

Expediente Núm. 63/2013
Dictamen Núm. 85/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 2 de mayo de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 8 de abril de 2013, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de nuevas tecnologías de vigilancia y control de accesos en varias ubicaciones de Langreo, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Langreo de 8 de abril de 2010, se adjudica el contrato de obras de nuevas tecnologías de vigilancia y control de accesos en varias ubicaciones de Langreo por un importe de 71.178,95 euros -IVA incluido-.

El día 16 de abril de 2010 se formaliza el contrato en documento administrativo, en cuya cláusula segunda se señala que “el plazo de ejecución de

las obras es de tres meses (3), contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, y con un plazo de garantía total de 36 meses”. Consta en el mismo documento que “el adjudicatario ha constituido garantía definitiva para responder del contrato, por importe de 3.068,05 €”.

La comprobación del replanteo tiene lugar el día 23 de abril de 2010 sin formulación de reservas sobre la viabilidad del proyecto, según resulta del acta correspondiente.

2. Obra incorporada al expediente, entre otra, la siguiente documentación: a) Pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir el contrato, en cuya cláusula 1 se establece que aquel “tendrá por objeto la ejecución de la obra `Nuevas tecnologías de vigilancia y control de accesos en varias ubicaciones de Langreo´”. La cláusula 29 del mismo pliego señala que “la resolución del contrato se regirá por lo establecido con carácter general en los artículos 205 a 208 de la Ley de Contratos del Sector Público y específicamente para el contrato de obras en los artículos 220 a 222 de dicha Ley, así como en los artículos 109 a 113 y 172 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. b) Proyecto, Estudio Básico de Seguridad y Salud y proposición de la adjudicataria. c) Escrito que el Secretario General del Ayuntamiento de Langreo dirige a la adjudicataria, el día 13 de diciembre de 2010, comunicándole la aprobación por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 16 de noviembre de 2010, del “modificado al Plan Municipal de Nuevas Tecnologías y Vigilancia y Control de Accesos”, por un “importe total de 13.056,52 euros”. d) Acta de recepción de la obra, suscrita por las partes el día 22 de diciembre de 2010, en la que se hace constar que fue “ejecutada sensiblemente de acuerdo con el proyecto, instrucciones complementarias y teniendo en cuenta todas las prescripciones en vigor, y que se encuentra en condiciones de ser recibida, en consecuencia, con la conformidad de los restantes asistentes, el representante del Ayuntamiento da por recibida la obra, entregándola al uso o servicio correspondiente y comenzando desde esta fecha el plazo de garantía”.

3. El día 22 de octubre de 2012, el Jefe del Servicio de Informática suscribe un informe sobre el “mal funcionamiento del sistema de marcajes de presencia” en el que refiere que el “proyecto se dividía en varias partes, siendo una de ellas el control de presencia de trabajadores municipales. Dentro de este apartado se pretendía instalar una serie de terminales con lector de huella biométrica, en distintos centros municipales, con el fin de establecer un exhaustivo control de tiempo de presencia de los empleados (...). Una vez desglosada la parte correspondiente al sistema de control de presencia, el importe del proyecto destinado al mismo asciende a un total de 13.354,97 € (IVA incluido)./ La fecha de recepción de la obra data del 22-12-2010, con una garantía de 36 meses./ Una vez instalados todos los terminales de presencia y el software de gestión, a partir del 22-12-2010 se llevan a cabo diversos trabajos:/ Durante aproximadamente dos meses a partir de la fecha de recepción de obra se procede a la grabación de la huella dactilar de todos los trabajadores municipales para almacenarla en el sistema./ Una vez finalizada esta grabación se puede comenzar a utilizar de forma continuada este sistema de marcajes. Todos los terminales parecen funcionar correctamente (...). Tras la puesta en marcha inicial es necesario realizar una actualización del software en los terminales con el fin de realizar copias de seguridad de las huellas (...). Esta actualización se realiza siguiendo las indicaciones de la empresa suministradora del producto y funcionando correctamente únicamente en uno de los terminales, mientras que en el resto aparecen diversos problemas (...). En base a estos problemas el Servicio de Informática se pone en contacto con (la adjudicataria) para intentar arreglar los terminales./ Cada vez que se envía un terminal a reparar normalmente la empresa tardaba alrededor de un mes de media en devolverlo (...) y, tras varios meses de gestiones, parece que las actualizaciones se estabilizan y los terminales vuelven a funcionar correctamente./ Una vez estabilizado el sistema aparece un nuevo error, y no es otro que cada vez que un trabajador/a graba una huella en el sistema esta huella no se traspa de forma automática a todos los terminales (...), teniendo que hacerlo de forma

