

Expediente Núm. 181/2015
Dictamen Núm. 184/2015

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 22 de octubre de 2015, 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 esa Presidencia de 7 de octubre de 2015 -registrada de entrada el día 13 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras para la construcción de una estación de transferencia con punto limpio y vestuarios.

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 19 de septiembre de 2013, se adjudica el contrato de obras para la construcción de una estación de transferencia con punto limpio en el polígono industrial de Guadamía, en el municipio de Ribadesella, a la empresa, por un precio de 664.926,46 € euros -IVA excluido-.

El día 11 de octubre de 2013 el contrato se formaliza en documento administrativo. En su cláusula primera se establece que el contratista "se compromete a la ejecución de las obras de construcción de una estación de transferencia con punto limpio en el polígono industrial de Guadamía, en el municipio de Ribadesella, (incluidos vestuarios previstos en la adenda al proyecto) en las condiciones detalladas en su oferta, con arreglo al proyecto técnico y adenda al mismo, referida a la construcción de vestuarios, 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 diez meses, contados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo, que se realizará el próximo día 4 de noviembre de 2013".

En el antecedente 4 del contrato se señala que "el adjudicatario ha presentado toda la documentación requerida con fecha 1 de agosto de 2013. Entre dicha documentación se halla la constitución, con fecha 30 de julio de 2013, de aval, en concepto de garantía definitiva (incluyendo la garantía complementaria del 5%), por importe de 66.492,65 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 una estación de transferencia con punto limpio en el municipio de Ribadesella, en el polígono industrial de Guadamía”. La cláusula 8.^a dispone que “el plazo máximo de ejecución de la obra será de diez 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”. 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”. Por último, la cláusula 45.^a señala que, “sin perjuicio de la resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista en los casos que legalmente proceda, la Comisión Delegada podrá imponer sanciones por cada día de demora en el plazo de finalización de las obras y en los plazos parciales por cuantía de 0,20 euros por cada 1.000 euros

del precio del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 212 del TRLCSP y 99 del RGLCAP”.

3. Entre la documentación remitida, consta una copia del aval bancario concedido por una entidad financiera al contratista para la ejecución de las obras de “construcción de una estación de transferencia con punto limpio en el polígono industrial de Guadamía”, por importe de 66.492,65 €.

4. La Comisión Delegada del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias, en sesión celebrada el 10 de octubre de 2014, acordó “acceder a la ampliación de plazo solicitada por la empresa (contratista), finalizando por tanto el plazo de ejecución de las obras citadas el próximo 30 de octubre de 2014”.

5. Con fecha 19 de enero de 2015, la Directora Facultativa de las Obras suscribe un informe en el que señala que el 30 de octubre de 2014 “la obra se encontraba pendiente de trabajos de firmes, edificio, marquesina, urbanización y jardinería”. Explica que el 20 de noviembre del mismo año realiza una visita a la obra donde comprueba la solución de dos problemas que habían sido previamente detectados y “el avance de otras medidas de menor importancia”. Precisa que “durante todo el mes de diciembre, bien por causas meteorológicas, bien por organización de descansos de los trabajadores o por otras causas no justificadas, la actividad de la obra se redujo a la realización de mínimas labores de remate, no ejecutándose la partida correspondiente a firmes bituminosos”. Añade que, “iniciado el mes de enero, la empresa (...) informa de dificultades para la contratación de la ejecución de aglomerado (...). A día 19, y aunque las condiciones meteorológicas desde el jueves día 15 no permiten la ejecución de los trabajos de aglomerado, (la empresa contratista) no ha iniciado el aglomerado ni ha comunicado la previsión para su ejecución, quedando otras partidas pendientes para la finalización de la obra”.

Entiende que las obras se encuentran retrasadas respecto al plazo de ejecución previsto "sin existir ninguna razón ajena al contratista que lo justifique", por lo que debería "considerarse el inicio del expediente de imposición de penalidades".

6. En sesión celebrada el 23 de febrero de 2015, la Comisión Delegada del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias acuerda "iniciar expediente para la imposición de penalidades al contratista (...) por la demora producida en la ejecución del plazo total previsto para la ejecución de las obras de construcción de la estación de transferencia con punto limpio en Ribadesella, cuyas prestaciones deberían haber finalizado el día 30 de octubre de 2014" y aún se encuentran sin terminar.

