

Expediente Núm. 203/2011
Dictamen Núm. 260/2011

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 28 de julio 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 14 de julio de 2011, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de reforma del apeadero de Santa Eulalia de la Manzaneda y su adecuación al uso de centro social, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, de fecha 7 de junio de 2010, se adjudica definitivamente el contrato de obras de reforma del apeadero de Santa Eulalia de la Manzaneda y su adecuación al uso de centro social, por un importe de 124.273,17 euros -IVA excluido- y un plazo de ejecución de tres meses.

El día 11 del mismo mes se formaliza el contrato en documento administrativo, suscribiéndose el acta de comprobación del replanteo el día 29 de julio de 2010.

2. Obra incorporada al expediente, entre otra documentación, el resguardo del depósito en la Tesorería municipal del aval constituido como garantía definitiva por importe de 6.213,66 euros, y el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación, en cuya cláusula vigésimo-quinta se determina que “son causas de resolución del contrato las previstas en los artículos 206 y 220 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como aquellas que se establezcan expresamente en este pliego y cualesquiera otras determinadas en la legislación vigente (...). La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación (Junta de Gobierno) y producirá los efectos previstos en los artículos 208 y 222 de la Ley de Contratos del Sector Público./ En la resolución por causa imputable al contratista será preceptiva la previa audiencia al mismo y, en caso de oposición, el previo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

3. El día 22 de octubre de 2010, la representante de la contratista presenta en el registro municipal un escrito en el que refiere que “una vez empezados los trabajos se observó que el forjado de (la) planta baja” que estaba previsto conservar en el proyecto original no era posible dado su estado de deterioro, lo que se comunicó a la Dirección Técnica de la Obra, que determinó su demolición y sustitución por otro, autoportante, apoyado en una nueva estructura de hierro (...). Por otra parte, “dentro del edificio a restaurar” la empresa que identifica “disponía de unas instalaciones eléctricas que afectan al tráfico del ferrocarril y que impedían actuar en esa zona hasta que fueran retiradas por personal especializado”. Por ello, entiende que el “plazo de ejecución previsto en el contrato (...) no se puede cumplir, por lo que solicitamos una ampliación del mismo en dos meses”.

4. Con fecha 30 de noviembre de 2010, el Director de Obra y la Responsable del Contrato remiten a la Sección de Contratación un escrito en el que comunican que las obras ejecutadas “se sitúan en torno al 25% del total. Por otra parte, resta menos de un mes para que concluya la prórroga del plazo de ejecución estipulado por contrato, por lo que se estima que, dado que las unidades de obra pendientes no pueden ser acometidas en tan breve espacio de tiempo, no va a ser posible finalizar la obra en el plazo aprobado”.

5. El día 7 de diciembre de 2010, el Concejal de Gobierno de Contratación remite a la empresa contratista un escrito, al que adjunta una copia del informe del Director de Obra y la Responsable del Contrato de 30 de noviembre de 2010, en el que le concede un plazo de diez días para que “justifique el retraso existente, advirtiéndole de que por el órgano de contratación se adoptarán las medidas que estime oportunas, en su caso”.

6. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión celebrada el día 9 de diciembre de 2010, se aprueba la ampliación del plazo de ejecución del contrato en dos meses.

7. En fecha que no consta, por resultar ilegible la del sello, la representante de la adjudicataria presenta un escrito en el registro municipal en el que manifiesta que con posterioridad a la prórroga del plazo de ejecución del contrato “se ordenó al cambio de la estructura prevista en el proyecto a base de cerchas metálicas por otra cubierta totalmente de madera” y que “igualmente aparecieron unidades nuevas de obras, no previstas, que se ordenaron ejecutar, de las que la mayoría están ejecutadas, no disponiendo a estas fechas de la aprobación por parte de la propiedad”. Afirma que “para poder ejecutar la mayor parte de las unidades que componen el proyecto es fundamental ejecutar primero la cubierta de madera, unidad esta que es nueva (...) y que está pendiente de aprobación a fecha de hoy”, lo que “hace que el plazo pactado sea imposible de cumplir”, y señala que “las certificaciones de

obra realizadas hasta la fecha solo recogen las unidades ejecutadas correspondientes al proyecto original, no así la obra realmente ejecutada, lo que incide en un mayor esfuerzo económico a realizar". Finalmente, que "no se sean impuestas penalidades de demora, quedando a la espera de la aprobación de las nuevas unidades de obra, solicitando un nuevo plazo de ejecución de sesenta días contados a partir del próximo día 9 de 2011" (*sic*).

