

Expediente Núm. 87/2012
Dictamen Núm. 136/2012

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 3 de mayo 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 9 de abril de 2012, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras para la ampliación del recinto ferial de Otur, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valdés, de 19 de julio de 2010, se adjudica provisionalmente el contrato de obras de ampliación del recinto ferial de Otur, cuya adjudicación definitiva tiene lugar mediante Acuerdo del mismo órgano de 18 de agosto de 2010.

Con fecha 27 de agosto de 2010 se formaliza el contrato y el 15 de octubre del mismo año el acta de comprobación del replanteo, dándose comienzo a las obras.

Consta incorporada al expediente diversa documentación del procedimiento seguido en la adjudicación del referido contrato, integrada, entre otros, por:

a) Resolución del Secretario de Estado de Cooperación Territorial de 25 de febrero de 2010, por la que se autoriza la financiación del proyecto presentado con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, creado por Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, en cuantía que asciende a 349.493,75 €.

b) Informe técnico de supervisión del proyecto y acta de replanteo del mismo, rubricados por la Arquitecta Jefe de la Oficina Técnica Municipal.

c) Pliego de prescripciones técnicas, en el que se recoge que "el plazo estimado (...) para la ejecución de las obras es de 6 meses", que "el no cumplimiento de las especificaciones técnicas recogidas en el pliego que se incluye en el proyecto será causa de resolución del contrato" y que "se impondrán penalidades por demora y por ejecución defectuosa conforme a lo establecido en el artículo 196 de la Ley de Contratos del Sector Público".

d) Pliego de "cláusulas administrativas particulares que, en unión del pliego de prescripciones técnicas y demás documentación, han de regir la licitación, mediante el procedimiento negociado con publicidad y el trámite de urgencia, de las obras". En él se dispone (cláusula 15.5) que "cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o, en su caso, de los plazos parciales, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias previstas en el artículo 196 de la Ley de Contratos del Sector Público./ Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga (...) se concederá por la Administración un plazo". Más adelante se

especifica (cláusula 19.1) que “si a fecha de 31 de diciembre de 2010 las obras no han sido ejecutadas y entregadas a satisfacción de la Administración, o presumiblemente no puedan serlo en dicha fecha como consecuencia del incumplimiento de alguno de los plazos parciales, se procederá a la resolución del contrato, incautándose la garantía definitiva y quedando la Administración liberada de cualquier obligación de pago. Ello sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran ser exigibles al contratista si, como consecuencia de dicho retraso, el Ayuntamiento de Valdés se viera obligado a reintegrar o sufrir la retención total o parcial de cantidades pertenecientes al Fondo de Inversión”. Entre las “condiciones especiales de ejecución del contrato” (cláusula 15.8) se exige, “a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, que el nuevo personal que el contratista necesite emplear para la ejecución de las obras se encuentre en situación de desempleo (...). A los efectos de acreditar este cumplimiento antes del día 10 de cada mes, el contratista deberá poner a disposición de la Dirección Facultativa con cada certificación de obra y/o factura los siguientes documentos: contrato, vida laboral e informe mensual de alta (...), relación de los impresos TC1 y TC2, tanto de las personas integradas en la empresa como de las nuevas a contratar (...). El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la imposición de una multa con una cuantía de 100 euros por cada día de retraso”. En lo que atañe a la resolución del contrato (cláusula 18), se señala que “serán causas de resolución del contrato, además de las previstas en los artículos 206 y 220 de la Ley de Contratos del Sector Público (...), el incumplimiento de la condición especial de ejecución establecida en la cláusula 15.8 cuando este deba considerarse como muy grave de conformidad con lo establecido en la cláusula 19 siguiente”. En esta última, relativa a la imposición de penalidades, se puntualiza que “cuando el incumplimiento se refiera a la contratación de personal será considerada como infracción muy grave a los efectos previstos en el artículo 102.2 de la LCSP siempre que tal incumplimiento

suponga una contratación de nueva mano de obra que no se encontrase en situación de paro superior al 50% del total de la contratada como nueva”.