7. El día 30 de marzo de 2015, un representante de la empresa contratista presenta en el registro del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias un escrito en el que expone las causas por las que se ha producido "un retraso en la entrega de la obra", y solicita el archivo del "expediente de imposición de penalidades". Explica que "debido a la grave crisis económica (...) ha resultado necesario (...) la renegociación de las formas de pago inicialmente acordadas./ Dicha renegociación resultaba, en muchos casos, perjudicial para la empresa que represento, pues las condiciones de contratación de partidas importantes como el extendido de MBC requerían el pago garantizado o por adelantado, que la situación económica actual de la empresa no podía asumir (...). Por otra parte, nos hemos encontrado con el incumplimiento por parte de nuestros instaladores de los plazos contratados, y en algún caso abandono de la obra, lo que nos ha supuesto volver a contratar los servicios de un nuevo instalador para finalizar la instalación, caso de la fontanería y calefacción". Añade que "la climatología de los meses de noviembre a febrero ha influido negativamente en la ejecución de las pruebas de compactación y densidad de

la zavorra, así como el extendido de la MBC, lo que nos ha demorado la ejecución de las partidas en los meses de invierno”.

8. Con fecha 6 de abril de 2015, la Directora Facultativa de las Obras informa que “las dos primeras razones esgrimidas” por la adjudicataria hacen referencia a “circunstancias que deben ser solucionadas por el contratista dentro de sus obligaciones contractuales”, y considera que la climatología, aunque “no ha sido la más adecuada”, no justifica el retraso, puesto que “existen unidades de obra que no están afectadas por las lluvias y que no han sido ejecutadas”. Además explica que, “si bien la ejecución del aglomerado se vio retrasada por las lluvias, existieron periodos de buen tiempo durante los cuales no se iniciaron los trabajos”.

9. El día 8 de abril de 2015, el Secretario y la Interventora del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias suscriben un informe conjunto en el que concluyen que “procede resolver el expediente de imposición de penalidades iniciado (...) e imponer las penalidades que resulten conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares, por la demora en la ejecución del plazo total para la construcción por causas imputables al adjudicatario”.

10. Previa propuesta formulada por el Gerente del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias el 8 de abril de 2015, la Comisión Delegada del citado Consorcio acordó, el día 14 del mismo mes, “imponer penalidades a la empresa (contratista) por la demora a fecha 8 de abril de 2015 en el plazo total de finalización del contrato (...) por causas a ella imputables de ciento sesenta días, por cuantía de 21.277,60 euros, a razón de 132,985 euros de penalidad diaria, al aplicar la fórmula de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, el cual es de 664.926,46 euros (IVA excluido)”, e “imponer a la empresa citada a partir del día 8 de abril de 2015 y hasta la finalización de las obras una penalidad diaria de 132,985 euros”, precisando que “las penalidades

acordadas se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones”.

11. Con fecha 1 de julio de 2015, el Gerente del órgano consultante remite a la empresa contratista un escrito en el que le comunica que “se han detectado por parte de la Dirección Facultativa (...) y el Coordinador de Seguridad y Salud el incumplimiento de ciertas normas de carácter obligatorio, así como la contravención de órdenes de la Dirección”, por lo que le recuerda “su obligación inexcusable de proceder al cumplimiento de las órdenes de la Dirección” y de las normas de ejecución que adjunta. Además, le “ordena” la “inmediata retirada y traslado a vertedero de residuos” del “sobrante de tierras almacenadas en el solar anexo” a las obras de construcción, advirtiéndole que en caso de que “dicha actuación no se lleve a cabo a lo largo de los próximos 15 días” el Consorcio “realizará dicha tarea directamente, siendo su coste descontado de las próximas certificaciones, o si no fuera posible con cargo a la garantía definitiva”.

12. El día 14 de agosto de 2015, el Secretario y la Interventora del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos en Asturias emiten un informe conjunto en el que indican que “con fecha 8 de julio de 2015 la cuantía de las penalidades acordadas ha superado el 5% del precio del contrato, cuyo importe asciende a la cantidad de 33.246,32 euros”, y que “a esta fecha no ha finalizado la ejecución de las obras”.

Consideran, conforme a lo previsto en el artículo 212.5 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que, “dado que las penalidades impuestas al contratista han alcanzado el múltiplo previsto en ese

precepto, el órgano de contratación está facultado para acordar la resolución del contrato o acordar su continuidad con imposición de nuevas penalidades”.

13. La Directora Facultativa de las Obras señala, el 7 de septiembre de 2015, que “desde el mes de diciembre de 2014” se reduce la actividad de la obra “de forma importante, debido fundamentalmente a la imposibilidad del contratista principal de contratar a las empresas especializadas (...), así como a problemas para la compra de materiales y otros suministros”, por lo que se procedió a la imposición de penalidades diarias “con el fin de conseguir la finalización del trabajo”.

