

Expediente Núm. 1/2012  
Dictamen Núm. 29/2012

**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 2 de febrero de 2012, 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 30 de diciembre de 2011, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de reforma, adecuación y mejora de la accesibilidad del centro social de Tudela Veguín, adjudicado a la empresa .....

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, de fecha 31 de marzo de 2011, se adjudica el contrato de obras de reforma, adecuación y mejora de la accesibilidad del centro social de Tudela Veguín, por un importe de 204.021,86 euros -IVA excluido- y un plazo de ejecución de tres meses.

El día 5 del mes siguiente se formaliza el contrato en documento administrativo.

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 10.201,09 euros, y el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación, en cuya cláusula décimo-octava se establece, respecto del inicio de las obras, que “una vez formalizado el contrato y antes de la formalización del acta de comprobación del replanteo, el contratista deberá presentar al responsable del contrato el Plan de Seguridad y Salud de los trabajos, debiendo informar seguidamente el Coordinador de Seguridad y Salud sobre la procedencia de su aprobación, y en caso negativo sobre los puntos que deben corregirse, señalando un plazo acorde con la importancia de la corrección, sin que pueda exceder de siete días naturales./ El Plan deberá ser aprobado por el órgano de contratación antes de la finalización del plazo señalado en el apartado 2 para la formalización del acta de comprobación del replanteo./ Si el contratista incumpliere los plazos no podrá reclamar la ampliación del plazo de ejecución (...). Dentro de los diez días naturales siguientes a la firma del contrato el servicio municipal encargado de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo previo a la licitación, extendiéndose la correspondiente acta que será firmada por ambas partes, remitiéndose un ejemplar a la Sección de Contratación para su constancia en el expediente./ La comprobación del replanteo se ajustará a las reglas señaladas en los artículos 212 de la Ley de Contratos del Sector Público y 139 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o normas que lo sustituyan”. La cláusula décimo-segunda dispone, entre otras obligaciones del adjudicatario, la de abonar “el coste de las primas” correspondientes a los “seguros que se reseñan en el anexo II de este pliego”, de los que es tomador el Ayuntamiento de Oviedo como promotor de las obras, y “cuyo pago deberá justificarse antes del inicio de la ejecución de las obras”, así como la de “tener suscritas las pólizas de seguro reseñadas en el apartado 2 del precitado anexo II”. En cuanto a la resolución contractual, la cláusula vigésimo-cuarta señala 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./ En concreto, serán causas de resolución:/ La no disposición en obra de los medios personales y materiales necesarios para la ejecución./ El incumplimiento de las previsiones sobre seguridad y salud./ El incumplimiento de las estipulaciones del proyecto o de las instrucciones que, en interpretación técnica de este, dé la dirección facultativa o, en su caso, el responsable del contrato, dentro de su respectiva competencia”.

**3.** El día 10 de mayo de 2011, la Jefa de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal remite a la Sección de Contratación, “para su aprobación por la Corporación Municipal”, el Plan de Seguridad y Salud de las obras objeto del contrato, así como el informe favorable del Coordinador de Seguridad y Salud, emitido en fecha que no consta. Según resulta de la certificación correspondiente, el citado Plan de Seguridad y Salud es aprobado por la Junta de Gobierno Local el día 12 de mayo de 2011.

**4.** Obra incorporado al expediente, a continuación, un escrito del representante de la empresa adjudicataria, presentado en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo el día 25 de mayo de 2011, en el que manifiesta que, “de conformidad con lo establecido en la estipulación 18ª del pliego de cláusulas administrativas particulares regulador de la presente licitación, y desde la fecha de formalización del contrato administrativo de obras, el Ayuntamiento disponía del plazo máximo de 10 días naturales para proceder a la comprobación del replanteo, levantando al efecto la correspondiente acta de comprobación del replanteo, resultando que a la fecha del presente todavía no se ha procedido a cumplir por esta Corporación con el mencionado trámite imperativo, para el cual debíamos ser requeridos como empresa adjudicataria de las obras”. Por esta razón, “y al amparo de lo dispuesto en el artículo 220.a) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en

relación con el artículo 212 del citado texto legal, todo ello puesto en relación con lo dispuesto en el pliego regulador del presente procedimiento de contratación”, solicita que “se acuerde la resolución del contrato” con “devolución del aval”, al considerar que concurre “un incumplimiento manifiesto por parte de esta Corporación de las obligaciones estipuladas en las normas citadas”.