8. El día 3 de enero de 2011, la Responsable de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal informa que "la demora en la aprobación de los precios contradictorios no puede imputarse al contratista de la obra, por lo que se entiende que las alegaciones realizadas en relación a la aprobación de dichos precios pueden considerarse procedentes", a lo que añade que, "girada visita a la obra el día de hoy, se observa que la misma continúa sin actividad".

9. Con fecha 13 de enero de 2011, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior suscribe, con la conformidad de la Jefa del Servicio, un informe en el que señala que "la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal considera (...) admisible una nueva ampliación del plazo de ejecución, dado el retraso en la tramitación de la aprobación de la primera ampliación y de los precios contradictorios y especifica que, girada visita a la obra el día 3 de enero, se observa que la misma continúa sin actividad, lo cual supone que, en contra de lo informado hasta el momento sobre ralentización o demora en la ejecución, la obra ha sido paralizada por el contratista unilateralmente (...). Por todo lo expuesto, y con objeto de que desde la Sección de Contratación se puedan realizar los trámites oportunos, resulta necesario que por la dirección facultativa de las obras y por la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal se formule la propuesta inequívoca (sobre admisión o no de la demora hasta la fecha, con imposición o no de penalidades (...), dando respuesta, asimismo, a las siguientes cuestiones:/ situación de las obras, especificando si ha existido o no suspensión material de la ejecución imputable al contratista de forma unilateral, justificando, en caso afirmativo, las circunstancias de la no comunicación formal

de aquella al Ayuntamiento para la adopción del correspondiente acuerdo./ Unidades de obra ejecutadas hasta la fecha, tanto conforme a las unidades iniciales como a las referidas a los precios contradictorios aprobados el pasado mes de diciembre./ De acuerdo con lo anterior, ejecución o no por el contratista de unidades nuevas con anterioridad a la aprobación de los precios contradictorios”.

10. El día 20 de enero de 2011, el Director de Obra y la Responsable del Contrato suscribe un informe en el que se expresa que “no es cierto que con posterioridad al 22 de octubre de 2010 se ordenaran cambios en la estructura, puesto que dicha modificación ya se encontraba incorporada de forma íntegra en el acta de precios contradictorios que fue formalizada el día 30 de septiembre de 2010 y, por tanto, suscrita por la empresa constructora”. Se señala que “tampoco es cierto que hayan aparecido nuevas unidades de obra, no previstas, que se ordenaron ejecutar” y que “las partidas que definen” la cubierta de madera “se encuentran perfectamente definidas en el acta de precios contradictorios de septiembre de 2010 (aprobados en Junta del 9 de diciembre de 2010), en contra de lo manifestado por la empresa constructora”. A continuación se indica que, igualmente, “no es cierto que las certificaciones de obra realizadas hasta el 14 de diciembre de 2010 solo recojan las unidades ejecutadas correspondientes al proyecto original” y que “la mayor parte de las unidades de obra nuevas no se encuentran ejecutadas a la fecha actual”.

En cuanto al estado de ejecución de las obras, manifiestan que es el que “se describe en la última certificación valorada (la cuarta) correspondiente al mes de noviembre de 2010. En ella se incluyen los precios contradictorios ejecutados que fueron aprobados por la Junta de Gobierno del 9 de diciembre de 2010. Dicha certificación, elaborada por el Director de ejecución de la obra, no fue aceptada por el contratista hasta el día 16 de diciembre de 2010, llevándose a cabo la revisión y la tramitación por parte de la Sección de Patrimonio con esa misma fecha (...). Por aquellas fechas los representantes de la empresa constructora manifestaron a la Dirección Facultativa que la