e) Escrito del técnico autor del proyecto, expresivo de que “se adjunta copia” del mismo.

f) Informe de Intervención, fechado el 25 de marzo de 2010, de fiscalización favorable con una observación “en relación a la necesaria incorporación de documento justificativo de la necesidad de la contratación”. En él se recoge que “el Alcalde ha delegado la competencia en materia de contratación cuyo importe supere el límite de la contratación menor en la Junta de Gobierno Local mediante Decreto de la Alcaldía nº 314/2007, de 19 de julio”.

g) Certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión celebrada el 25 de marzo de 2010, aprobatorio del expediente de contratación, “declarando su tramitación de urgencia”, del proyecto y de los pliegos, incluyendo la autorización del gasto. Reza en los antecedentes de dicho acuerdo que “son competencias municipales, entre otras, las actividades o instalaciones culturales y deportivas. Por lo que se justifica la necesidad de iniciar la presente contratación”.

h) Particulares del expediente, comprensivos, entre otros, de las ofertas de los licitadores -la que resultaría adjudicataria ofrece un plazo de ejecución de 5 meses-, las actas de la Mesa de Contratación, la notificación a los licitadores del acuerdo de adjudicación provisional -a la “oferta más ventajosa, en los términos de su oferta (...). Plazo de ejecución: 5 meses-, la documentación presentada por la adjudicataria para elevar la adjudicación a definitiva, la certificación del acuerdo de adjudicación definitiva -adoptado por la Junta de Gobierno Local en su sesión de 18 de agosto de 2010-.

i) Contrato formalizado el 27 de agosto de 2010, constituyendo su objeto “la ejecución de las obras de ampliación del recinto ferial de Otur, según se describe en el proyecto y pliego de prescripciones técnicas que lo rige”, que se incorporan como anexo, teniendo también “carácter contractual” todos los documentos señalados “en la cláusula 3 del pliego de cláusulas administrativas

particulares”, que se integran en el contrato, “así como la oferta del adjudicatario”. Este “se compromete a la ejecución del contrato por un plazo de cinco (5) meses, según su oferta, computados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo”; plazo que solo “será prorrogable en los términos establecidos en la cláusula 15.5” de las administrativas particulares. También recoge el documento contractual que “será condición de ejecución del contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, que el nuevo personal que el contratista necesite emplear para la ejecución de las obras se encuentre en situación de desempleo”. Se remite la resolución del contrato a lo establecido en el pliego.

j) Acta de comprobación del replanteo, levantada el 15 de octubre de 2010, tras haberse solventado los reparos formulados en un acta anterior, que derivaban de “la necesidad de ampliar el espacio interior del edificio para acoger una pista polideportiva”, lo que “modifica la posición del cuerpo de aseos” y obliga “a disminuir el retranqueo contemplado en el proyecto con la finca colindante” por debajo del establecido en el Plan General de Ordenación.

2. Con fecha 11 de marzo de 2011 tiene entrada en el registro municipal un escrito de la adjudicataria en el que solicita una prórroga del plazo de ejecución, con fundamento en las “modificaciones varias para satisfacer las necesidades propias del edificio”. Al respecto, el Director de las Obras informa, ese mismo día, que “los trabajos se están realizando a trompicones, con subcontratas diferentes, sin continuidad de personal y continuas equivocaciones (...). Durante toda la obra se han ido ordenando en forma adecuada (...) ajustes, matices, encajes” propios de la Dirección, “no pudiéndose denominar estos como modificaciones”, reseñando “el incremento que se ha tenido que realizar por haber ejecutado la cimentación fuera del eje previsto en el replanteo”. Ello no obstante, considera el técnico informante que procede un

“incremento de tiempo” para no dañar lo ejecutado, “al no estar colocado el techo”.

