

Expediente Núm. 98/2015
Dictamen Núm. 113/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José 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 12 de junio de 2015, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Presidencia de 22 de mayo de 2015 -registrada de entrada el día 26 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de construcción de un punto limpio en Ribadedeva, adjudicado a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias de 31 de marzo de 2014, se adjudica el contrato de obras de construcción de un punto limpio en Ribadedeva por un precio de 349.544,56 € euros -IVA excluido-.

El día 28 de abril del mismo año se formaliza el contrato en documento administrativo, en cuya cláusula primera se establece que el contratista “se compromete a la ejecución de las obras de construcción (de) un punto limpio en Llavandes, en el municipio de Ribadedeva, en las condiciones detalladas en su oferta, con arreglo al proyecto técnico y al pliego de cláusulas administrativas particulares que figuran en el expediente; documentos contractuales que acepta incondicionalmente y sin reserva alguna”.

Según determina la cláusula tercera del contrato, “el plazo de ejecución es de seis meses, contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, que se realizará el próximo día veintiséis de mayo de dos mil catorce”.

En el antecedente 4 del contrato se señala que “el adjudicatario ha presentado toda la documentación requerida con fecha 9 de abril de 2014. Entre dicha documentación se halla la constitución, con fecha 7 de abril de 2014, de aval, en concepto de garantía definitiva (...), por importe de 34.954,46 euros, que no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato o resuelto este sin culpa del contratista”.

2. Obra incorporado al expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación. Es objeto del contrato, a tenor de la cláusula 1.^a de este pliego, “la ejecución de las obras de construcción de un punto limpio en el municipio de Ribadedeva, en la localidad de Llavandes”. La cláusula 8.^a dispone que “el plazo máximo de ejecución de la obra será de seis meses, a contar desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo (...). El plazo contractual solo será prorrogable cuando concurren las circunstancias y requisitos exigidos por la legislación vigente”. En la cláusula 14.^a se enumeran los “derechos y obligaciones específicas de las partes”, y se precisa que se exigirán “además de las obligaciones generales derivadas del régimen jurídico del presente contrato”.

Según la cláusula 39.^a, “el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias la totalidad de su objeto”. Por último, la cláusula 44.^a establece que “el incumplimiento por el contratista de cualquiera de las obligaciones establecidas con carácter preceptivo en el presente pliego podrá ser causa de resolución del contrato./ Serán además causas de resolución del contrato las señaladas en los artículos 223 y 237 del TRLCSP./ Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar al Consorcio 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./ 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”.

3. La Comisión Delegada del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias, en sesión celebrada el 23 de febrero de 2015, acordó “una ampliación en el plazo de ejecución” de las obras “de tres meses y medio”.

4. La Directora de las Obras del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias suscribe, el 1 de abril de 2015, un informe en el que señala que “las obras (...) disponían de un plazo de ejecución de 6 meses (...). Se iniciaron conforme al acta de replanteo firmada por ambas partes el 26 de mayo de 2014, por lo que deberían finalizar el 26 de noviembre de 2014”. Expone que diversas circunstancias “justificaron una ampliación del plazo de ejecución de tres meses y medio, concedido en la reunión de la Comisión Delegada de fecha 23 de febrero de 2015. Con dicha ampliación el plazo total de ejecución de la obra se cumplía el 13 de marzo de 2015./ A fecha 13 de marzo la obra estaba

ejecutada (...) únicamente en un 61%, existiendo importantes partidas sin ejecutar y no habiendo entregado el contratista plan de obra para la finalización de las unidades pendientes”.

Manifiesta que “desde el inicio de las obras el ritmo de ejecución de las mismas ha sido considerado por esta Dirección como irregular (...). Esta circunstancia es fácilmente comprobable si analizamos el presupuesto de obra a ejecutar mensualmente conforme (al) *planning* de ejecución de obras del proyecto (...) comparativamente con las certificaciones mensuales abonadas conforme a la obra realmente ejecutada (...). Especialmente en los últimos dos meses, febrero y marzo, que coincidían con el plazo de finalización de la obra, la actividad (...) ha sido muy baja o nula, siendo mínima la presencia de personal y medios en la obra, la cual ha estado en varias ocasiones totalmente cerrada, habiendo existido actividad únicamente sobre 3 ó 4 partidas, las cuales todavía no han sido finalizadas”.