estructura de madera que ha de soportar la cubierta del futuro centro social ya había sido encargada a una empresa especializada y que sería instalada en obra en cuanto tuvieran fabricadas las cerchas principales que la soportan. De igual modo, justificaron su escaso ritmo de trabajo en el elevado número de días festivos y del sector existentes dentro del mes de diciembre. Teniendo en cuenta que nos encontrábamos dentro de la ampliación del plazo aprobado por la Junta de Gobierno, la Dirección Facultativa consideró oportuno esperar al comienzo del nuevo año para verificar la recepción de las referidas cerchas./ En la actualidad la obra se encuentra en una fase crítica que pasa ineludiblemente por la ejecución de dicha cubierta, puesto que ya se encuentran ejecutadas y certificadas todas las partidas sobre las que se puede actuar sin la instalación de la referida cubrición. Por otra parte, hemos de tener en cuenta que los elementos estructurales de madera a instalar han de ser previamente mecanizados y ensamblados en un taller de carpintería. Esta circunstancia hace imposible su control por parte de la Dirección Facultativa./ Finalmente, cabe hacer referencia a que los responsables de la empresa adjudicataria nos han informado en reiteradas ocasiones que las cerchas de madera se encuentran ya fabricadas, pero que no proceden a su instalación y puesta en obra debido a que, con las inclemencias meteorológicas y la ausencia de protección, estas se podrían deteriorar”.

11. Con fecha 3 de febrero de 2011, la representante de la empresa contratista presenta en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo un escrito al que se adjunta un “nuevo programa de ejecución de los trabajos, con indicación del nuevo final de obra, de acuerdo con las conversaciones mantenidas a tal efecto”, en el que “se compromete a la terminación de los trabajos en el nuevo plazo especificado en el planning que se adjunta (6 de mayo de 2011), rogando no le sean impuestas penalidades de demora”.

12. El día 28 de febrero de 2011, el Director de Obra y la Responsable del Contrato emiten un nuevo informe en el que, a solicitud de la Jefa del Servicio

de Interior, se pronuncian sobre el “nuevo programa de ejecución de los trabajos del contrato de referencia, formulando, en su caso, la correspondiente propuesta”. En él señalan que “los precios contradictorios aprobados el 9 de diciembre incluían los precios de la estructura de madera de la cubierta. Debido a esta circunstancia, hasta el día 9 de diciembre la empresa no pudo encargar a una empresa especializada la ejecución de dicha estructura de madera. Por tanto, dado que por el estado de la obra no era posible ejecutar otras partidas antes que la referida cubierta y teniendo en cuenta los plazos de fabricación y suministro de dicha estructura, entendemos que, como máximo, se podría considerar un plazo adicional de 30 días a los dos meses propuestos en el informe de esta Sección de fecha 03-01-2011./ Teniendo en cuenta todo lo anterior, se propone que el plazo de ejecución de dichas obras termine el día 2 de abril./ No obstante (...), dado que la marcha de los trabajos en esta obra se considera irregular, se ha de exigir con carácter urgente a la empresa la presentación de un nuevo programa de trabajos ajustado a esta fecha para proceder, en caso de incumplimiento de los plazos parciales que en él se establezcan, a la imposición de las correspondientes sanciones previstas en los pliegos”.

13. Con fecha 8 de marzo de 2011, emite informa sobre el asunto la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior, con la conformidad de la Jefa del Servicio y la Directora Jurídica Municipal. En él menciona que “de los informes emitidos se desprende el interés en que se mantenga la ejecución del contrato, informándose favorablemente sendas prórrogas de sesenta y treinta días (hasta el día 2-4-2011). A este respecto ha de tenerse en cuenta:/ Que no ha habido petición inicial de prórroga del contratista fundamentada en la concurrencia de circunstancias ajenas al mismo, ya que la petición formulada el día 16-12-10 fue hecha a raíz de los informes emitidos por la dirección de las obras./ Que cabría considerar la existencia de razones ajenas al contratista que justificarían la autorización de prórroga; en concreto:/ las peticiones realizadas por Adif y no contempladas en el proyecto (...); las deficiencias constatadas en el interior del

inmueble una vez se facilitó el acceso a su interior (...); decisión de la dirección facultativa de reproducir las características estructurales y constructivas preexistentes, modificando la tipología dispuesta en el proyecto, con demolición de forjado del suelo por su deterioro y el cambio de la estructura prevista en el proyecto por cubierta de madera, así como el 'retraso' en la aprobación de los precios contradictorios (...); las inclemencias meteorológicas y su incidencia en el retraso en la instalación de las cerchas de madera, al poder deteriorarse por carecer de protección (...). En todo caso, estimar esta razón como causa de la demora exige estimar acreditado que la lluvia condicionó de manera real e inequívoca al ejecución./ No cabe considerar que las fiestas del mes de diciembre o las previstas en el convenio de la construcción sean circunstancias imprevisibles o ajenas a la elaboración del programa de las obras -a adjuntar con la oferta y al inicio de los trabajos-, por lo que tal argumento no puede ser, en ningún caso, estimado a los efectos de conceder una prórroga, tal y como así señala la dirección de las obras./ Que en el caso de imposición de penalidades por demora imputables al contratista, aquellas serían por importe de 29,33 €/día de retraso”.

