

Expediente Núm. 290/2019
Dictamen Núm. 24/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de febrero de 2020, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 12 de diciembre de 2019 -registrada de entrada el día 13 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de suministro de vestuario laboral, calzado y equipos de protección individual (EPIS) con destino al Plan de Empleo 2019-2020, lote 2 (calzado).

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 17 de octubre de 2019, se inicia el procedimiento de resolución del contrato relativo al lote 2 (calzado) del suministro de vestuario laboral, calzado y equipos de protección individual (EPIS) con destino al Plan de Empleo 2019-2020, por incumplimiento culpable del contratista. En él se invoca la cláusula decimotercera del pliego de las administrativas particulares, que contempla como causas de resolución “las previstas en el artículo 211 de la LCSP”, y se le imputa el “incumplimiento de la obligación principal del contrato, como es la entrega de los bienes a suministrar sin las condiciones técnicas exigidas”.

En el mismo acuerdo se dispone “prever la imposición de una penalidad equivalente al importe que hubiera tenido la garantía definitiva, y que se concreta en la cuantía de 406,25 €”.

El citado acuerdo es notificado a la contratista el 22 de octubre de 2019, otorgándosele un plazo de diez días para que efectúe alegaciones.

2. Se incorporan al expediente los particulares relativos al contrato y su inejecución, que se relacionan en la resolución de inicio. Entre ellos, constan los pliegos que rigen la contratación (por el procedimiento abierto simplificado abreviado, sin exigencia de garantía, recogiendo en el de prescripciones técnicas que las botas de seguridad deben contar con “certificado SRC, S3, CI, WR según la Norma EN ISO 20345:2011”), las ofertas presentadas, la adjudicación mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de julio de 2019 a la empresa, y la formalización del contrato el 24 de julio de 2019.

Se constata que la adjudicataria del lote ofertó, con un porcentaje de baja del 22,54 %, un precio máximo de 8.125 € y un plazo de ejecución hasta el 30 de noviembre de 2019.

Consta a continuación que el 13 de septiembre de 2019 se firmó acta de recepción desfavorable del lote 2 con base en que “las botas de seguridad suministradas no resultaban conformes con las especificaciones recogidas en el (pliego de prescripciones técnicas)”, y que, habiéndose requerido a la adjudicataria el 20 de septiembre de 2019 para que subsanara los defectos “en el plazo de cinco días” con advertencia de resolución del contrato, esta se limita a aportar una ficha técnica de unas botas de seguridad alternativas y a reproducir un correo electrónico en el que el fabricante del calzado le indica que el que pretende suministrar podría certificarse con un previo “anexo emitido por un laboratorio como que cumple la propiedad CI”, alegando la contratista que “dependemos del tiempo que tarde el laboratorio en darla”.

A la vista de ello, la responsable del contrato (Jefa de la Sección de Empleo) libra un informe el 3 de octubre de 2019 en el que expone que las botas de seguridad “no cumplen con los certificados WR y CI según la norma EN ISO 20345”, sin que resulte admisible que la adjudicataria se remita a la posibilidad de obtener el certificado CI cuando “el calzado a suministrar debió

quedar certificado de conformidad con las características técnicas exigidas en el pliego en un momento procesal muy anterior al presente, en el que se acumulan meses de retraso respecto a los tiempos iniciales con el consiguiente perjuicio para el proyecto, el cual sigue paralizado en tanto en cuanto los más de 100 trabajadores del Plan de Empleo no dispongan de las botas de seguridad”. Añade que la adjudicataria omite toda respuesta sobre la otra exigencia que incumple, que es la certificación WR.

Con fecha 16 de octubre de 2019, la responsable del contrato emite un informe complementario en el que pone de manifiesto los daños y perjuicios derivados del incumplimiento y propone la resolución del contrato.