Entiende que “se puede considerar que la obra en los últimos meses ha estado cerrada, realizándose puntualmente trabajos menores (...). Así mismo y durante este periodo la empresa ha incumplido las órdenes de la Dirección en varias ocasiones, tanto en aspectos de seguridad (...) como en ejecución de trabajos”. Adjunta una tabla “resumen de las certificaciones de obra ejecutada” en la que se observa que en febrero de 2015 se ejecutó un 5,55% de la obra, reduciéndose este porcentaje durante los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2015 al 0,12%, 0,24%, 0,69%, 0,04%, 0% y 0%, respectivamente. De esta forma, en febrero de 2015 se encontraba pendiente de ejecutar un 9,11% de la obra, mientras que en agosto del mismo año el porcentaje pendiente de ejecución supone un 8,02%.

Explica que el “extendido de material sobrante de la excavación en la parcela anexa”, propiedad del Consorcio, se realizó “en contra de las órdenes de la Dirección, y además de tierras se procedió al enterramiento de parte de los residuos generados en la obra, haciéndose necesario a fecha de hoy la retirada de dichos materiales y su depósito en vertedero”. Añade que “la falta de personal en la estación también ha generado la degradación de algunos elementos, como son la jardinería (...) o (...) las estructuras metálicas”. Indica que “tampoco se dispone de la información técnica, ni de los certificados de instalación, necesarios para la tramitación de los suministros de energía

eléctrica, ni de la documentación técnica para uso y mantenimiento de los equipos instalados”.

Propone que “se proceda la resolución del contrato, que acumula más de 9 meses de retraso sobre un total aprobado de 12 meses”.

A continuación, aclara que “el estado actual de las obras” hace necesario que el Consorcio “asuma los costes derivados de la reposición, reparación y ejecución de determinados trabajos que o bien no se han ejecutado, o se han deteriorado en este periodo”. Manifiesta que “los trabajos previstos serán al menos:./ Realización de la retirada y gestión en vertedero de las tierras excedentes de la obra./ Pequeñas reparaciones de elementos metálicos y otros suministros no conformes./ Obtención de proyectos técnicos y certificaciones de calidad de las instalaciones”. Cuantifica los costes relativos a la gestión de tierras sobrantes en 38.117,82 €, pero no realiza ninguna valoración económica sobre los otros dos trabajos pendientes. Considera que debe solicitarse a la empresa contratista “una indemnización que permita compensar los daños generados por la paralización de la obra y la ejecución de los trabajos contrarios a esta Dirección”.

14. El día 10 de septiembre de 2015, el Gerente del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos en Asturias acuerda “iniciar expediente de resolución del contrato de obras para la construcción de la estación de transferencia con punto limpio en Ribadesella por la demora producida en la ejecución del plazo total previsto para su ejecución, el cual debería haber finalizado el pasado día 30 de octubre de 2014, y para cuya finalización se habían acordado anteriormente la imposición de penalidades diarias, habiendo superado estas en la actualidad el 5% del precio del contrato. Obras que a esta fecha aún no han finalizado”. Asimismo, acuerda “otorgar (...) trámite de audiencia al contratista” y al “avalista de aquel”, al “estar previsto la exigencia de indemnización por daños y perjuicios (...) como consecuencia de los costes de reposición, reparación y ejecución de determinados trabajos que, o bien no

se han ejecutado, o se han deteriorado en este periodo, y con un coste estimado provisional a esta fecha de 38.117,82 euros (con independencia de otras cantidades a deducir por la imposición de penalidades ya acordadas y aún no deducidas por cuantía de 24.494,27 euros), y con ello la incautación de la garantía constituida”.

En la parte expositiva de la resolución se recoge que el “coste estimado provisional de 38.117,12 euros” corresponde a los siguientes conceptos: “realización de la retirada y gestión en vertedero de las tierras excedentes de la obra”; “pequeñas reparaciones de elementos metálicos y otros suministros” y “obtención de proyectos técnicos y certificaciones de calidad de las instalaciones”.

15. Practicadas las correspondientes notificaciones al contratista y al avalista el 11 de septiembre de 2015, este último no formula alegaciones. El primero solicita, a través de un escrito presentado en el registro del órgano consultante con fecha 22 del mismo mes, que “se acuerde dejar sin efecto el expediente de resolución incoado, procediendo a tramitar tanto los precios contradictorios aprobados por la Dirección de Obra, como a contestar respecto de aquellos otros informados en su día y cuya contestación es necesaria para poder continuar la obra normalmente”.

Explica que ha presentado un “numeroso listado de precios contradictorios” que no han sido objeto de “tramitación administrativa, salvo los correos electrónicos con la aceptación de los mismos, y en consecuencia, sin que los mismos aparezcan reflejados en las certificaciones en su día emitidas; hecho absolutamente inusual que vulnera abiertamente el TRLCSP y perjudica de manera ostensible los derechos” del contratista. Refiere que se trata de “41 precios contradictorios (...), de los cuales al menos 21 han sido aprobados expresamente por la Dirección de Obra, y cuyo importe aproximado asciende en ejecución material a 70.605,14 €”.

