

Expediente Núm. 233/2011
Dictamen Núm. 274/2011

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 15 de septiembre 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 del Consorcio de Aguas de Asturias de 24 de agosto de 2011, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de suministro, en régimen de arrendamiento, de dos vehículos, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución del Presidente del Consorcio de Aguas de Asturias, de fecha 25 de marzo de 2011, se adjudica definitivamente el contrato de arrendamiento arriba referenciado, el cual se formaliza en documento administrativo el día 13 del mes siguiente.
2. Obra incorporada al expediente, entre otra documentación, el documento de aval constituido como garantía definitiva, cuyo importe asciende a 2.308,03

euros, y el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación, en cuya cláusula 6, relativa al “plazo de duración del contrato” se establece que “tendrá una duración de 48 meses, a contar desde el día siguiente al de la entrega de la totalidad de los vehículos objeto de suministro, el cual tendrá lugar, conforme a lo establecido en la prescripción 3 del PPTP en un plazo máximo de 30 días desde la firma del contrato”. En la cláusula 14.7 del mismo pliego se establecen como causas de resolución “las previstas en los artículos 206 y 275 de la LCSP, con los efectos establecidos en los artículos 208 y 276 del citado texto legal, regulándose su aplicación conforme a lo dispuesto en el artículo 207 de dicha Ley”, y en la cláusula 15.1 se señala que “la vulneración de las obligaciones contenidas en el presente pliego llevarán consigo la imposición al contratista de las penalidades establecidas en esta cláusula, sin perjuicio de la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubieren ocasionado (...). El presente régimen de penalidades se aplicará por el Consorcio de Aguas de Asturias independientemente de que los hechos que den lugar a la infracción puedan ser causa de resolución del contrato, cabiendo, en tal supuesto, iniciar el procedimiento de extinción anticipada del contrato por incumplimiento”.

3. Mediante Resolución del Gerente del Consorcio de Aguas de Asturias, de fecha 10 de agosto de 2011, se dispone la incoación del procedimiento de resolución del contrato “ya que no se han entregado a esta fecha los vehículos objeto de contrato, pese a sobrepasar el plazo obligado en 3 meses”. En la misma resolución se acuerda “conceder audiencia” a la empresa contratista y al avalista por plazo de diez días naturales, existiendo constancia en el expediente de las respectivas notificaciones.

4. Mediante escrito presentado en una oficina de correos el día 19 de agosto de 2011, una persona que dice actuar en representación de la contratista manifiesta su oposición a la resolución contractual al considerar que no concurre “culpa en la actuación de esta entidad”, solicitando al mismo tiempo

“una ampliación del plazo de entrega de los vehículos para que esta entidad pueda cumplir con su compromiso de entrega y puesta a disposición”.

Según se refiere en el citado escrito “1. Una vez formalizado el contrato de suministro, en régimen de alquiler de un vehículo marca Volkswagen (...) y del vehículo marca Renault (...) con fecha 13 de abril de 2011, esta entidad realiza la petición en firme de los dos vehículos a los concesionarios de la respectiva marca./ 2. Tras la recepción de las citadas peticiones, el proveedor del vehículo VW (...) informó a esta entidad de la no disponibilidad de unidades, por lo que el proveedor tiene que cursar pedido de la unidad a la fábrica, lo que supone un plazo de entrega de cuatro meses, estando prevista la entrega para mediados de agosto./ El proveedor del vehículo Renault (...) nos informó que el color solicitado en pliegos (azul océano) no se comercializaba, teniendo como alternativas para el cambio el azul náutico o azul extreme, en ambos casos, el plazo de entrega sería de dos meses. De forma paralela el proveedor nos ofreció como alternativa al plazo mencionado anteriormente, una unidad en color gris platino con un plazo de entrega de quince días./ Esta entidad informó al cliente de esta última posibilidad y tras recibir la conformidad del cliente, procedió a la rectificación y envío de la petición al proveedor, el cual a su recepción, nos informó de la no disponibilidad de este vehículo, ofreciendo una nueva alternativa en color gris Casiopea. Recibida la nueva conformidad del cliente con fecha 4 de mayo se rectificó de nuevo el pedido y quedamos a la espera de la emisión de la factura definitiva del vehículo. A principios del mes de junio el proveedor nos indicó que el vehículo en color gris Casiopea tampoco estaba disponible y que cursaba pedido a la fábrica en color azul náutico con un plazo de entrega para mediados de septiembre./ 3. A través de nuestra oficina de Instituciones de Oviedo se ha venido informando al cliente de las gestiones realizadas por esta entidad al objeto de acortar los plazos de entrega de los citados vehículos, comunicándose al cliente, a principios de junio los plazos previstos de entrega de los vehículos./ 4. Por todo lo anterior, esta entidad quiere manifestar que realizó los pedidos en firme de los citados vehículos, siendo intención de la misma cumplir con su compromiso de entrega y puesta a