Explica que, “dadas las circunstancias del desarrollo de la obra, en el último mes se ha realizado un control diario de personal y unidades en ejecución”. Adjunta un “cuadro resumen” de los datos obtenidos e indica que “en los 22 días laborables, 12 días la obra ha estado cerrada (...), el resto de los días el personal presente en la obra ha sido como máximo de 3 personas incluyendo al encargado y únicamente se han realizado trabajos de construcción de escalera, remates enfoscado del edificio y en pozos y arquetas e inicio de ejecución del cierre perimetral”. Concluye que “los datos de ejecución de obra (...) reflejan la inactividad de la misma en los últimos meses” y, unido “a la falta de explicación o propuestas por parte del contratista para la resolución de los problemas, ponen de manifiesto las dificultades existentes para la finalización de las obras previstas en la ejecución del punto limpio de Ribadedeva en un periodo razonable y con una mínima calidad de ejecución y garantía de cumplimiento de normas de seguridad”. Recomienda “optar (...) por la resolución del contrato frente a la imposición de las penalidades diarias, ya

que la segunda opción no garantiza que el contratista tenga capacidad para la finalización de las obras en tiempo y forma”.

5. El día 8 de abril de 2015, el Gerente del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias propone “iniciar expediente de resolución del contrato de obras para la construcción del punto limpio de Ribadedeva por la demora producida en la ejecución del plazo total previsto (...), el cual debería haber finalizado el pasado día 13 de marzo de 2015”, y “otorgar el trámite de audiencia al contratista (...) poniéndole de manifiesto el expediente, pudiendo este en el plazo de quince días alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes”. Consta practicada la notificación al interesado el día 22 del mismo mes.

6. Con fecha 11 de mayo de 2015, el contratista presenta un escrito en el registro del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias en el que manifiesta que la obra “está prácticamente finalizada, siendo la obra subcontratada la que genera un retraso mayor debido al incumplimiento sistemático por parte de las empresas subcontratadas” que “no han sido capaces de cumplir sus acuerdos (...), lo que nos ha obligado a iniciar negociaciones con otras empresas para la ejecución de las partidas que faltan”. Añade que “debido a la grave crisis” la contratación de “una nueva empresa que asumiera la ejecución de dichas partidas se ha visto ralentizada (...); no obstante, a día de hoy dichas contrataciones están muy avanzadas, lo que nos permite afirmar que en el plazo de dos meses a contar desde la fecha de este escrito nos comprometemos a tener finalizado el contrato de obras”. Solicita “una nueva ampliación de plazo de dos meses a contar desde la fecha de este escrito, que nos permita finalizar el contrato de obras que vincula a ambas partes”.

7. El Secretario del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias emite, el 18 de mayo de 2015, un informe en el que recuerda que “tanto el pliego de cláusulas administrativas particulares en su cláusula 8.ª como el propio contrato en su cláusula tercera prevén (...) un plazo de ejecución total de seis meses contados desde el siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo”, que “tuvo lugar el día veintiséis de mayo de dos mil catorce, comenzando el plazo (...) el día veintisiete de mayo de dos mil catorce”. Añade que “durante la ejecución de las obras fue aprobada hasta la fecha una petición de ampliación del plazo de ejecución, por causas no imputables al contratista, de tres meses y medio, finalizando pues la ejecución de las obras citadas el trece de marzo de dos mil quince”.

Subraya que el informe emitido por la Directora de las Obras pone de manifiesto “la inactividad existente” y “las dificultades existentes para la finalización de las obras en un periodo razonable”, y advierte que “de dicho informe no se desprende la exigencia de indemnización alguna por daños y perjuicios”.

En relación con las “causas de oposición esgrimidas por el adjudicatario en trámite de alegaciones, acerca de achacar la demora al incumplimiento sistemático de los plazos por parte de ciertos subcontratistas”, considera que “no desvirtúan que dicha demora sea tan solo imputable al contratista, destacando a este respecto que el artículo 277.4 del TRLCSP señala que los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración”.

Concluye que “previo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias procede resolver el contrato (...), al haber finalizado el plazo para su ejecución el pasado trece de marzo de dos mil quince por causas tan solo imputables al contratista”.

8. El día 21 de mayo de 2015, el Gerente del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias formula propuesta de resolución en la que señala que “ha concluido el plazo para la finalización” de las obras y que “las razones de oposición esgrimidas por el contratista no disminuyen su responsabilidad en la demora de su ejecución, dado que las relaciones entre él y sus subcontratistas no afectan a este Consorcio (...) y que tales motivos son el único argumento empleado en su escrito de oposición”.