manual, lo cual no es válido desde el punto de vista operativo./ (La contratista) indica (...) la empresa que suministra los terminales (...), por lo que se intenta que dicha empresa nos indique cómo solucionar este problema. Tras múltiples intentos de ponerse en contacto con esta empresa y tras no recibir respuesta alguna a nuestras demandas entendemos que la situación no puede seguir así (...). En la actualidad el software de gestión no funciona correctamente. Ha pasado a modo de prueba y no permite ver los usuarios dados de alta en el sistema ni los marcajes realizados./ Como se puede observar, el sistema nunca ha funcionado correctamente de forma completa desde su instalación inicial, con problemas siempre ajenos al Ayuntamiento de Langreo, y no parece que se vayan a solucionar dado que continuamente aparecen nuevos imprevistos que hacen al sistema inestable./ Desde el Servicio de Informática se entiende que esta situación no se puede prolongar más en el tiempo, por lo que se recomienda ponerse en contacto con la empresa adjudicataria del proyecto y solicitar la devolución del importe de adjudicación del mismo”.

4. Con fecha 26 de noviembre de 2012, el Secretario General del Ayuntamiento de Langreo dirige un escrito a la empresa contratista, notificado el día 28 del mismo mes, en el que pone de manifiesto que “mediante informe de esta fecha del Jefe de Servicios Informáticos, cuya copia se adjunta, se justifica que la parte del suministro correspondiente a control de presencia de trabajadores municipales mediante terminales con lector de huella biométrica no está dando los rendimientos adecuados, ni es preciso que lo logre a la vista de los avatares consignados en dicho informe./ El art. 298.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos reconoce a la Administración (...) la prerrogativa de tratar los bienes dejándolos de cuenta del contratista y quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho en su caso a la recuperación del precio satisfecho./ Siendo pues intención de este Ayuntamiento proceder a la devolución del sistema de control y presencia con devolución de su precio por importe de 13.354,97 euros, de acuerdo con el art. 84 de la Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo se le otorga un plazo de audiencia de seis días a efectos de alegaciones”.

5. El día 4 de diciembre de 2012, se recibe en el registro municipal un escrito, con membrete de la empresa adjudicataria, en el que una persona distinta de la que suscribió en su día el contrato en representación de la misma manifiesta el “desacuerdo” de la empresa en relación con la “intención” municipal de “proceder a la devolución del sistema de control de accesos”. Refiere que en el año 2010 (...) suministró e instaló los terminales de presencia, los cuales funcionaron con normalidad, de acuerdo a lo ofertado, tal y como se indica en el informe adjunto del Jefe de Servicios Informáticos./ Posteriormente se solicitó mejorar el funcionamiento de los mismos, incorporando la posibilidad de realizar una copia de seguridad de las huellas almacenadas en los terminales. En respuesta a esta solicitud (la empresa adjudicataria) envió una oferta el 2-12-2010 para la actualización del firmware de los terminales, la cual no fue aceptada./ Esta modificación fue realizada directamente por el proveedor de los equipos, sin la intervención de (su empresa)./ A raíz de los problemas surgidos con este cambio, (la contratista) ha hecho lo posible por solucionarlos, revisando la instalación y los equipos que daban fallos./ Finalmente, este verano, después de una revisión completa por parte del proveedor (sin que nos haya notificado la existencia de un fallo concreto), parece que la situación se ha estabilizado en cuanto a los bloqueos de los equipos. Igualmente, hemos realizado pruebas de traspaso de huellas de un terminal a otro con un resultado correcto./ En cuanto al problema actual del software de gestión que pasa a modo de prueba, se ha solucionado actualizando la configuración, la cual, según el fabricante, puede haberse perdido por varias causas, cambio de usuario en el login del pc o borrado accidental de los archivos de configuración./ En resumen, los equipos se instalaron correctamente, surgiendo los problemas a raíz de un cambio del firmware de los mismos no realizado por (la adjudicataria)./ A pesar de no haber realizado el cambio, hemos intentado solucionarlo durante todo este tiempo, estando limitados por la dificultad de localizar el fallo y los informes recibidos del proveedor, que indicaban que el equipo funcionaba correctamente y no detectaban ningún fallo en las pruebas realizadas./ No podemos asumir la

devolución, dado que los fallos se deben a una modificación posterior, no realizada por (la contratista), pero nuestra intención es seguir los posibles problemas que puedan volver a surgir hasta la total solución de los mismos, con la intención (de) dar el mejor servicio final que seamos capaces de conseguir”.