Por otra parte, considera que "no se acredita de manera alguna, y en cualquier caso resulta excesiva la cantidad calculada (...), en concepto de indemnización por los supuestos daños y perjuicios ocasionados". Afirmar que "a fecha de hoy solo quedan por ejecutar (...) partidas (...) cuyo precio de ejecución por contrata asciende a 18.578,23 €. A este importe habría que añadir el precio contradictorio n.º 41 (...), cuyo importe en E. material asciende a 5.034,39 €". Entiende que "la posible obra pendiente de ejecutar a la fecha de incoación del expediente de resolución no puede calificarse de daño o perjuicio (...). Es evidente que si (el contratista) tuviese que abonar en concepto de indemnización la obra pendiente (de) ejecutar a la resolución del contrato habría un evidente enriquecimiento injusto, pues con esa cantidad se abonaría la ejecución de la obra a un tercero, y a la Administración nada le hubiese costado".

Adjunta un listado de las "unidades pendientes de ejecución" en el que identifica aquellas como las relativas a las partidas correspondientes a "carpintería, cerrajería y vidrios", "instalaciones" y "varios" del capítulo del proyecto de obras relativo al "edificio control"; "movimiento de tierras", "jardinería, zonas verdes" e "instalaciones" del capítulo del proyecto titulado "urbanización" y, por último, las partidas relativas a "carpintería, cerrajería y vidrios" y "varios" del capítulo dedicado al "edificio control" en la adenda al proyecto.

Asimismo, acompaña un "listado de precios contradictorios" integrado por cuarenta y una fichas de "creación/modificación" de unidades de obra, sin firma, y con fechas comprendidas entre el 14 de abril de 2014 y el 4 de mayo de 2015.

16. Con fecha 24 de septiembre de 2015, la Directora Facultativa de las Obras emite un informe sobre el escrito presentado por el contratista. En él señala que el "valor calculado de la indemnización solicitada (...) ha sido obtenido aplicando los precios de mercado y tarifas que el Consorcio, a través de su

empresa instrumental COGERSA SAU, tiene para la realización de las tareas pendientes valoradas en dicho momento”, y no aplicando “precios de proyecto, como se indica en la alegación presentada”. Explica que los importes calculados son “los verdaderos precios que tendría que asumir COGERSA para la realización de los trabajos principales”. Añade que desde el momento en el que se realizó la valoración “se han constatado más daños, como la caída de las placas solares del edificio, y suponemos que el deterioro continúa”.

En relación a los “precios contradictorios presentados por la empresa”, afirma que “es totalmente falso que sea necesaria la contestación por parte de esta Dirección a ninguno de ellos para la finalización de la obra, ya que todas las partidas pendientes de ejecutar o finalizar son perfectamente conocidas y definidas, siendo la realidad de la obra la ausencia total de personal y proveedores en la misma debido a los problemas económicos que atraviesa la empresa desde principios de año, y que, tal y como refleja el informe de esta Dirección de fecha 7 de septiembre, hace que esté pendiente de ejecutar menos del 9% de obra desde hace más de 6 meses”.

17. El día 5 de octubre de 2015, la Interventora y el Secretario del Consorcio consultante suscriben un informe conjunto en el que explican, respecto a las penalidades impuestas por acuerdo de la Comisión Delegada de 14 de abril de 2014, que “con fecha 8 de julio de 2015 han llegado al múltiplo del 5% del precio del contrato, por lo que resulta necesario que el órgano de contratación se pronuncie sobre la resolución del contrato o sobre su continuidad con imposición de nuevas penalidades”. Señalan que las causas de oposición esgrimidas por el contratista tras la incoación del expediente de resolución contractual “acerca de achacar la demora a la necesidad de tramitar precios contradictorios (...) carecen de fundamento”, puesto que, “según informe de la Dirección no es cierto que sea necesario contestar precio alguno para finalizar las obras, ya que todas las partidas pendientes de ejecutar o finalizar son perfectamente conocidas y están definidas, siendo la verdadera causa de la

demora (...) la ausencia total de personal y proveedores en la obra por los problemas económicos que atraviesa la empresa”. Consideran que esta “argumentación de la Dirección (...) se ve reforzada por el hecho de que en las alegaciones efectuadas por el contratista, en trámite de audiencia con ocasión del expediente de imposición de penalidades, nada se argumentaba en fecha 30 de marzo de 2015 sobre la necesidad de fijar precio contradictorio alguno para poder continuar con su ejercicio, y tampoco ha sido presentado en todos estos meses escrito alguno poniendo de manifiesto tal eventualidad”.