disposición de los mismos. Asimismo, esta entidad considera que el retraso en la entrega de los vehículos tienen causa en los procesos de fabricación y suministro de los vehículos, en los que esta entidad no tiene intervención tratándose de causas ajenas de las que no ha tenido conocimiento hasta la petición en firme de los mismos (hecho sobrevenido) por lo que el retraso en la entrega de los vehículos no es imputable a esta entidad por no concurrir culpa en su actuación”.

5. El día 23 de agosto de 2011, la Secretaria del Consorcio de Aguas de Asturias, elabora un informe en el que refleja que “a fecha 10 de agosto de 2011 no se ha producido la entrega de los referidos vehículos, ni se ha solicitado prórroga alguna por parte del licitador, ni éste ha acreditado documentalmente motivos no imputables al mismo para el retraso, tal y como se prevé en el artículo 196.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público” pese a que “desde la formalización, el Consorcio de Aguas de Asturias ha solicitado la entrega en varias ocasiones y ha aceptado incluso el cambio de color de los vehículos”. Señala que “el art. 206 d) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cita la demora del cumplimiento de los plazos como causa de resolución del contrato” y entiende que “está claramente justificado este incumplimiento, sin que sea causa exculpatoria la alegada por el suministrador de no concurrir culpa en su actuación, imputando la culpa a cualquier otro proveedor”, por lo que propone “desestimar la petición del adjudicatario de dejar sin efecto el expediente iniciado para la resolución del contrato argumentando que la falta de cumplimiento de la entrega y puesta a disposición de los vehículos no les es imputable y tienen su causa en los procesos de fabricación y suministros”. Seguidamente se expresa que “se debe dar traslado del expediente al Consejo Consultivo” y que “la resolución definitiva del contrato corresponde a la Presidencia del Consorcio de Aguas de Asturias, como órgano de contratación”. Al informe se adjuntan copias de diversos contactos, mantenidos por correo electrónico, entre el personal de la entidad adjudicadora y el propio de la

empresa contratista entre los días 27 de abril y 8 de junio de 2011. El último día de los señalados, en respuesta a la solicitud cursada por un empleado de la entidad adjudicadora sobre la "situación de los vehículos de renting, ya que ha transcurrido el plazo de 1 mes para la entrega y aún no habéis puesto ninguno a nuestra disposición", un empleado de la contratista reenvía al primero la "contestación recibida del Departamento Central, donde según reflejan hubo problemas con el vehículo que había en stock y el otro son los plazos habituales de entrega en fábrica". En la citada respuesta, fechada el mismo día 8 de junio de 2011, consta lo siguiente "nos confirman que finalmente el plazo de entrega del Renault (...) en color azul náutico es para mediados de septiembre, hubo un problema con el vehículo en stock y estaba reservado para otro cliente, pero no nos informaron./ Intentaremos agilizar todo lo posible estos plazos pero no te podemos garantizar./ En cuanto a la w. (...), estará disponible para mediados de agosto".

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de agosto de 2011, registrado de entrada el día 26 del mismo mes, esa entidad solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de suministro en régimen de arrendamiento de dos vehículos para el Consorcio de Aguas de Asturias, 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 del Consorcio de

Aguas, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

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

En el asunto sometido a consulta, no consta acreditada la representación de quien, en nombre de la empresa contratista, formula su oposición a la resolución contractual propuesta. El escrito de oposición lo firma una persona distinta de aquella que, en su día, suscribió la proposición y formalizó el contrato con la Administración consultante en calidad de representante de la adjudicataria. Aunque quien ahora comparece en el procedimiento afirma actuar en nombre de aquella empresa, en el expediente remitido para consulta no consta apoderamiento alguno en virtud del cual pueda ejercer la representación pretendida.

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

En la medida en que la oposición del contratista condiciona el carácter de la consulta a este Consejo, consideramos que no ha de calificarse este acto como de mero trámite, por lo que la representación no puede presumirse. Desconocido el título con que actúa quien firma en nombre de la adjudicataria la oposición a la resolución contractual, no podríamos pronunciarnos sobre el fondo del asunto si falta el presupuesto subjetivo que convierte la consulta en preceptiva, esto es, la acreditación de quien se opone a la pretensión del órgano consultante.