14. El día 31 de marzo de 2011, la Junta de Gobierno Local aprueba la propuesta del Concejal de Gobierno de Patrimonio relativa a la ampliación del plazo de ejecución de las obras “hasta el día 2 de abril de 2011”.

15. Con fecha 4 de abril de 2011, la Responsable de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal informa, “en relación al cumplimiento del Acuerdo de (la) Junta de Gobierno”, que “a día de hoy las obras aún no han finalizado, quedando aún por ejecutar en torno al 65% del presupuesto de dichas obras (...). A la vista de lo anterior, considerando que el gran retraso acumulado en la obra es exclusivamente imputable al contratista, se propone que se impongan las penalidades previstas desde el día siguiente a la finalización del plazo de ejecución de dicha obra”.

16. El día 6 del mismo mes, el Concejal de Gobierno de Contratación remite a la empresa contratista una "copia del informe emitido por la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal (...), con el objeto de que, en el plazo máximo de cinco días, formule las alegaciones que estime oportunas".

17. Con fecha 14 de abril de 2011, la representante de la empresa adjudicataria presenta en el registro municipal un escrito en el que solicita la resolución del contrato por mutuo acuerdo, "con devolución de las garantías y reconocimiento a la contratista de sus saldos".

18. El día 18 de abril de 2011, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior informa, en relación con la solicitud de la empresa, que "atendiendo a las circunstancias concurrentes, expuestas en los sucesivos informes técnicos emitidos, y teniendo en cuenta que la demora es imputable exclusivamente al contratista y que la resolución por mutuo acuerdo solo cabe en el caso de que no concurra otra causa de resolución imputable al contratista (...), se considera procedente incoar el procedimiento para la resolución del contrato pero por incumplimiento culpable (del) contratista, no por mutuo acuerdo".

19. El día 26 de abril de 2011, se levanta acta de suspensión definitiva de las obras.

20. Con fecha 26 de mayo de 2011, la Junta de Gobierno Local acuerda "incoar procedimiento de resolución del contrato (...) por incumplimiento del plazo de ejecución y de la obligación principal de ejecución de las obras por causas imputables a la propia empresa, con previsión de incautación de la garantía definitiva constituida", dar traslado del acuerdo a la empresa contratista y al avalista, concediendo a ambos un plazo de diez días para que presenten las alegaciones que estimen oportunas y aprobar la liquidación de las obras.

21. El día 10 de mayo de 2011, la representante de la contratista presenta un escrito en el registro municipal en el que reitera su solicitud de resolución del contrato por mutuo acuerdo, aduciendo que “las causas del no cumplimiento de dicho plazo son debidas a que a la empresa le resulta imposible obtener financiación”.

22. Con fecha 21 de junio de 2011, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior, con la conformidad de la Jefa de Servicio y la Directora Jurídica Municipal, formula propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato “por incumplimiento (demora) imputable al contratista”, acordar la incautación de la garantía constituida y someter la resolución al previo informe del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, “debiendo informar con anterioridad la Dirección Jurídica Municipal y la Intervención”.

23. Con fecha 22 de junio de 2011, la Jefa de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal emite un informe en el que hace constar que “el plazo para la ejecución de las partidas que restan hasta la completa finalización de la obra es de dos meses”.