En cuanto “a las alegaciones vertidas sobre el importe de la indemnización por la retirada, traslado y gestión en el vertedero de las tierras y residuos depositados en parcela anexa a la instalación en contra de las indicaciones de la Dirección Facultativa”, se ha emitido un informe por parte de esta “en el que rechaza las alegaciones efectuadas (...) y estima el coste de esos trabajos en la cantidad recogida en la resolución de la Gerencia que ha dado inicio a este expediente de resolución”.

Concluyen que “procede resolver el contrato de obras” suscrito y que “dicha resolución podrá acordar la incautación o pérdida de la garantía y deberá pronunciarse expresamente sobre tal extremo, pudiendo englobar el valor estimado de las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de los costes de reposición, reparación y ejecución de determinados trabajos efectuados que, o bien no se han ejecutado, o se han deteriorado en este periodo, y las penalidades impuestas y aún no satisfechas”.

18. Con la misma fecha, el Gerente del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias formula propuesta de resolución en la que explica que “con fecha 30 de octubre de 2014 ha concluido el plazo para finalización” de las obras, y que “las razones de oposición esgrimidas por el contratista no disminuyen su responsabilidad en la demora en la total ejecución de la obra (...), siendo la verdadera causa de la demora (más de once meses a esta fecha) la ausencia total de personal y proveedores en la obra por los problemas

económicos que atraviesa la empresa (...), que hace que esté pendiente de ejecutar menos del 9% de la misma desde hace más de seis meses”.

Indica que se propone “la incautación o pérdida de la garantía definitiva constituida para hacer frente a la indemnización por daños y perjuicios por los costes de reposición, reparación de ciertos elementos y ejecución de los trabajos de retirada de los materiales extendidos en parcela anexa (...) y su depósito en vertedero, y para el cobro de las penalidades impuestas y aún no satisfechas; todo ello con un coste total estimado de 62.612,09 euros”. Señala que “no es cierto que con la incautación de la garantía definitiva se pretenda cobrar obra pendiente de ejecutar, sino tan solo satisfacer las penalidades que aún no se han hecho efectivas, y resarcirse de los gastos que se generarán”, habiéndose calculado los costes “a precios de mercado, que serán los que este Consorcio tendrá que asumir para su realización”.

Propone “resolver el contrato” y “acordar la incautación o pérdida de la garantía definitiva prestada”, al “contemplarse a esta fecha el cobro de penalidades impuestas y aún no satisfechas y de una indemnización por daños y perjuicios, todo ello con un coste estimado de 62.612,09 euros”.

19. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de octubre 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 obras de construcción de una estación de transferencia con punto limpio y vestuarios en el polígono industrial de Guadamía, en Ribadesella, 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 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 nuestro Dictamen Núm. 113/2015, entre otros.

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, el contratista manifiesta una expresa oposición a la resolución contractual solicitando que “se acuerde dejar sin efecto el expediente de resolución incoado, procediendo a tramitar (...) los precios contradictorios”. Ello justifica la intervención de este Consejo Consultivo.

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 -19 de septiembre de 2013-, 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 de los procedimientos de resolución contractual se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 211 y en 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; informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria, y "dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista". En el ámbito de la Administración local, el artículo 114 del TRRL establece como necesarios para la resolución de los contratos los informes de la Secretaría y de la Intervención Municipal. Tal y como señalamos en nuestro Dictamen Núm. 162/2015, la emisión de ambos resulta preceptiva con independencia de la causa de la resolución contractual.

Con carácter general, el expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados. Se ha dado audiencia a la empresa adjudicataria y a la entidad avalista. No obstante, observamos que el referido trámite se evacua prematuramente, al tiempo de dictarse la resolución de incoación y antes de librarse los informes de la Secretaría y de la

Intervención, si bien en este supuesto nada sustancial se aporta al expediente con posterioridad al mismo.

También hemos de referirnos a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato. Los artículos 210 del TRLCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al "órgano de contratación". La adjudicación objeto de este expediente fue acordada por la Comisión Delegada del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias, por lo que será esta quien deberá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento que ahora analizamos.

En cuanto al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, advertimos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Resolución de la Gerencia de ese Consorcio de 10 de septiembre de 2015, en la fecha de emisión de este dictamen resta por transcurrir gran parte del plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), aplicable al procedimiento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:643-, Sección 4.ª, y de 9 de septiembre de 2009 -ECLI:ES:TS:2009:5567- y 8 de septiembre de 2010 -ECLI:ES:TS:2010:4766-, Sección 6.ª, entre otras). No resulta de la documentación remitida que la Administración haya utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución por causa de la petición de dictamen a este Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, de lo que, en todo caso, advertimos a los efectos oportunos.

Por último, se aprecia que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, debemos indicar que, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa.