Tras un informe jurídico, un informe técnico y otro de la intervención -coincidentes en la improcedencia de la “prórroga” solicitada, sin perjuicio de la conveniencia de ampliar el plazo de ejecución con las penalidades que procedan-, consta en el expediente el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en la sesión de 24 de marzo de 2011, por el que se deniega la prórroga, al tiempo que se autoriza a la adjudicataria para que “continúe ejecutando los trabajos contratados hasta su completa finalización, si bien ello no podrá superar la fecha del día 9 de mayo de 2011; procediendo, no obstante, la incoación de expediente para determinar las penalidades a imponer por la demora”.

3. Tras una comunicación presentada por la mercantil el 13 de abril de 2011, relativa a “modificaciones en la carpintería exterior solicitadas por la Dirección de la Obra y no previstas en el proyecto”, que requieren de un plazo de cuatro semanas para el suministro del material y otras dos para su instalación, se recaba informe del Director de la Obra. Este presenta un escrito en el registro municipal el día 25 de abril de 2011 en el que indica que “los retrasos acaecidos en la obra son debidos a la reiterativa falta de materiales, andamios, personal, encargado a pie de obra, falta de planificación”, habiendo requerido a la empresa “en varias ocasiones (...) que montase la carpintería según venía especificada en el proyecto, planos y presupuesto”, alegando esta que “dicha perfilería no existía en el mercado”, por lo que la Dirección Facultativa les facilitó las señas de uno de los fabricantes. Añade que se ha visto obligado a adoptar medidas de seguimiento para “tener al menos una opción de que estén colocadas las carpinterías” para la Feria de mayo, ya que la empresa acude a cualquier “subterfugio” para dilatar los tiempos de ejecución.

4. Obra en el expediente, a continuación, una certificación de la Resolución de la Alcaldía de 18 de marzo de 2011, por la que se levantan los reparos formulados por la Intervención municipal en la fiscalización de las cuatro primeras certificaciones de obra, reconociendo las obligaciones de ellas derivadas. Entre las deficiencias observadas se recoge que no se ha acreditado "el cumplimiento de la (condición) especial de ejecución prevista en la cláusula 15.8".

En la misma Resolución se ordena la incoación de procedimientos en orden a determinar la procedencia de los intereses de demora reclamados por la adjudicataria, dilucidar el cumplimiento de "la condición especial de ejecución establecida en la cláusula 15.8 del pliego" y de la obligación de pago a los subcontratistas y "depurar responsabilidades del contratista en relación con la ejecución del contrato".

Tras un requerimiento a la adjudicataria para que acredite el cumplimiento de la condición especial de ejecución, obran en las actuaciones las certificaciones de las Resoluciones de la Alcaldía que levantan los reparos en relación con la quinta, sexta, séptima y octava certificación de obra, constando en las mismas que sigue sin acreditarse la reiterada condición especial de ejecución y que varios acreedores del adjudicatario reclaman al Ayuntamiento por trabajos y suministros impagados por aquel. Figuran en el expediente las reclamaciones de cinco empresas suministradoras o subcontratadas, así como una orden judicial dirigida al Consistorio para la retención de lo adeudado a la contratista hasta un importe de "281.302,01 euros (...), más otros 10.000".

La mercantil presenta, el 8 de agosto de 2011, un escrito en el registro municipal en el que acusa "diferencias importantes entre las mediciones de la contrata y las del Director Arquitecto en varias partidas" que desglosa, y con fecha 24 de agosto de 2011 aporta la documentación justificativa de la previa situación de desempleo de uno de los trabajadores ocupados en la obra. Ese mismo trabajador presenta, el 17 de octubre de 2011, un escrito en el que manifiesta que trabajó "como albañil, en régimen de autónomos", para la

adjudicataria, y que esta no le ha retribuido sus trabajos ni le “han pagado las dos cuotas de autónomos que (...) habían quedado de pagar”.

A petición de la Alcaldía, libra informe la Secretaria del Ayuntamiento, proponiendo “iniciar (...) expediente para la imposición de penalidades” por incumplimiento del plazo de ejecución.