6. Con fecha 26 de diciembre de 2012, el Jefe del Servicio de Informática elabora un nuevo informe en el que analiza las alegaciones de la empresa contratista. En él subraya que “en el momento de puesta en marcha del proyecto uno de los puntos fundamentales del mismo era la posibilidad de realizar copias de seguridad de las huellas grabadas en los terminales para su recuperación en caso de desastre”, y que “para realizar esta copia de seguridad era necesario actualizar la versión del firmware de cada uno de los terminales, para lo que se solicita una oferta tanto a (la adjudicataria de la obra) como a la empresa que se encarga de suministrar el software de gestión del sistema”. Según refiere, “para hacer los mismos trabajos de actualización de un firmware oficial para cada terminal la oferta presentada por (la contratista de la obra) es considerablemente superior (el doble)”, por lo que “los trabajos fueron adjudicados a (la otra empresa)”. Señala que “dado que los terminales comenzaron a tener diversos fallos de funcionamiento, y al no ser capaces de determinar los motivos ni (la contratista de la obra) ni (la empresa a la que se había adjudicado la actualización del firmware), todos los terminales instalados actualmente (a excepción del situado en la Casa Consistorial) han sido actualizados a la versión de firmware necesaria para realizar las copias de seguridad directamente por (la contratista de la obra), no por ninguna otra empresa”. Entiende que en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia la contratista “asume el mal funcionamiento de los terminales”, por lo que “se corrobora que no hay ninguna duda y el sistema no funciona como debería, de ahí la insistencia y reiteración por parte del Ayuntamiento de Langreo en solicitar la devolución del importe del proyecto”.

7. Mediante escrito de 23 de enero de 2013, el Secretario General del Ayuntamiento da traslado a la empresa contratista del acuerdo adoptado por unanimidad por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 15 de enero de 2013, de “proceder a la resolución del contrato con devolución de los equipos a la empresa suministradora y del precio al Ayuntamiento”. En el texto del acuerdo se precisa que la resolución del contrato se inicia “por oficio de 26 de noviembre de 2012”.

8. Con fecha 22 de marzo de 2013, el Secretario General comunica a la empresa contratista el acuerdo adoptado el día 5 del mismo mes por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Langreo. En él se razona que “con ocasión del informe del Departamento de Informática en el sentido de que no funcionaba bien el sistema de control de presencia, por acuerdo de la Junta de Gobierno de 15 de enero pasado se había determinado proceder a la resolución del contrato con devolución de los equipos a la empresa suministradora y del precio al Ayuntamiento (...). Por parte de la Jefa de Servicio de Secretaría se ha advertido que la alegación que en su momento había efectuado la suministradora podría entenderse como una muestra de oposición al acuerdo, por lo que, de conformidad con el artículo 249.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, se acuerda retrotraer el expediente y remitirlo al Consejo Consultivo para su preceptivo dictamen, sirviendo lo ya decidido como propuesta de resolución”.

9. En ese estado de tramitación, mediante escrito de 8 de abril de 2013, registrado de entrada el día 15 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de nuevas tecnologías de vigilancia y control de accesos en varias ubicaciones de Langreo, adjuntando a tal fin copia compulsada del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Langreo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- 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 asunto sometido a consulta no consta acreditada la representación de quien, en nombre de la empresa adjudicataria, formula su oposición a la propuesta de resolución contractual realizada por la Administración. 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 sociedad.

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, sin que pueda presumirse aquella. Desconocido el título

con que actúa quien firma en nombre de la adjudicataria la oposición a la resolución contractual, este Consejo no podría pronunciarse 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 municipal ha admitido, sin más, la representación del firmante, podríamos entender que quien suscribe el escrito de alegaciones pudo actuar como “factor notorio”, resultando de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 286 del Código de Comercio, cuyo tenor literal dispone que “Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos”.

A tenor de dicho razonamiento, 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.- En lo que a la calificación del contrato se refiere, pese a que el precepto invocado por la Administración como causa de resolución contractual, esto es, el artículo 298.3 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, equivalente al 274.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), es aplicable únicamente al contrato administrativo de suministro, la que resulta de los documentos obrantes en el expediente es la propia del contrato de obras.