Con arreglo al marco legal anteriormente señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCSP. Las causas de resolución previstas con carácter general para los contratos administrativos son las recogidas en el artículo 223 del TRLCSP. La cláusula 44.^a del pliego de las administrativas particulares considera, además, como causas de resolución “el incumplimiento por el contratista de cualquiera de las obligaciones establecidas con carácter preceptivo en el presente pliego” y las previstas en el artículo 237 del TRLCSP, relativas a los contratos de obras.

La propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración se fundamenta en el incumplimiento del plazo total de ejecución, imputable al contratista al amparo de lo establecido en el artículo 223.d) del TRLCSP.

Antes de examinar si concurren los supuestos fácticos y jurídicos que ampararían la aplicación de tal causa de resolución, hemos de analizar con carácter previo si, habiendo optado la Administración inicialmente por la imposición de penalidades para incentivar el cumplimiento en mora del contratista, se encuentra facultada ahora para resolver el contrato, o, lo que es lo mismo, si se dan los requisitos establecidos para ello en el artículo 212 del TRLCSP, que asume la cláusula 45.^a del pliego de las administrativas particulares que rige la contratación.

A tenor de lo dispuesto en el citado precepto y en la cláusula mencionada, en el caso de vencimiento del plazo contractual sin ejecución de la prestación por causas imputables al contratista la Administración tiene la facultad de optar entre resolver el contrato o permitir al contratista continuar su ejecución imponiéndole una penalidad diaria por cada día de retraso. Si la Administración resuelve dejar que el contratista continúe realizando el contrato

ya no podrá decidir sobre su resolución hasta que tales penalidades alcancen un importe equivalente al 5% de su precio o cualquier otro múltiplo de esta cantidad, no a menos que se revise la decisión de imposición de penalidades por los cauces legalmente establecidos, pues, mediante aquella ha declarado “el derecho del contratista a seguir en la ejecución” del contrato, según ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen 53747, de 28 de diciembre de 1989. Ha de entenderse que cuando la Administración ejercita esta facultad de opción de modo sucesivo, decantándose primero por la imposición de penalidades y acordando más adelante la resolución del contrato, cada decisión administrativa surte efectos independientemente, de modo que la incoación del procedimiento resolutorio no conlleva la condonación de las penalidades generadas con carácter previo.

En el caso que analizamos, del examen del expediente se desprende que en sesión celebrada el 14 de abril de 2015 la Comisión Delegada del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias acordó imponer penalidades por demora, “a fecha 8 de abril de 2015 (...), de ciento sesenta días, por cuantía de 21.277,60 euros, a razón de 132,985 euros de penalidad diaria, al aplicar la fórmula de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato”, e imponer “a partir del día 8 de abril de 2015 y hasta la finalización de las obras una penalidad diaria de 132,985 euros”. Asimismo, y a pesar de que el expediente no aporta liquidación alguna al respecto, lo señalado en el informe conjunto de la Interventora y del Secretario del Consorcio consultante y la realización de un simple cálculo aritmético permiten afirmar que con fecha 10 de septiembre de 2015 -momento en el que se acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual- las penalidades por demora habían alcanzado ya el 5 por 100 del precio del contrato desde el 8 de julio del mismo año. En tales circunstancias, la opción de ejercicio de la potestad resolutoria por parte del órgano de contratación se encuentra plenamente legitimada.

Entrando ya en la cuestión planteada, la cláusula tercera del contrato establece que “el plazo de ejecución es de diez meses, contados desde el día

siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo”; y aunque dicho documento no obra en el expediente remitido, la citada cláusula señala que aquella “se realizará el próximo día 4 de noviembre de 2013”. La Comisión Delegada del Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos en Asturias, en sesión celebrada el 10 de octubre de 2014, acordó conceder a la empresa contratista una “ampliación de plazo (...), finalizando por tanto el plazo de ejecución de las obras citadas el próximo 30 de octubre de 2014”.

Según el informe emitido por la Directora Facultativa de las Obras el 7 de septiembre de 2015, la actividad de la obra se reduce “de forma importante” desde “el mes de diciembre de 2014”, resultando posible “considerar que (...) en los últimos meses ha estado cerrada, realizándose puntualmente trabajos menores”. Aclara que en febrero de 2015 se ejecutó un 5,55% de la obra, y que el porcentaje de ejecución se redujo durante los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2015 al 0,12%, 0,24%, 0,69%, 0,04%, 0% y 0%, respectivamente. Así, en febrero de 2015 estaba pendiente de ejecutar un 9,11% de la obra y en agosto del mismo año el porcentaje pendiente de ejecución suponía un 8,02%.