El 21 de noviembre de 2001 emite informe el Director de la Obra. En él reitera los incumplimientos de la adjudicataria y manifiesta que “sin actividad en la obra, sin tener conocimiento si la empresa adjudicataria tiene solicitados los materiales necesarios” y “a falta de muchos remates”, considera que los trabajos no finalizarán antes del 31 de diciembre de 2011 a efectos de poder justificar la subvención estatal. Señala que no le fue entregada por la empresa la documentación relativa a la condición especial de ejecución y constata el incumplimiento del plazo de ejecución (ampliado a 30 de abril de 2011), adjuntando reportaje fotográfico revelador de las carencias de lo ejecutado y de la falta de actividad en la obra.

5. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión celebrada el día de 24 de noviembre de 2011, se inicia el procedimiento para la imposición de penalidades por incumplimiento del plazo de ejecución y se requiere a la adjudicataria para que justifique el cumplimiento de la condición especial de ejecución.

La contratista remite escrito, fechado el 28 de diciembre de 2011, justificando los retardos en “el continuo cambio de unidades y la readaptación del proyecto original”, así como la falta de “definición del 20% restante”, que considera es el porcentaje de la obra que falta por ejecutar. Afirma haber trasladado “mensualmente” al Director de la Obra la documentación relativa a la condición especial de ejecución y alega que “en todas las facturas-certificaciones (...) se han producido retrasos en los cobros”.

A la vista de este escrito, el Director de la Obra libra informe detallado el 25 de enero de 2012. En él señala que “es la propia empresa la que

constantemente realiza propuestas de cambio intentando encajar el proyecto en un precio más bajo, dada la baja realizada de un 30,01%, o incrementando las mediciones ficticiamente o con partidas que nada tienen que ver con el proyecto"; que ha dejado los solados a medio colocar, al no suministrar material al único obrero en la obra, y que "en los 6 primeros meses se ejecuta el 24,5%, en los dos siguientes el 38,6%, en los tres siguientes el 15,6%, y prácticamente inactivos en los tres últimos" meses. Se detallan diversos errores de ejecución ("división de los aseos desplazada", "estructura del tejadillo de acceso" incumpliendo las indicaciones, distribución de los baños, colocación del azulejo) y los sucesivos retrasos. Se acusa la falta de un "encargado de la obra", debiendo entenderse la Dirección con las subcontratas. Se concretan las fechas en que la Dirección de la Obra ha reclamado infructuosamente a la empresa -hasta 6 veces- la documentación relativa al cumplimiento de la condición especial de ejecución, y se afirma que "la relación mandada como alegaciones al informe de resolución solo es coincidente (en) uno de los obreros" al contrastarla con las justificaciones anteriormente remitidas, que en "gran parte" de los periodos de tiempo contabilizados "la obra ha estado sin personal o con poca actividad" y que "en los TC recibidos (...) solo tres obreros estuvieron en obra", concluyéndose que "se adscriben a la obra obreros que no han estado en ella". Se acompaña amplio reportaje fotográfico revelador del abandono y el defectuoso estado de una obra inconclusa. Asimismo, se adjunta "planing de seguimiento de (la) obra" expresivo de la "baja" actividad hasta septiembre de 2011, apareciendo como "sin actividad" los meses de octubre, noviembre y diciembre del mismo año.

6. Con fecha 27 de enero de 2012, libra informe la Secretaria del Ayuntamiento, proponiendo, a la vista de los antecedentes y las cláusulas 15.5 y 19 del pliego de las administrativas particulares, el inicio del procedimiento de resolución contractual.

Con la misma fecha, la Intervención municipal emite informe en el que se constata la situación de mora y que “no se ha acreditado el cumplimiento de la condición especial de ejecución”.

7. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión celebrada el 27 de enero de 2012, se inicia el procedimiento de resolución del contrato, si bien en él se alude confusamente a “efectuar propuesta de resolución del contrato”. El fundamento radica en el incumplimiento culpable del contratista “en los términos de los artículos 196.4 y 206, apartados e) y g), de la Ley 30/2007”.