**5.** Ese mismo día 25 de mayo de 2011 tiene lugar la comprobación del replanteo, a la que asiste el representante del contratista, según consta en el acta correspondiente. En ella se refleja que la “ejecución del proyecto” se considera “no viable”, dejándose constancia de que “convocado el contratista para la firma del presente acta nos comunica verbalmente su intención de no firmar este acta, así como de no comenzar la ejecución de las obras, al considerar que los precios de determinadas partidas incluidas en el presupuesto del proyecto licitado no cubren sus previsiones económicas, por lo que pretenden resolver, de forma unilateral, el contrato./ En consecuencia, se suspende el inicio de las obras hasta que el órgano de contratación adopte la resolución procedente, que habrá de ser notificada al contratista”.

**6.** El día 30 de mayo de 2011, la Arquitecta Responsable de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal elabora un informe, a petición de la Sección de Contratación, en el que señala que “la firma del acta (de comprobación del replanteo) no fue posible dentro del plazo indicado por las siguientes razones:/ Los contratos de Dirección de Obra, Dirección de Ejecución de Obra y Coordinador de Seguridad y Salud de las obras fueron adjudicados por acuerdo de la Junta de Gobierno del 25 de abril (siendo necesaria, para los dos primeros, una corrección de errores que fue aprobada por acuerdo de Junta de Gobierno de fecha 5 de mayo de 2011)./ El Plan de Seguridad y Salud fue presentado por la empresa el 29 de abril de 2011, siendo informado favorablemente por el Coordinador y aprobado por acuerdo de Junta de Gobierno el 12 de mayo (y comunicado a esta Sección el día 17 de mayo)”.

Expone que, “si bien la empresa alega en su escrito como motivo de resolución del contrato el incumplimiento del citado plazo, las verdaderas razones que (...) ha expuesto en reiteradas ocasiones (tanto a la Dirección de Obra como a la responsable del contrato) no son otras que económicas, ya que verbalmente nos han comunicado que consideran que los precios de determinadas partidas incluidas en el presupuesto del proyecto licitado no cubren sus previsiones económicas./ Debido a esta circunstancia, la empresa ha intentado en varias ocasiones plantear soluciones alternativas a la ejecución de las partidas que consideran con precio insuficiente, siendo estas soluciones rechazadas por la Dirección Facultativa, dado que los precios de dichas partidas estaban ya incluidos en el proyecto licitado, y por tanto aceptadas por la propia empresa./ Vistas las pretensiones de la empresa, el día 25 de mayo se les requirió para la firma del acta de comprobación del replanteo (que se adjunta), acta que rehusaron firmar por los motivos arriba expuestos”.

**7.** Mediante escrito de 1 de junio de 2011, una correduría de seguros comunica al Ayuntamiento que con fecha 14 de abril de 2011 se emitieron los certificados de cobertura de las pólizas de “responsabilidad civil” y de “construcción” relacionadas con el contrato de referencia, y que “a fecha actual tenemos toda la documentación en nuestras oficinas y podemos confirmar que estos seguros no han sido formalizados, al no efectuarse el correspondiente pago”.

**8.** En sesión celebrada el día 2 de junio de 2011, la Junta de Gobierno Local acuerda “rechazar las alegaciones realizadas por (la adjudicataria) y su intención de resolver el contrato” y “requerir a (la empresa) para que, en el plazo máximo de cinco días, a contar a partir del siguiente al de la notificación del acuerdo que recaiga en su momento, proceda a hacer entrega en la Sección de Contratación de los documentos justificativos de la inscripción de la póliza de seguros requerida y del anexo I al pliego de cláusulas administrativas particulares”, así como para que, en el mismo plazo, “comparezca en las dependencias de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal para proceder al

acto de comprobación del replanteo". Se acuerda igualmente que "en caso de no comparecencia del contratista su ausencia se considerará incumplimiento del contrato con las consecuencias y efectos previstos en la Ley, a cuyos efectos se entenderá incoado el procedimiento de resolución del contrato por causas imputables al contratista". En los antecedentes del acuerdo se indica que "el mismo día en que desde la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal se convoca a la empresa para la firma del acta -25-4-11- aquella presenta el escrito en el que dice que procede a la resolución del contrato (25-4-11, 12:22 h)". El acuerdo es notificado a la empresa adjudicataria, mediante fax, el día 6 del mismo mes.