A la vista de ello es claro que, finalizado el plazo de ejecución de la obra el día 30 de octubre de 2014, en la fecha de inicio del expediente de resolución contractual se encontraba ejecutado un 91,98% de la obra, por lo que la realización de aquella no había concluido completamente, lo que supone un retraso de más de diez meses sobre el plazo total de ejecución previsto, incluida la prórroga otorgada.

Sin embargo, la empresa contratista considera que el retraso no resulta imputable a ella sino a la Administración actuante, que no procedió a tramitar la determinación de los precios contradictorios solicitada por la empresa. Sobre este extremo, debemos advertir que entre la documentación enviada no se encuentra tal solicitud, ni nos consta información alguna sobre el procedimiento administrativo que, en su caso, hubiera podido seguirse. Únicamente disponemos de los datos aportados al respecto por el contratista, que, junto

con su escrito de oposición a la resolución del contrato, adjunta una relación de las "unidades pendientes de ejecución" y un "listado de precios contradictorios". No obstante, el informe emitido por la Directora Facultativa de las Obras el 24 de septiembre de 2015 señala que "es totalmente falso" que la ausencia de tramitación de unos precios contradictorios sea la causa del retraso, ya que "todas las partidas pendientes de ejecutar o finalizar son perfectamente conocidas y definidas". Por ello, dado que el procedimiento de fijación de precios contradictorios -cuyo desenlace, insistimos, desconocemos- no afecta a las partidas pendientes de ejecución, no cabe atribuir a la Administración culpa alguna en la demora en la ejecución del contrato. La Dirección Facultativa señala, además, que el retraso de la obra se debe, en realidad, a "la ausencia total de personal y proveedores en la misma debido a los problemas económicos que atraviesa la empresa desde principios de año, y que, tal y como refleja el informe de esta Dirección de fecha 7 de septiembre, hace que esté pendiente de ejecutar menos del 9% de obra desde hace más de 6 meses".

A la vista de los datos técnicos aportados, resulta que en el mes de agosto de 2015 -casi diez meses después de que finalizara el plazo total de ejecución previsto- aún se encontraba pendiente la realización de un 8,02% de la obra, y que entre los meses de marzo y agosto del mismo año solo se había ejecutado un 1,09% de la misma -lo que pone de manifiesto un ritmo de ejecución muy bajo-, sin que existan motivos imputables a la Administración que justifiquen tal retraso. Por ello, consideramos que procede la resolución del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 223.d) del TRLCSP, que recoge como causa de resolución del contrato de obras la "demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista".

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, este Consejo viene manteniendo reiteradamente que, en el régimen legal que resulta del artículo 225 del TRLCSP, la pérdida de la garantía se vincula al exacto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la

Administración. En concreto, 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”, reseñando 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”.

También hemos manifestado que el 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.

En este sentido, la propuesta de resolución se refiere a “la incautación o pérdida de la garantía definitiva prestada”. La garantía constituida lo es por importe de 66.492,65 euros, mientras que la cuantía susceptible de incautación reflejada en la propuesta -con independencia de lo que después diremos sobre ella- supone 62.612,09 euros. Como señalamos, el actual artículo 225.3 del TRLCSP no anuda a la resolución misma del contrato la pérdida de la totalidad de la garantía, por lo que su incautación total resultará procedente únicamente en cuanto el importe de los perjuicios exceda el importe de aquella.

No obstante, la propuesta refiere la incautación de la garantía a la existencia no solo de una indemnización por daños y perjuicios, sino también de unas “penalizaciones impuestas y aún no satisfechas”, cuya suma ofrece el total señalado. Sin embargo, no procede a identificar qué parte del referido importe

corresponde a cada uno de los conceptos indicados. A pesar de ello, en la resolución de incoación del expediente resolutorio se consigna que “la indemnización por daños y perjuicios al contratista como consecuencia de los costes de reposición, reparación y ejecución de determinados trabajos que, o bien no se han ejecutado, o se han deteriorado en este periodo”, tiene “un coste estimado provisional a esta fecha de 38.117,12 euros”, precisando que este cálculo se realiza “con independencia de otras cantidades a deducir por la imposición de penalidades ya acordadas y aún no deducidas por cuantía de 24.494,27 €”.