Al margen de la trascendencia que ha de tener su exacta calificación en orden al pronunciamiento sobre el fondo del asunto, basta por ahora con dejar constancia de su condición de contrato administrativo, y de que, atendida la fecha en que fue adjudicado -8 de abril de 2010-, y teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera del TRLCSP, 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 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 dispuesto 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”.

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 de contratación, lo que en este caso no consta, su instrucción se encuentra sometida, por razones temporales, a lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la

regulación de desarrollo, 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 -que en el caso que analizamos han sido reducidos a seis, pese a invocarse el artículo 84 de la LRJPAC, a cuyo tenor para el cumplimiento del trámite de audiencia se concederá a los interesados “un plazo no inferior a diez días ni superior a quince”-; audiencia, en el mismo plazo de diez días, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía -lo que no sucede en este caso-, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria.

Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención, según dispone 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. Finalmente, siempre que se formule oposición del contratista, los artículos citados imponen a la Administración la obligación de solicitar “el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva”.

Ahora bien, nuestro dictamen ha de recabarse en un momento específico, justo antes de la adopción del acuerdo por el órgano competente para resolver, pues una vez resuelto el asunto, la decisión pondrá fin a la vía administrativa y será directamente ejecutiva, tal y como establecen los artículos 195.4 de la LCSP y 114.3 del TRRL.

En el caso que nos ocupa, resulta de los documentos obrantes en el expediente que analizamos que, con carácter previo a la solicitud de nuestro dictamen, la posición de la Administración sobre la resolución del contrato fue fijada con carácter definitivo por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 15 de enero de 2013, acordándose “por unanimidad proceder a la resolución del contrato con devolución de los equipos a la empresa suministradora y del precio al Ayuntamiento”. No obstante, cabe entender con la Administración consultante que tal acto ha sido revocado por otro posterior del

mismo órgano, adoptado el día 5 de marzo de 2013, en el que se dispone que sirva "lo ya decidido como propuesta de resolución"; en tanto que el primero de ellos resulta desfavorable para el contratista, puede dejarse sin efecto al amparo de lo establecido en el artículo 105.1 de la LRJPAC.

Seguidamente hemos de detenernos en el examen del requisito temporal al que está sujeto el procedimiento de resolución contractual en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.3 de la LRJPAC y en los efectos que se producen en el supuesto de incumplimiento de dicho plazo, conforme a lo establecido en el artículo 44.2 del mismo texto.

A propósito de la posible caducidad de los procedimientos de resolución contractual por transcurso del plazo máximo de resolución y notificación, este Consejo Consultivo manifestó en sus primeros dictámenes un criterio contrario a la aplicación supletoria de la LRJPAC en esta materia. Con posterioridad, la cuestión ha sido resuelta mediante pronunciamientos reiterados del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 9 de septiembre de 2009 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª-, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina) favorables a su aplicación.

En consecuencia, en acatamiento de esta jurisprudencia y en respeto al principio de seguridad jurídica, procede declarar la caducidad del procedimiento sometido a nuestro dictamen, pues en el momento en que se solicita el mismo ha transcurrido ya el plazo de tres meses desde su incoación, toda vez que a efectos del cómputo de dicho plazo, y a falta de resolución de inicio adoptada por el órgano competente, aquel ha de tenerse por incoado el "26 de noviembre de 2012", según se indica en el texto del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 15 de enero de 2013.

Todo ello sin perjuicio de que pueda la Administración consultante valorar la iniciación de un nuevo procedimiento resolutorio en el que, con conservación y expresa incorporación de los antecedentes y trámites de aquel que puedan mantenerse por persistir -y así declararse- su vigencia fáctica y jurídica, quede constancia de la situación de incumplimiento a la fecha en que se instruya, y en el que, previa la oportuna audiencia al interesado y formulada nueva propuesta

de resolución, se recabe dictamen de este Consejo, valorando entonces la posibilidad de interrumpir, con motivo de tal solicitud, el transcurso del plazo máximo para resolver y notificar, de acuerdo con lo señalado en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la caducidad del presente procedimiento de resolución del contrato de obras de nuevas tecnologías de vigilancia y control de accesos en varias ubicaciones de Langreo, adjudicado a la empresa `X´.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE LANGREO.