El 17 de octubre de 2019, la Sección de Contratación del Consistorio propone el inicio del procedimiento de resolución y aprecia la procedencia de imponer una penalidad equivalente al importe de la garantía, ya que en esta licitación (por procedimiento abreviado simplificado) no se exigió garantía y en el régimen general el incumplimiento culpable determina *per se* la incautación de la garantía, que “se concibe como una penalidad” y “se asimila a una indemnización de daños y perjuicios”.

3. El día 30 de octubre de 2019, el representante de la adjudicataria presenta un escrito de alegaciones en el que expresa que “con la intención de subsanar los defectos del lote 2 en base a la no conformidad de las especificaciones recogidas en el (pliego de prescripciones técnicas) la empresa ha intentado en todo momento solventar los errores y dificultades, como así lo refleja la respuesta al requerimiento de subsanación de defectos con el envío de ficha técnica de la bota de seguridad multifunción Fósforo, que cumple con la norma UNE-EN ISO 20345 exigida y que se presentaba como una bota alternativa (...) adecuada”. Añade que la bota Fósforo “cumplía todas las especificaciones técnicas exigidas salvo `la distinción estética de la bota´ (...). La Administración rechaza dicho envío con el consiguiente perjuicio logístico y de réplica en caso de subsanación de errores, como así ocurrió y que conllevó el posible incumplimiento de la obligación del contrato”. Reseña que la resolución de inicio se refiere “a la bota modelo Hammer, calzado que en ningún momento se llegó

a enviar, simplemente se adjuntó documentación técnica para su posible valoración”.

Manifiesta que se les comunicó que solo era necesario el suministro de 103 pares cuando el pliego aludía a 125, y que “así lo había comunicado un técnico de esa Administración para luego cambiar de opción y de nuevo solicitarnos los 103 pares tallados cuando se había preparado y enviado el lote completo de las 125 botas”. Aprecia “falta de responsabilidad y transparencia técnica con el contratista por parte de la Administración al comunicar después de la adjudicación por dos veces, después del envío de la pertinente documentación técnica se nos dio la conformidad de enviar el calzado”.

Sobre la penalidad que se le pretende imponer, señala que “ha de ser revisada por la recepción del lote por parte del contratista”.

4. Con fecha 5 de noviembre de 2019 la responsable del contrato libra un informe sobre las alegaciones presentadas. En él razona que los pretendidos “errores y dificultades” consisten en que “la adjudicataria (...) no suministró los bienes exigidos en el pliego de prescripciones técnicas, sino otro tipo de producto que en ningún caso cumplía con las especificaciones”.

En cuanto a la “falta de responsabilidad y transparencia técnica” por el hecho de “no recepcionar un calzado que claramente incumplía las condiciones técnicas”, señala que estas eran “claras y transparentes” en el pliego y que la adjudicataria las conocía “desde el primer momento”.

Respecto a la penalidad que se pretende imponer, aduce que lo alegado por la contratista no ha de considerarse ya que el Ayuntamiento “nunca llegó a recepcionar el lote por incumplimiento de las condiciones técnicas”.

5. El día 14 de noviembre de 2019, por los Servicios de Contratación y de Régimen Interior se libra propuesta que se remite “a informe de Secretaría General e Intervención Municipal” en la que se aprecia el “incumplimiento de la obligación principal del contrato”, que es causa de resolución contemplada en el artículo 211 de la LCSP, y la procedencia de imponer la penalidad equivalente al importe de la garantía.

6. Con fecha 15 de noviembre de 2019, emite informe una Abogada Consistorial “en sustitución de la Dirección General de Asesoría Jurídica vacante” en el que suscribe los anteriores informes y la resolución fundada en el antecitado artículo 211 de la LCSP por incumplimiento de la obligación principal del contratista. En él reseña que, una vez resuelto el contrato, corresponde “tramitar el expediente contradictorio a efectos de determinar si procede una indemnización en cuantía superior al importe equivalente a la garantía definitiva a efectos de dar cumplimiento al artículo 213.3” de la LCSP.