**9.** Con fecha 16 de junio de 2011, la Arquitecta Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal emite un informe en el que señala que la empresa contratista "ha incumplido el plazo de cinco días, interpuesto por acuerdo de la Junta de Gobierno de 2 de junio de 2011, para personarse en esta Sección a los efectos de proceder a la firma del acta de replanteo de dichas obras".

**10.** El día 4 de julio de 2011, se recibe en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo un escrito en el que el representante de la adjudicataria formula "recurso de reposición frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 2 de junio de 2011".

Inicia su escrito insistiendo "en la procedencia de la resolución contractual interesada, habida cuenta del incumplimiento manifiesto en que se ha incurrido por ese órgano de contratación en el sentido de no proceder a levantar la preceptiva acta de comprobación del replanteo dentro del plazo máximo estipulado en el pliego de cláusulas administrativas, no siendo requerida esta entidad a tal fin hasta que por nuestra parte se procedió a interesar la resolución del contrato por tal motivo". Considera que "frente a tal conclusión no resulta admisible la responsabilidad y los incumplimientos que se pretenden imputar a esta entidad a la que represento, y ello por lo siguiente (...): Por lo que respecta a la presentación del Plan de Seguridad y Salud, el

mismo fue presentado por esta parte en plazo, y es que aún en el supuesto de que tomáramos como referencia la fecha de presentación indicada en el acuerdo impugnado (29 de abril de 2011) este órgano de contratación disponía de un plazo de 10 días para su aprobación y levantamiento del acta de comprobación del replanteo, incumpliendo también de esta forma lo dispuesto en la estipulación 18ª del pliego de cláusulas administrativas particulares regulador de la presente licitación./ En cuanto a la falta de pago en plazo de los seguros que se reseñan en el anexo II del pliego, señalar que, de conformidad con el mismo, el tomador del seguro es el Ayuntamiento de Oviedo, como promotor de las obras, y quien está obligado a su contratación, siendo esta entidad como contratista la que resulta obligada a su abono. Pues bien, en relación con este particular, en ningún momento, ni el personal de este órgano de contratación, ni de la correduría de seguros referida en el acuerdo impugnatorio, nos hicieron requerimiento alguno de pago, siendo el referido acuerdo la primera noticia que tenemos de que tales seguros ya estuvieran suscritos y pendientes de pago". A lo anterior añade que "tales seguros y tales documentos no se pueden contratar, ni cumplimentar sin conocer con la debida antelación cuándo se va a iniciar la obra, lo cual acontece con la formalización del acta de comprobación del replanteo, para así saber exactamente el personal que se va a adscribir a esa obra concreta, la maquinaria, etc...".

A continuación, afirma que "en cuanto al motivo que a nuestro juicio ha dado lugar al incumplimiento por parte de ese órgano de contratación del plazo señalado para llevar a efecto la comprobación del replanteo, se encuentra el hecho de que se han percatado del grave error en la redacción del proyecto, concretamente en el presupuesto de la obra, y que por sí solo podría dar lugar también a la resolución del contrato./ Así, en el presupuesto de la obra encontramos las partidas correspondientes a calefacción, ventilación y elevación con un importe según proyecto de 30.119,92 €, si bien, y una vez por esta parte se ha procedido a solicitar los correspondientes presupuestos a empresas instaladoras al objeto del suministro y ejecución de los capítulos 08 y 10, nos encontramos en todos ellos con diferencias de precio que alcanzan hasta el

229% más respecto al fijado por los redactores del proyecto y en algunas como en la ventilación hasta el 800% más respecto al proyecto, lo cual pone de manifiesto el error en que se ha incurrido por parte del proyectista./ A mayor abundamiento, nos encontramos con otro hecho a nuestro juicio de muy difícil justificación, y la prueba de que los errores tan desproporcionados no son fruto de la casualidad, como es el hecho de que la ingeniería (...) que redacta los específicos de calefacción, ventilación y electricidad tiene una vinculación muy directa con la empresa (que identifica), dedicada a sistemas de ventilación, la cual habiéndole solicitado presupuesto, entendiéndole que como concedora del proyecto nos haría la oferta más ventajosa, ofertándonos el capítulo de ventilación (...) un 800% superior al precio fijado en el presupuesto por la redactora del proyecto”.

