incorporado el expediente, asciende a doce mil euros (12.000 €).

En cuanto al cálculo de los perjuicios que deben ser resarcidos, entendemos que no procede imputar a la garantía definitiva ninguna partida en concepto de “daño moral” al Ayuntamiento por “las críticas y presiones” recibidas de “los vecinos”, motivadas por las molestias que el estado de las obras les genera, en los términos recogidos en el informe técnico emitido, que viene a cifrar dicho daño 3.500 €. Para llegar a esta conclusión basta con considerar que

la legislación de régimen local configura un sistema en el que, a tenor de lo señalado en el artículo 69 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, "Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local". Por ello, no puede afirmarse que las sugerencias, quejas, o incluso las demandas de ejercicio de las acciones oportunas para la defensa de los bienes, derechos e intereses municipales emprendidas por los vecinos, generen a la Administración daño alguno.

En cambio, no podemos dejar de manifestar nuestra extrañeza por el hecho de que no se haya computado gasto alguno de gestión en el que se incluya el que a la Administración le ha supuesto, y le va a suponer, la tramitación administrativa derivada de la resolución contractual y de la necesidad de atender a una nueva contratación de las obras en legal forma; a lo cual ha de añadirse que no se han determinado como daños producidos por el incumplimiento del contratista los que cabe suponer que se derivarían del retraso en una inversión que persigue, entre otros fines, la mejora de la eficiencia del alumbrado público.

Por lo que se refiere al resto de daños y perjuicios que aparecen especificados (cifrados en 6.452,36 €), su cuantificación se fundamenta en la consideración por parte del Jefe de los Servicios Operativos de que las obras pendientes de ejecución han podido experimentar un incremento del precio, que cuantifica en el 7%. El contratista se opone al montante de los perjuicios así calculados, limitándose a manifestar que dicho porcentaje "responde a una apreciación meramente subjetiva desprovista de cualquier tipo de razonamiento técnico", sin ofrecer indicio o dato alguno en contra que apoye sus afirmaciones. Atendiendo, por tanto, a lo expresado en el citado informe técnico, consideramos que procede la incautación parcial de la garantía definitiva en la indicada cuantía de seis mil cuatrocientos cincuenta y dos euros con treinta y seis céntimos (6.452,36 €) para responder de los perjuicios señalados.

Finalmente, acordada, en su caso, la resolución del contrato, habrá de tenerse presente la necesidad de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo

222 de la LCSP acerca de la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución del contrato de obras de creación de carril bici al área deportiva de La Reguera y mejora de la eficiencia del alumbrado público, sometido a nuestra consulta, con los efectos expuestos 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.