7. El día 20 de noviembre de 2019 emite informe de conformidad la Intervención Municipal.

8. Con fecha 28 de noviembre de 2019, el Concejal de Gobierno de Contratación y Servicios Básicos del Ayuntamiento de Oviedo eleva propuesta coincidente con los preinformantes y expresiva de que, apreciada la oposición del contratista, procede remitir el expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias; propuesta que asume la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 28 de noviembre de 2019.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de diciembre de 2019, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de suministro de vestuario laboral, calzado y equipos de protección individual (EPIS) con destino al Plan de Empleo 2019-2020, lote 2 (calzado), adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente en soporte digital.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo

18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

Si bien en la solicitud no se requiere a este Consejo que lo emita por el procedimiento de urgencia, se dictamina con este carácter en aplicación de lo dispuesto en el artículo 109.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, conforme al cual "Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente".

SEGUNDA.- La consulta preceptiva a este Consejo en materia de resolución de contratos administrativos viene condicionada, a tenor de la normativa anteriormente citada, a la oposición del contratista, ya sea a la resolución del contrato propiamente o a sus causas y consecuencias, en los términos que este Consejo viene manifestando (por todos, Dictamen Núm. 72/2019). En el caso que nos ocupa el contratista se manifiesta confusamente al respecto, pero formula alegaciones frente a la resolución contractual en mérito a la sola causa y a las consecuencias pretendidas por la Administración; motivos suficientes para apreciar su oposición a la resolución del contrato y para determinar la intervención de este órgano consultivo.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que analizamos es la propia de un contrato de suministro.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -18 de julio de 2019-, su régimen jurídico sustantivo es el establecido en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los

efectos y extinción del contrato es, según el artículo 25 de la LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -destacadamente el RGLCAP-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 190 de la LCSP, 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 previstos en la Ley.

La instrucción de los procedimientos de resolución contractual iniciados durante la vigencia de la LCSP se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 191 y en los apartados 1 y 8 del artículo 212 de dicha norma, precepto 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 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,

además, para la resolución de los contratos los informes de la Secretaría y de la Intervención municipal.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de los trámites señalados, toda vez que no medió constitución de garantía y obra entre la documentación remitida un informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Oviedo emitido al amparo de lo establecido para los municipios de gran población en la disposición adicional cuarta del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, los artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al "órgano de contratación". El contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por la Junta de Gobierno Local, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 4, de la LCSP, por lo que habrá de ser dicho órgano el que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento.

Finalmente debemos poner de manifiesto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP, y no constando la suspensión por la solicitud y recepción de este dictamen, la Administración deberá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento y notificarla en un plazo máximo de ocho meses desde su inicio -17 de octubre de 2019-.

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

La Administración invoca el "incumplimiento de la obligación principal del contrato, como es la entrega de los bienes a suministrar sin las condiciones técnicas exigidas". Esta causa resolutoria se recoge en el artículo 211.1, letra f), de la LCSP, ley a la que expresamente se remite la cláusula decimotercera del pliego de las administrativas particulares. Con arreglo al precepto citado, será causa de resolución "El incumplimiento de la obligación principal del contrato"; previsión con la que, tal como advertimos en el Dictamen Núm. 47/2019, la

LCSP explicita ahora un motivo resolutorio no consignado en las precedentes leyes reguladoras de la contratación pública, y cuya inclusión obedece a la necesidad de superar las dificultades que planteaban los casos en que, habiendo abandonado el contratista la ejecución del contrato, no se hubiera adoptado la precaución de recoger tal circunstancia entre las obligaciones contractuales esenciales, por más que materialmente fuere la de mayor relevancia. En tales situaciones, o bien se trataba de reconducir el incumplimiento a otras causas resolutorias, como la demora en la ejecución, o bien se aguardaba al transcurso de un plazo comprometido con el consiguiente retraso en la extinción del contrato, o, en el mejor de los casos, este podía resolverse recurriendo a la interpretación del carácter materialmente esencial de la obligación incumplida. De ahí que la introducción de la nueva causa legal de resolución, en la que se incardinan ahora aquellos incumplimientos que materialmente frustran la consecución del objeto del contrato, dispensa en la actualidad de acudir a las anteriores interpretaciones, más o menos forzadas o extensivas, de otras causas resolutorias.