Manifiesta adjuntar a su escrito “los documentos que justifican la desproporcionalidad del presupuesto de los capítulos 8 y 10, siendo el error de 99.038,26 euros de ejecución material”. Estos son “precio de tarifa de la caldera y de los radiadores mencionados en proyecto, presupuesto de empresas instaladoras de calefacción y gas, descartando siempre las menos ventajosas, presupuestos de ventilación y presupuestos de ascensor”.

**11.** El día 20 de julio de 2011 el Arquitecto autor del proyecto elabora un informe sobre el recurso de reposición. En él afirma que los presupuestos aportados por la adjudicataria para justificar sus afirmaciones constituyen una “muestra muy reducida (tan solo dos presupuestos por instalación)”, de la que resultan “valoraciones muy dispares que en absoluto pueden ser consideradas como referencias del mercado en términos absolutos”. A continuación destaca que la proposición de la empresa adjudicataria presentaba “una baja de un 18,14% respecto del tipo de licitación (...), lo cual supone una reducción de 45.220 € respecto al presupuesto que figura en el documento redactado por el técnico que suscribe”, y señala que “es de suponer que para presentarse a la licitación y efectuar dicha baja la empresa constructora (...) tenía que haber estudiado el proyecto básico y de ejecución y documentación anexa (todos ellos

publicados en la página web del Excmo. Ayuntamiento de Oviedo), sin embargo, parece ser que dicha empresa no pide presupuestos hasta el mes de abril de 2011, es decir, con posterioridad a la adjudicación del contrato de obras./ Un mes después, en mayo de 2011 se ponen en contacto con el técnico que suscribe manifestándome que cometieron un error al no estudiar los específicos del proyecto (a pesar de que estos suponen más de un 30% del precio del contrato) y que para paliar esta situación planteaban tres alternativas posibles./ Las tres opciones propuestas por la constructora, cuya copia se adjunta al final del presente informe, resultaron inviables, al implicar, todas ellas, la eliminación y/o sustitución de alguna de las instalaciones proyectadas, obteniendo siempre un diferencial a favor de esta que en cualquier caso excedía del 10% del importe de liquidación del contrato, lo que obligaría a redactar un modificado de proyecto./ Por último, cabe indicar que con carácter previo a la formalización del acta de replanteo y de comienzo de obra se giró visita de inspección al centro, a la que asistieron los responsables de la empresa constructora, la Dirección Facultativa y técnicos municipales de la Sección de Patrimonio, y en ningún momento anterior a la fecha de interposición del recurso de reposición para la devolución de la fianza se ha manifestado por parte de (la adjudicataria) referencia alguna a la existencia de defectos de proyecto”.

Concluye que “tanto el proyecto básico y de ejecución que nos ocupa, como los específicos complementarios, no contienen los graves errores que imputa (la empresa contratista)”, pues “se encuentra perfectamente definido y su descripción y cuantificación es completa. Prueba de ello es que se han solicitado presupuestos que prácticamente transcriben las referencias de las mediciones del mismo” y “los precios unitarios se encuentran perfectamente definidos y se ajustan al mercado. Prueba de ello es que a la licitación del contrato de obras se presentaron doce empresas constructoras con bajas sobre el tipo que variaban entre el 22,16% y el 1%”.

**12.** Con fecha 20 de septiembre de 2011, la Arquitecta Técnica Jefa de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal emite un informe en el que expresa que el proyecto “reúne las condiciones necesarias en sus aspectos formales y técnicos para poder ejecutarse. Cosa distinta es la trayectoria que ha mantenido la adjudicataria de las obras, que desde que obtuvo la adjudicación de la obra, tras ofrecer la baja que estimó oportuna (...), ha dirigido todos sus esfuerzos a intentar obtener modificaciones presupuestarias del mismo para aumentar su beneficio”. Entiende que “el recurso de reposición (...) no es más que un intento de la adjudicataria para obtener una resolución de un contrato de obra que le fue adjudicado tras concurrir al mismo sin haber estudiado con corrección si las condiciones del proyecto, y por ende de la posible adjudicación -como se puede inferir de los acontecimientos posteriores que constan en el expediente-, le eran o no favorables, en cuyo caso libremente debía haber decidido si aceptaba o no participar en el proceso de adjudicación y ejecutar la obra si finalmente le era adjudicada”.