Debemos recordar que el importe de la garantía constituida está afecto a la liquidación de las penalidades por demora impuestas, de conformidad con lo señalado en los artículos 100.a) y 212.8 del TRLCSP. En este sentido, en el momento en el que se formula la propuesta de resolución no consta que se hayan hecho efectivas sobre la garantía las penalidades a que está afecta la misma, ni, por tanto, que se haya requerido al contratista para su reposición en los términos de lo establecido en el artículo 99.2 del TRLCSP; por ello, atendiendo a un orden lógico de prelación temporal en la satisfacción de las responsabilidades, la Administración deberá resarcirse de lo debido en concepto de penalidades por demora con cargo a la garantía definitiva. A pesar de que no corresponde a este Consejo pronunciarse sobre el contenido del expediente de imposición de penalidades, sí debemos advertir que la cantidad incautada por tal concepto deberá alcanzar el cinco por cien del precio del contrato, presupuesto necesario para proceder a la resolución del mismo y que el importe indicado de 24.494,27 euros no satisface. En cualquier caso, resulta necesario que individualice el importe que corresponde a este elemento y el que se atribuye a la indemnización por los daños y perjuicios generados, debiendo quedar este último claramente identificado en la resolución que ponga fin a la relación contractual.

Precisamente sobre el importe de 38.117,82 euros en concepto de indemnización reflejado en la resolución por la que se incoa el expediente, el

contratista muestra su disconformidad. Al efecto, considera que “no se acredita de manera alguna y en cualquier caso resulta excesiva la cantidad calculada (...) en concepto de indemnización por los supuestos daños y perjuicios ocasionados”. Entiende que “la posible obra pendiente de ejecutar a la fecha de incoación del expediente de resolución no puede calificarse de daño o perjuicio (...). Es evidente que si (el contratista) tuviese que abonar en concepto de indemnización la obra pendiente (de) ejecutar a la resolución del contrato habría un evidente enriquecimiento injusto”.

En contra de ello, la acreditación de tal cuantía resulta del informe elaborado por la Directora Facultativa de las Obras el 7 de septiembre de 2015, en el que se recoge que “el estado actual de las obras” hace necesario que “COGERSA asuma los costes derivados de la reposición, reparación y ejecución de determinados trabajos que o bien no se han ejecutado o se han deteriorado en este periodo”. En él concreta que “los trabajos previstos serán al menos: / Realización de la retirada y gestión en vertedero de las tierras excedentes de la obra. / Pequeñas reparaciones de elementos metálicos y otros suministros no conformes. / Obtención de proyectos técnicos y certificaciones de calidad de las instalaciones”. El día 24 del mismo mes la citada Directora señala, además, que el “valor calculado de la indemnización solicitada (...) ha sido obtenido aplicando los precios de mercado y tarifas que el Consorcio (...) tiene para la realización de las tareas pendientes valoradas en dicho momento”, aclarando que los importes calculados son “los verdaderos precios que tendría que asumir COGERSA para la realización de los trabajos principales”.

Debe negarse también la idea del contratista de que la indemnización persigue “abonar (...) la obra pendiente (de) ejecutar”. Cuando el informe técnico y la resolución de inicio señalan la existencia de “trabajos que (...) no se han ejecutado” no se refieren a partidas proyectadas y pendientes de ejecución, sino, obviamente, a la retirada de las tierras extendidas en la parcela colindante y a la instalación y puesta en marcha de los equipos técnicos necesarios; conceptos que -junto con la reparación de los elementos

deteriorados por la falta de mantenimiento- deberán ser asumidos ahora por la Administración contratante.

Sin embargo, el coste de la indemnización por daños y perjuicios asumido por la Gerencia del Consorcio consultante, tanto en la resolución de inicio del expediente resolutorio como en la propuesta de resolución formulada, no resulta acorde con lo señalado por la Directora Facultativa de las Obras. Debemos advertir que aquella refiere el importe de 38.117,82 € exclusivamente a la "retirada y gestión en vertedero de las tierras", y no realiza ninguna valoración económica de lo que podrían suponer los otros dos elementos que componen los daños indemnizables, mientras que los actos administrativos mencionados relacionan tal cuantía con los tres conceptos citados. Por ello, la resolución que ponga fin al procedimiento deberá aclarar este extremo y concretar los conceptos con los que se relaciona el importe de la indemnización solicitada.

En atención a ello, y sin perjuicio de la existencia de otros posibles daños o perjuicios que este Consejo no entra a valorar, el acuerdo por el que se resuelva el contrato de obras suscrito deberá identificar el importe de la garantía cuya incautación se pretende en concepto de indemnización por daños y perjuicios -distinguiéndolo claramente de aquel que corresponda a la imposición de penalidades, que, además, deberá alcanzar el cinco por cien del precio del contrato-, y adecuar el importe y los conceptos indemnizables propuestos a los señalados en el informe técnico que los fundamenta. Asimismo, deberá tenerse en cuenta que la incautación total de la garantía solo será posible si la suma de las cantidades correspondientes a la indemnización por daños y perjuicios y a la imposición de penalidades exceden del importe de aquella.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del

contrato de obras de construcción de una estación de transferencia con punto limpio y vestuarios en el polígono industrial de Guadamía, en el término municipal de Ribadesella, sometido a nuestra consulta, con los efectos señalados 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,

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