24. El día 24 de junio de 2011, la Responsable de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal señala que “actualmente en la obra se encuentra colocada la estructura de madera de cubierta, si bien no se ha colocado el tablero y la posterior impermeabilización de dicha cubierta, por lo que dicha estructura permanece expuesta a la intemperie. Cabe destacar que esta exposición de la madera de la estructura de cubierta durante un largo periodo sin que se proceda a la ejecución de la impermeabilización, puede ocasionar el deterioro de la misma./ Dado el tiempo transcurrido desde la paralización de las mismas, desde esta Sección se está estudiando la posibilidad de ejecutar una cubrición temporal mediante la colocación de lonas impermeables que minimicen el posible deterioro de dicha estructura. Esta cubrición temporal supondría un gasto que correría a cargo del Ayuntamiento, si bien este podría repercutirlo a

(la empresa), por ser un gasto derivado de la resolución del contrato y, por tanto, imputable al contratista". Por ello, propone "la repercusión del coste que suponga la cubrición temporal de la estructura a la empresa (...), bien a cargo de la garantía depositada o bien detrayéndolo de la última certificación y liquidación tramitada".

25. El día 1 de julio de 2011, el Interventor General del Ayuntamiento de Oviedo elabora un informe en el que indica que el incumplimiento reviste los caracteres exigidos por la jurisprudencia a los efectos de "apreciar un incumplimiento bastante para la resolución", pues afecta a la prestación principal del contrato y se exterioriza "a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación". Entiende que la "demora" es imputable al contratista, "sin que se aprecie culpa del Ayuntamiento", y destaca que "del examen del expediente, especialmente de los informes de la dirección facultativa de la obra y de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal, resulta que el contratista firmó el acta de comprobación del replanteo sin que manifestara en dicha acta incidencia alguna". Respecto de la imposibilidad de obtener financiación para las obras, afirma que "la ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista, de modo que el contratista está obligado a construir la obra pública, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución".

Finaliza proponiendo "que se declare la resolución del contrato con incautación de la garantía definitiva y la determinación de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado al Ayuntamiento para la indemnización de los que excedan de dicha garantía (...), y con las demás consecuencias legales".

26. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de julio de 2011, registrado de entrada el día 15 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

reforma del apeadero de Santa Eulalia de la Manzaneda y su adecuación al uso de centro social, 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 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.- 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 -en este caso, al tratarse de un municipio de gran población, es la Junta de Gobierno Local, según establece la disposición adicional segunda, apartado 3, de la LCSP-, su instrucción se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP (en redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo), 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, al menos formal, de todos los trámites señalados. No obstante,

advertimos de una instrucción deficiente, motivada, en primer lugar, por el hecho de que el trámite de audiencia y la elaboración de la propuesta de resolución son previos a la terminación de la instrucción del procedimiento de la que forman parte los informes de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal, frente a los que los interesados no han tenido oportunidad de formular alegaciones. Se incumple así la regla general, contenida en el artículo 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), conforme a la cual el trámite de audiencia se celebrará “instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución”. Como ha señalado este Consejo en ocasiones anteriores, la finalidad de la audiencia, que no es otra que posibilitar a los interesados la eficaz defensa de sus derechos e intereses mediante la puesta a su disposición de los elementos de hecho y de derecho manejados durante la instrucción, evidencia que el momento en el que se celebre aquel trámite no tiene una importancia meramente formal.

Asimismo, hemos de destacar que, pese a que la propuesta que se somete a nuestra consideración se fundamenta en el incumplimiento culpable del plazo de ejecución por parte del contratista y comprende la incautación total de la garantía definitiva, no se han evaluado y cuantificado durante la instrucción del procedimiento los daños y perjuicios ocasionados cuya indemnización deba hacerse efectiva sobre la garantía constituida, pese a que en el régimen legal que resulta del artículo 208 de la LCSP la pérdida de la garantía se vincula al estricto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración.

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, total o parcialmente, 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, lo que obliga a retrotraer el mismo al momento procesal oportuno al objeto de cuantificar los daños y perjuicios que la resolución contractual irroga a la Administración, para dar seguidamente audiencia al contratista y al avalista, y finalmente redactar una nueva propuesta de resolución, solicitando a continuación de este Consejo el preceptivo dictamen de formularse oposición por parte del contratista.

No obstante, la Administración habrá de tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo reflejada, entre otras, en las Sentencias de 13 de marzo de 2008, 9 de septiembre de 2009 -dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina- y 8 de septiembre de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), el vencimiento del plazo máximo para resolver y notificar la resolución, y con él la caducidad del procedimiento de resolución contractual, se produce a los tres meses de su incoación -en este

caso el día 26 de agosto de 2011-, a menos que pueda suspenderse dicho plazo de conformidad con lo señalado en el artículo 42.5 de la LRJPAC.

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,