**13.** La Jefa de Servicio del Área Económica informa, con fecha 3 de octubre de 2011, que la obra “se encuentra incluida entre las actuaciones a financiar por el Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras, según convenio firmado al efecto con fecha 11 de noviembre de 2010. En dicho convenio se establece que los documentos justificativos de que se ha ejecutado la totalidad de la obra deben ser remitidos al Instituto antes de finalizar el año 2011, por lo que el incumplimiento de este punto puede conllevar la pérdida de la subvención concedida, tanto respecto de la obra ya realizada como de la que quede pendiente al terminar el ejercicio”.

**14.** El día 4 de octubre de 2011, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior, con la conformidad de la Jefa del Servicio y de la Directora Jurídica Municipal, elabora un informe en el que señala que “el contrato de obras es un contrato de resultado, y por tanto la obligación contractual de realizar la

prestación que constituye el objeto del mismo contrato se erige en la obligación esencial, y cuando el contratista no solo no procede a su ejecución, sino que es el causante de que no se haya podido iniciar aquella al impedir con su actuación la formalización del acta de comprobación del replanteo se entiende que concurren causas para la resolución del contrato por incumplimientos imputables al propio contratista". Destaca que "no existe contradicción entre el Ayuntamiento y el contratista sobre la procedencia de la resolución del contrato, pero sí sobre las causas y efectos de esta, al considerar el Ayuntamiento que tal resolución se debe a incumplimientos imputables al contratista y entender este que la misma está motivada por errores graves en el proyecto que, como ha quedado acreditado, no existen, debiéndose los errores alegados a la falta de diligencia de la empresa a la hora de concurrir a la licitación y formular su oferta, teniendo en cuenta su demostrado desconocimiento del proyecto y, más concretamente, del presupuesto desglosado del mismo, de lo que es una muestra el hecho de que las peticiones de ofertas a posibles subcontratistas hayan sido cursadas por la empresa una vez adjudicado el contrato".

Afirma que la empresa, al concurrir a la licitación, se comprometió "al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, primero como licitadora y luego como adjudicataria", y que "toda empresa que concurre a una licitación ha de conocer el alcance de las obligaciones que asumirá caso de resultar adjudicataria, tanto técnica como económicamente. Por tanto, las presuntas dificultades posteriores del adjudicatario no le exoneran de los compromisos adquiridos por razón del contrato".

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, tras reproducir el contenido de los artículos 208.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, manifiesta que, al objeto de cuantificar los daños y perjuicios que deban hacerse efectivos sobre la garantía definitiva, han de considerarse: "El mayor gasto que se pueda derivar de la nueva adjudicación

que se tramite al efecto, teniendo en cuenta a este respecto la necesidad de tramitar una nueva licitación al haberse suprimido de la LCSP (modificación por la Ley 34/2010, de 5 de agosto) la previsión de adjudicación del contrato al licitador siguiente según oferta, contenida en el art. 135.5 en su redacción original./ Las consecuencias presupuestarias que la no ejecución de las obras pueda suponer. A tal efecto, el Servicio de Gestión Económica ha informado (3-10-11) que la obra se encuentra incluida entre las actuaciones a financiar por el Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo de las Comarcas Mineras (...), por lo que el incumplimiento de este punto puede conllevar la pérdida de la subvención concedida (...). El perjuicio, a priori difícil de cuantificar, que para los usuarios del centro social supone no poder disfrutar ya de las mejoras en la accesibilidad de las instalaciones que justifican la contratación de las obras”.