Propone “la resolución del contrato con la empresa (contratista) para la construcción del punto limpio de Ribadedeva” y “notificar el presente acuerdo (al contratista) con indicación del régimen de recursos”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de mayo de 2015, esa Presidencia solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de construcción de un punto limpio en Ribadedeva, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Presidencia del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias, 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, que disponen que “Podrán solicitar dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias: (...) Los titulares de

las Presidencias de las entidades locales en los supuestos en que preceptivamente vengan establecidos por la legislación a la que hayan de sujetarse". En este sentido, y en lo que se refiere a la naturaleza jurídica del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias, no desconoce este Consejo las novedades introducidas por la disposición final segunda de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que modifica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para incluir una nueva disposición adicional vigésima relativa al régimen jurídico de los consorcios. En cualquier caso, y a los solos efectos de delimitar nuestra intervención en la emisión de este dictamen, debemos señalar que no consta la adopción de acuerdo alguno de adscripción en los términos de lo establecido en la disposición citada. Igualmente, los estatutos del Consorcio para la Gestión de los Residuos Sólidos en Asturias determinan, en su artículo 1.º, que la constitución del Consorcio se realiza "conforme a las previsiones contenidas en la vigente legislación de régimen local", sin que tampoco conste la modificación de aquellos en este aspecto. Por tanto, este Consejo considera que actualmente se mantienen los criterios para intervenir a solicitud de la Presidencia del Consorcio, del mismo modo que manifestamos en nuestros Dictámenes Núm. 113/2006 y 242/2012.

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 ahora examinado existe oposición del contratista, que, por el contrario, solicita "una nueva ampliación de plazo de dos meses a contar desde la fecha de este escrito, que nos permita finalizar el contrato de obras que vincula a ambas partes".

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

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -31 de marzo de 2014-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 del TRLCSP, 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 210 del TRLCSP, 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 señalados en la Ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 211 y el apartado 1 del artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo contenida 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; 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. Además, considerando que se trata de una entidad local, según dispone el artículo 114 del TRRL, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención. 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 no da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados. No se observa la emisión de informe de Intervención y tampoco se concede trámite de audiencia al avalista. A pesar de que no consta en el expediente el documento acreditativo de la fianza definitiva constituida por el adjudicatario, en el antecedente 4 del contrato suscrito se recoge que aquel "ha presentado toda la documentación requerida con fecha 9 de abril de 2014. Entre dicha documentación se halla la constitución, con fecha 7 de abril de 2014, de aval, en concepto de garantía definitiva (...) por importe de 34.954,46 euros", lo que pone de manifiesto que existe un avalista, aunque la identificación de este nos resulte desconocida. La falta de audiencia podría justificarse en el hecho de que la propuesta de resolución formulada no contempla la incautación de la garantía definitiva; sin embargo, el apartado 4 del artículo 225 del TRLCSP señala 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", y en los mismos términos se expresa la cláusula 44.^a del pliego de las administrativas particulares. Tal y como disponen

el apartado 3 del artículo citado y la referida cláusula 44.^a, 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”. En este sentido, el informe emitido por el Secretario del Consorcio el 18 de mayo de 2015 hace constar que del informe suscrito por la Directora Facultativa de las Obras el día 1 del mes anterior “no se desprende la exigencia de indemnización alguna por daños y perjuicios”. Este Consejo no cuestiona la existencia o no de daños, pero sí considera que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 225.4 del TRLCSP, la propuesta de resolución deberá pronunciarse expresamente sobre tal aspecto y sobre la innecesariedad, en su caso, de incautación o pérdida de la garantía definitiva presentada por el adjudicatario.

Por otra parte, en el escrito de alegaciones presentado durante el trámite audiencia el contratista, tras mostrar su oposición a la resolución contractual, solicita “una nueva ampliación de plazo de dos meses a contar desde la fecha de este escrito, que nos permita finalizar el contrato de obras”. La propuesta de resolución suscrita por el Gerente del Consorcio no contiene respuesta alguna a esta petición, por lo que, si bien la formulación de una propuesta de resolución del contrato parece excluir aquella posibilidad, estimamos que tal cuestión merece un pronunciamiento expreso y motivado que justifique, en su caso, la imposibilidad de su asunción por parte de la Administración.

En el asunto examinado, la falta de un informe emitido por el Servicio de Intervención, la ausencia de pronunciamiento expreso sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía definitiva previamente constituida y la falta de manifestación sobre la petición del contratista de ampliación del plazo de ejecución impiden dictar una resolución que ponga fin al procedimiento, debiendo retrotraerse el mismo al objeto de incorporar los

informes y pronunciamientos señalados, y una vez realizadas, en su caso, las actuaciones que se deriven de ellos, habrá de recabarse nuevamente de este Consejo el preceptivo dictamen.

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 expuesto en el cuerpo del presente dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. PRESIDENTA DEL CONSORCIO PARA LA GESTIÓN DE RESIDUOS
SÓLIDOS EN ASTURIAS.