En el mismo acuerdo se dispone “dar audiencia de la propuesta” al adjudicatario y a su avalista, así como requerir al Director Facultativo para que informe “si la parte de obra reclamada” por proveedores y subcontratistas de la adjudicataria “se encuentra ya certificada o pendiente de certificar”.

De esta resolución se confiere traslado al Director de la Obra, a la adjudicataria y a la avalista, “dado que se propone la incautación de la garantía definitiva”.

8. Con fecha 30 de enero de 2012, el Interventor municipal, con el visto bueno del Alcalde, emite certificación acreditativa de los pagos realizados y de que el contrato de obra “no ha sido ejecutado en su integridad”.

9. El día 9 de febrero de 2012, emite informe el Arquitecto Jefe de la Oficina Técnica Municipal en el que consta que “existe abandono total de los trabajos desde el pasado mes de octubre”, observándose un “estado de abandono y deterioro progresivo de lo realizado” y estimándose necesarias algunas actuaciones de urgencia (el cierre del hueco del portón, la clausura de las entradas laterales, el desescombro y la limpieza de la obra). Se adjunta un reportaje fotográfico revelador de las deficiencias.

Con fecha 27 de febrero de 2012 tiene entrada en el registro municipal un escrito del Director de la Obra al que se adjunta un informe documentado sobre los impagos a las subcontratas y proveedores y la medida en que la parte de la obra correspondiente a sus servicios o suministros se encuentra ya certificada o pendiente de certificar.

Previo traslado del informe de la Oficina Técnica, el Director de la Obra reitera que la obra está ejecutada en un 80%, quedando el resto pendiente "de ejecución" y no "de definición". Asimismo, manifiesta que considera procedente, por motivos de seguridad, "ordenar a la empresa adjudicataria y subsidiariamente al Ayuntamiento se proceda al cierre del vallado perimetral".

Concedido un plazo a la adjudicataria para el desescombro, retirada del material sobrante, tapado de huecos y cierre del vallado perimetral (hasta el 5 de marzo de 2012), el día 2 de marzo de 2012 tiene entrada en el registro municipal un escrito de alegaciones de la adjudicataria en el que manifiesta su "oposición a la incoación de procedimiento de resolución del contrato", señalando, llanamente, que ninguna de las causas de resolución concurren y remitiéndose a "lo alegado por esta contratista" en el procedimiento incoado para la imposición de penalidades, de lo que adjunta copia. Solicita se le confiera un nuevo trámite de audiencia "una vez se incorpore al expediente el informe solicitado a la Dirección Facultativa".

Constan en el expediente un nuevo informe de la Oficina Técnica Municipal y otro del Director de la Obra en el que se manifiesta que la adjudicataria firmó el 1 de marzo de 2012 el acuse de recibo del requerimiento para el desescombro, tapado de huecos y cierre del vallado y que, girada visita el día 7 del mismo mes, "siguen sin cumplirse las medidas de seguridad reclamadas".

También se incorporan a las actuaciones diversos particulares relativos a la celebración del carnaval en una instalación colindante, dejando constancia la Presidenta de la asociación de vecinos que organizó el evento, mediante escrito presentado en el registro municipal el 14 de marzo de 2012, de que "el

pabellón ferial que actualmente está en construcción (...) está abierto totalmente, sin vallar y sin señales de prohibido el paso a persona ajena a la obra ni nada que indique más que (el) abandono por parte de la empresa”.

10. Tras un informe del Arquitecto Técnico Municipal valorando en 896,66 € “los trabajos imprescindibles para garantizar que se imposibilite el acceso al pabellón de personas ajenas a la obra”, consta en el expediente la certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 15 de marzo de 2012, por el que se acude a la ejecución subsidiaria del cierre del vallado “contra la garantía definitiva depositada por la adjudicataria”, a la que se requiere para que reponga la integridad de dicha garantía.

El referido Acuerdo se comunica al Director de la Obra, a la empresa adjudicataria y a su avalista.