Con base en lo anterior, considera “procedente” desestimar el recurso de reposición interpuesto por la adjudicataria y “continuar el procedimiento para la resolución contractual”, añadiendo que, “no obstante (...), dado el tiempo transcurrido desde el acuerdo adoptado al efecto por el órgano de contratación (2-6-11), se considera procedente declarar la caducidad del procedimiento e incoar un nuevo procedimiento para la resolución del contrato, con audiencia del contratista”. Finalmente propone “iniciar los trámites para la nueva licitación de las obras, en los mismos términos de la anterior y sin perjuicio del resultado del procedimiento de resolución, teniendo en cuenta que la discrepancia entre el contratista y el Ayuntamiento no está referida a la resolución contractual propiamente dicha (el contratista ha manifestado su voluntad de no ejecutar las obras en atención a presuntos errores de proyecto, ya descartados por la responsable del contrato y el autor del mismo), sino a las causas y efectos de la resolución”.

**15.** Con fecha 7 de octubre de 2011, emite informe el Adjunto al Jefe del Servicio de Fiscalización, con la conformidad del Interventor General. En él señala que “se entiende procedente la declaración de caducidad del

procedimiento de resolución contractual (...) tras el transcurso del plazo acordado por acuerdo de la Junta de Gobierno de 2 de junio de 2011 (...) y la incoación de uno nuevo para la resolución del contrato con audiencia al contratista”.

**16.** En sesión celebrada el día 14 de octubre de 2011, la Junta de Gobierno Local acuerda “desestimar el recurso interpuesto (...), declarar la caducidad del procedimiento e iniciar un nuevo procedimiento para la resolución del contrato, con audiencia al contratista”, así como “iniciar los trámites para la nueva licitación de las obras, en los mismos términos de la anterior y sin perjuicio del resultado del procedimiento de resolución”. El acuerdo se notifica al adjudicatario el día 17 del mismo mes.

**17.** El día 25 de octubre de 2011, el Técnico de Centros Sociales, con la conformidad de la Adjunta al Jefe de Servicio del Área Social, elabora un informe sobre los “perjuicios derivados de la paralización de obras en Tudela Veguín”. En él subraya que “mensualmente se viene registrando una asistencia al centro social de Tudela Veguín cercana a las 1.300 visitas”, y que “en los últimos años han sido repetidas las demandas de la población usuaria en relación a las dificultades de accesibilidad que presenta el edificio, con la ausencia de rampas para personas con movilidad reducida, ruptura de nivel entre el primer piso y la planta baja (sin ascensor) o la inadaptación de los aseos (...). A esta demanda hay que añadir la situación de los beneficiarios de los servicios sociales municipales (...). Respecto a estos servicios, los usuarios -entre cuya población destacan, por el volumen de atenciones, las personas más mayores (...)- carecen de sala de espera, así como despachos individualizados para la correcta salvaguarda de la intimidad de sus datos”.

Refiere que “la demora de las obras y las condiciones en las que actualmente se han de prestar los servicios ocasionan una fuerte protesta ciudadana” y que, “ante estas dificultades y su prolongamiento en el tiempo,

desde el Servicio de Centros Sociales se han adoptado medidas tendentes a suspender el desarrollo de algunas de las actividades”.

Por último, señala que “han sido reiteradas las quejas que ha venido expresando el conjunto de profesionales y técnicos municipales al respecto de las condiciones en las que han de desarrollar su ejercicio profesional”.

**18.** El día 27 de octubre de 2011, la Jefa de Servicio del Área de Interior comunica al adjudicatario y al avalista, mediante fax, la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días, poniendo a su disposición el expediente administrativo.

**19.** Con fecha 21 de noviembre de 2011, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior extiende una diligencia en la que hace constar que, transcurrido el plazo de audiencia concedido, no se han presentado alegaciones.

**20.** En informe de 22 de noviembre de 2011, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior, con la conformidad de la Jefa de Servicio del Área de Interior y de la Directora Jurídica Municipal, expone que “teniendo en cuenta que en el informe de la Sección de Contratación de fecha 04-10-11 se hace referencia a los posibles daños y perjuicios a indemnizar por el contratista” como consecuencia de la resolución -“una parte fácilmente cuantificable, a partir del resultado de la nueva licitación a convocar, caso de ser aquel por una cuantía superior a la resultante de la oferta de (la empresa ahora adjudicataria), y otra parte de difícil cuantificación, al estar determinada por los daños y perjuicios que podrían derivarse de la hipotética pérdida de financiación de las obras, al corresponder aquellas al Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo de las Comarcas Mineras, así como por la no disposición en fecha de las mejoras de accesibilidad para los usuarios del centro social”-, se considera “procedente la resolución del contrato por causa imputable al contratista, por las razones expuestas en el informe emitido por la

Sección de Contratación con fecha 04-10-11, incluyendo la incautación de la garantía definitiva en los términos que resulten de la nueva adjudicación a tramitar, así como de los daños y perjuicios que se deriven de los problemas de financiación apuntados”.