No obstante, puesto que la Administración ha admitido, sin más, la representación del firmante, de acuerdo con el principio constitucional de eficacia administrativa, y a efectos de la emisión de este dictamen, entendemos de aplicación lo establecido en el artículo 32.4 de la LRJPAC, que permite subsanar la falta o insuficiente acreditación de la representación antes de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, dentro del plazo de diez días, que habrá de conceder al efecto el órgano instructor, o de un plazo superior si las circunstancias lo requieren.

TERCERA.- 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 suministro calificado como tal conforme al artículo 9 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.

En primer término hemos de pronunciarnos sobre el órgano competente para el inicio del procedimiento de resolución contractual. En el asunto que analizamos la resolución de incoación aparece firmada por el Gerente del Consorcio de Aguas, y en su texto no se expresa que haya sido dictada en el ejercicio de una competencia delegada, atendiendo a lo señalado en el artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), y de conformidad con lo establecido en el artículo 15, letra h) de los estatutos del Consorcio de Aguas, aprobados por acuerdo de la Junta de Gobierno de 28 de marzo de 1995 y modificados por acuerdos de fechas 11 de octubre de 2000, 15 de abril de 2002, 3 de marzo de 2005 y 28 de diciembre de 2007.

En ausencia de dicha delegación, corresponde a quien ostenta la Presidencia del Consorcio de Aguas, según el artículo 14, letra e) de los estatutos antes citados, la contratación de obras, servicios y suministros previa autorización, en los casos en que proceda, de la Junta de Gobierno y, por ello, le compete también incoar el procedimiento de resolución contractual, habida cuenta de que, a tenor de lo señalado en el artículo 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -en adelante LRJPAC-, los “procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente”.

Por ello, hemos de concluir que la resolución por la que se inicia el procedimiento de resolución contractual, dictada por el Gerente del Consorcio de Aguas el día 10 de agosto de 2011, adolece de incompetencia. No obstante, puesto que el aquel órgano actúa, según lo establecido en el artículo 15 de los estatutos, “bajo la superior autoridad del Presidente”, el defecto señalado puede y debe ser subsanado mediante convalidación del órgano de contratación, en cuanto órgano competente y superior jerárquico del autor del acto de incoación, de conformidad con lo establecido en el artículo 67.3 de la LRJPAC.

Al margen de lo hasta ahora indicado, el procedimiento para la resolución ha de instruirse con arreglo 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 195 de la propia Ley. A tenor de estas normas, y según lo establecido 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, la resolución de los contratos se sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por un plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio (tal y como se reitera en el artículo 114.2 del TRRL); b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, si se propone la incautación de la garantía; c) 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, en el que se aduce como motivo de la resolución del contrato la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del adjudicatario; y d) dictamen del Consejo Consultivo, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Tratándose de una entidad local, es igualmente preceptivo el informe de la Intervención de la entidad, según resulta del artículo 114.3 del TRRL.

En el asunto que analizamos se ha concedido audiencia al contratista, con las matizaciones ya realizadas en relación a la necesidad de acreditar tal condición. También se ha dado audiencia al avalista, circunstancia de la que podemos deducir, de conformidad con lo señalado en el artículo 109, letra b) del RGLCAP, que la Administración pretende la incautación -total o parcial- de la garantía constituida por el adjudicatario para responder de las obligaciones contractuales.

Sin embargo, la instrucción no ha abordado el análisis de la “procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía”, sobre la que deberá pronunciarse el acuerdo de resolución “en todo caso” de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208.4 de la LCSP. Tampoco se han evaluado y cuantificado 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”.

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”.

Por otra parte, advertimos que no se ha incorporado al procedimiento el preceptivo informe de la intervención a que se refiere el artículo 114.3 del TRRL.

Los defectos citados 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 convalidar la resolución de incoación del procedimiento, cuantificar los daños y perjuicios que la resolución

contractual irroga a la Administración, pronunciarse sobre la incautación de la garantía y dar seguidamente audiencia al contratista -con requerimiento a quien actúa en su nombre para que acredite la representación que ostenta, si no consta- y al avalista, recabar el informe de la Intervención, y finalmente redactar una nueva propuesta de resolución, solicitando a continuación de este Consejo el preceptivo dictamen de formularse oposición por parte del contratista.

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,

ILMO. SR. PRESIDENTE DEL CONSORCIO DE AGUAS.