11. Con fecha 17 de marzo de 2012, la contratista presenta en el Registro General del Ayuntamiento de Valdés un escrito en el que reclama al Ayuntamiento “el abono de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro” de las facturas que no se pagaron “dentro de los treinta días siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras”.

Consta la remisión a la adjudicataria, el 28 de marzo de 2012, del informe librado por la Dirección Facultativa el 27 de febrero del mismo año sobre la medida en que la parte de la obra correspondiente a los servicios o suministros que los subcontratistas reclaman al Ayuntamiento se encuentra ya certificada o pendiente de certificar.

12. En sesión celebrada el día 30 de marzo de 2012, según certifica la Secretaria del Ayuntamiento, la Junta de Gobierno Local acuerda solicitar el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, apreciándose el “incumplimiento culpable del contratista” por los motivos que dan lugar a la incoación del expediente.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de abril de 2012, registrado de entrada el día 10 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 para la ampliación del recinto ferial de Otur, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

14. Con posterioridad a la formulación de la consulta, se remite a este Consejo, mediante fax, un escrito del Alcalde en el que se comunica que el procedimiento "se encuentra suspendido desde el 10 de abril de 2012, fecha en la que se formula petición al Consejo Consultivo y hasta el momento en que se emita dicho dictamen". Consta que tal escrito es notificado al contratista el día 24 de ese 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 Valdés, 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 a lo establecido en el 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 que determina 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, consta la delegación a favor de la Junta de Gobierno Local mediante Decreto de la Alcaldía nº 314/2007, de 19 de julio-, 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 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, cabe advertir de las dudas que ofrece la instrucción, toda vez que el Acuerdo de incoación del procedimiento, fechado el 27 de enero de 2012, se pronuncia confusamente en el sentido de "efectuar propuesta de resolución del contrato" a la vista de los informes de la Secretaría y de la Intervención emitidos con idéntica fecha, y el trámite de audiencia -al librarse en virtud del mismo acuerdo de iniciación- es previo a la instrucción del procedimiento, de la que forma parte el informe requerido a la Dirección Facultativa sobre "si la parte de la obra reclamada" por proveedores y subcontratistas de la adjudicataria "se encuentra ya certificada o pendiente de certificar"; informe este cuya remisión a la perjudicada tiene lugar solo dos días antes de la propuesta de resolución, sin que conste tampoco su traslado al avalista, por lo que no han tenido oportunidad de formular alegaciones. Con este proceder podría verse afectada 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, el momento en el que se celebre el trámite de audiencia, cuya finalidad 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, 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 misma. Al respecto, debe tenerse en cuenta 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.

Tampoco cabe, en el supuesto planteado, postergar esa liquidación de daños al amparo de la cláusula 19.1 del pliego de las administrativas particulares ("si a fecha de 31 de diciembre de 2010 las obras no han sido ejecutadas y entregadas a satisfacción de la Administración, o presumiblemente no puedan serlo en dicha fecha como consecuencia del incumplimiento de alguno de los plazos parciales, se procederá a la resolución del contrato, incautándose la garantía definitiva"), toda vez que, sin necesidad de confrontar la operatividad de esta cláusula en el nuevo marco legal, es claro que la resolución propuesta no se funda en ella, sino en el incumplimiento del plazo ampliado, y que la fecha de referencia -31 de diciembre de 2010- queda rebasada con el propio plazo de ejecución previsto en las prescripciones técnicas (6 meses) y con el asumido por el contratista (5 meses).

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", lo que habrá de incluir las consecuencias de una eventual pérdida o retención, en perjuicio del Ayuntamiento de Valdés, de los créditos reconocidos con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

Hemos de reparar también en que el informe presentado por el Director de la Obra en el registro municipal el 27 de febrero de 2012, en relación con el grado de ejecución de las obras relacionadas con los impagos que subcontratistas y proveedores reclaman ahora al Ayuntamiento, es solo un elemento más que ha de tomarse en consideración en la valoración o cuantificación del daño.

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.

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. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE VALDÉS.