**21.** El día 12 de diciembre de 2011, el Adjunto al Jefe del Servicio de Fiscalización, con la conformidad del Interventor General, emite informe favorable sobre la resolución pretendida.

**22.** Con fecha 21 de diciembre de 2011, la T. G. de Asuntos Jurídicos requiere al Jefe de la Sección de Contratación para que remita a la Abogacía Consistorial una “copia compulsada del expediente administrativo completo, foliado y acompañado de un índice autenticado de los documentos que contenga relativo al procedimiento ordinario que se sigue ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo”, promovido por el adjudicatario de las obras en relación con la resolución contractual de referencia.

**23.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de diciembre de 2011, registrado de entrada el día 5 de enero de 2012, 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, adecuación y mejora de la accesibilidad del centro social de Tudela Veguín, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

**24.** Con posterioridad a la formulación de la consulta, se nos remite, mediante fax, una certificación del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 5 de enero de 2012. En él se acuerda “aprobar la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución del contrato de referencia y notificar al adjudicatario el acuerdo correspondiente, por el tiempo que medie entre la petición de informe al Consejo Consultivo del Principado de Asturias y la recepción del mismo -trámites ambos que deberán ser comunicados a (la

empresa contratista), sin que el plazo de suspensión pueda exceder de tres meses”. Consta que el citado acuerdo de suspensión es notificado al contratista el día 9 del mismo mes.

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

En el caso ahora examinado existe oposición del contratista, pero no a la resolución del contrato sino a los motivos y consecuencias de la misma, las cuales dependen de la determinación del sujeto responsable de la resolución, lo que constituye el verdadero objeto de discrepancia. Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solamente cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la resolución, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la misma.

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

Por razón del tiempo en que fue adjudicado el contrato -31 de marzo de 2011-, y teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a cuyo tenor, "Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior", su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 de la LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo establecido en el artículo 194 de la LCSP, cuyo contenido se corresponde con el del artículo 210 del TRLCSP actualmente en vigor, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro "de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley". 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, 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 RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio (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, 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. 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 que analizamos da cuenta de la existencia de dos pretensiones de resolución enfrentadas y cronológicamente sucesivas: la que ejercita el contratista en su escrito de 25 de mayo de 2011 y la que luego ejerce la Administración. Cada una de ellas ha dado lugar a un procedimiento distinto.

El primero de ellos, sobre el que no podemos pronunciarnos por no ser objeto de la consulta preceptiva sobre la que dictaminamos, se tramitó al margen del cauce procedimental diseñado en el artículo 109.1 del RGLCAP y terminó mediante resolución expresa adoptada por la Junta de Gobierno Local el día 2 de junio de 2011, que acordó "rechazar las alegaciones realizadas por

(la adjudicataria) y su intención de resolver el contrato". Frente al citado acuerdo interpuso el contratista un recurso potestativo de reposición, que fue desestimado, y en la actualidad la cuestión está pendiente de decisión en vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

El segundo procedimiento se inició de oficio, mediante acuerdo del órgano de contratación adoptado el día 14 de octubre de 2011, y a él ha de ceñirse estrictamente nuestro dictamen, al haber sido ya el primero objeto de decisión por la autoridad consultante. Todo ello, sin perjuicio de considerar los fundamentos de las posiciones de ambas partes contratantes que se contienen en distintos escritos e informes anteriores al inicio del procedimiento de resolución que examinamos.

El expediente, en lo relativo al procedimiento que nos ocupa, da cuenta del cumplimiento de los trámites esenciales que componen la instrucción, a los que antes hemos hecho referencia. Iniciado de oficio por el órgano competente, en él se ha dado audiencia al contratista y al avalista, y se han recabado los informes del Servicio Jurídico y de la Intervención, solicitándose a continuación nuestro dictamen.

Sin embargo, advertimos que no se ha comunicado al avalista el inicio del procedimiento de resolución contractual ni la suspensión del transcurso del plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar la resolución -acordada por la Junta de Gobierno Local el día 5 de enero de 2012-, pese a tener aquel la condición de interesado por comprender la propuesta de la Administración la incautación del aval constituido como garantía definitiva. Esta deficiencia ha de considerarse, no obstante, como una mera irregularidad no invalidante, en la medida en que sí se ha dado audiencia al avalista, de conformidad con lo establecido en el artículo 109.1 del RGLCAP. Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, la Administración habrá de comunicar en su momento a todos los interesados -contratista y avalista- la resolución que finalmente dicte.

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.

La Administración se conforma con enunciar una serie de daños que ocasionaría la resolución contractual, algunos de los cuales ni siquiera son perjuicios ciertos. En efecto, según se refleja en los informes librados por la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior, aquellos son el mayor coste que “se pueda derivar de la nueva adjudicación que se tramite al efecto” y una “hipotética” pérdida de la subvención concedida por el Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras para la realización de los trabajos. A ellos se añade el perjuicio “que para los usuarios del centro social supone no poder disfrutar ya de las mejoras en la accesibilidad de las instalaciones”. El hecho de que la materialización de los daños enunciados en primer y segundo lugar sea meramente eventual conduce a la instrucción del procedimiento a proponer que se difiera la cuantificación de los perjuicios dimanantes de la necesidad de licitar nuevamente el contrato hasta el momento en que se haya procedido a su adjudicación y la de los originados por la pérdida de la financiación hasta que, en su caso, se declare aquella. Por lo que se refiere a los daños que padece el servicio público como consecuencia del retraso de las obras, simplemente se renuncia a su evaluación amparándose en una supuesta dificultad para abordarla.

Tal forma de proceder no solo se compece mal con la tutela del interés público, que conlleva el justo resarcimiento de los perjuicios ocasionados por los contratistas incumplidores, sino que, además, la propuesta de incautación cautelar de la garantía supone para el adjudicatario la obligación de soportar una carga que el régimen de responsabilidad derivado de la resolución por causas a él imputables no ampara, la de asumir el resarcimiento de unos hipotéticos perjuicios cuya evaluación se acometerá, con el consiguiente saldo positivo o negativo que resulte respecto de los asegurados con la garantía, en un momento indeterminado que no tiene por qué estar próximo.

Como viene señalando este Consejo, 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”.

El obligado cumplimiento de 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”.

Sobre este particular, en el caso que analizamos, los perjuicios ocasionados por la necesidad de proceder a una nueva licitación de las obras una vez extinguido el contrato cuya resolución se pretende no pueden consistir, en ningún caso, en la diferencia entre el precio de adjudicación del contrato de

cuya resolución se trata, que por no haberse ejecutado las obras no se va a abonar, y el que correspondería pagar al adjudicatario nuevamente elegido. En lo que a este concepto se refiere, el mayor gasto vendría determinado por el incremento, en su caso, de los costes de ejecución de las distintas unidades de obra, del precio de licitación, y debería comprender, asimismo, los gastos de gestión que a la Administración consultante 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. Lo mismo cabe decir de los daños ocasionados por el retraso en la disponibilidad del centro social en las debidas condiciones de accesibilidad, a cuya prudente valoración y resarcimiento, tratándose de daños verdaderamente efectivos ocasionados al servicio público, no debería renunciarse.

La consideración como concepto indemnizatorio de la pérdida de la subvención requiere la realización por parte de la instrucción de las gestiones precisas o de los razonamientos fundados en derecho que en su caso proceda, al objeto de determinar si se va a contar o no con la financiación en su día comprometida.

Los defectos que hemos indicado impiden que pueda dictarse en este momento una resolución que ponga fin al procedimiento, lo que obligaría a la Administración municipal 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, iniciado el procedimiento por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14 de octubre de 2011, y suspendido su transcurso -al amparo de lo señalado en el artículo 45.2, letra c), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- mediante acuerdo del mismo órgano de fecha 5 de enero de 2012, el reinicio del cómputo del plazo para resolver que

determina la recepción de este dictamen por la Administración consultante hará necesario valorar la necesidad de iniciar un nuevo procedimiento en el que se proceda de la forma anteriormente indicada.

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 practicarse 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,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.