Enfrentándonos al cumplimiento de las especificaciones técnicas de un suministro, merece también reseñarse que, en línea de principio, no procede detenerse en la graduación o niveles de incumplimiento, sino que este o concurre con todas sus consecuencias jurídicas o no, sin que existan figuras intermedias. A tenor de lo señalado en el artículo 300.1 de la LCSP, el contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro "de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas", siendo criterio consolidado que las ofertas y los bienes suministrados han de ajustarse a lo establecido en los pliegos de prescripciones técnicas, con la consecuencia necesaria de la exclusión de la oferta presentada o la resolución del contrato ya adjudicado (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales número 956/2017, de 19 de octubre), toda vez que la obligación principal del contratista es precisamente el suministro de los productos con las características pactadas, de modo que en otro caso lo que se incumpliría es el objeto mismo del contrato, como han señalado otros órganos consultivos (por todos, Dictamen N.º 54/2019 de la Comisión Jurídica Asesora del País Vasco,

que subraya la importancia del cumplimiento de las especificaciones técnicas establecidas en las normas UNE).

En el supuesto examinado se constata que la contratista, tras un acta de recepción desfavorable con base en que “las botas de seguridad suministradas no resultaban conformes con las especificaciones recogidas en el (pliego de prescripciones técnicas)” por no contar con los certificados WR y CI según la norma EN ISO 20345, recibió un requerimiento para subsanar los defectos “en el plazo de cinco días” con advertencia de resolución del contrato, y que esta se limitó a aportar una ficha técnica de otras botas de seguridad alternativas y a reproducir un correo electrónico en el que el fabricante del calzado le expone que el que pretende suministrar podría certificarse con un previo “anexo emitido por un laboratorio como que cumple la propiedad CI”, alegando que “dependemos del tiempo que tarde el laboratorio en darla”. En esta situación, los informes de la responsable del contrato ponen de manifiesto la improcedencia de que la adjudicataria se remita a la posibilidad de obtener un futuro certificado CI cuando “se acumulan meses de retraso respecto a los tiempos iniciales, con el consiguiente perjuicio para el proyecto, el cual sigue paralizado en tanto en cuanto los más de 100 trabajadores del Plan de Empleo no dispongan de las botas de seguridad”, a lo que añade que la contratista omite toda respuesta sobre la otra exigencia que incumple, que es la certificación WR.

Frente a ello, la adjudicataria -que asumió los pliegos sin reserva- reconoce la inadecuación del modelo de bota que pretendía suministrar y que el Ayuntamiento nunca llegó a recepcionar, deduciéndose su “intención de subsanar los defectos” de la remisión, en cauce de rectificación, de la “ficha técnica de la bota de seguridad multifunción Fósforo”, que “cumplía todas las especificaciones técnicas exigidas salvo la distinción estética de la bota”. Consta efectivamente que, al lado del ofrecimiento de una futura certificación del calzado presentado, la mercantil remitió la ficha de otra bota alternativa, sin ulterior indicación y sin que a lo largo del tiempo transcurrido desde el requerimiento (20 de septiembre de 2019) hasta el término final para la ejecución del suministro (30 de noviembre de 2019), ni con posterioridad a él,

haya concretado la disponibilidad de un modelo de bota que cumpla con los requisitos comprometidos.

En esas condiciones, este Consejo suscribe las apreciaciones de la responsable del contrato cuando refiere que no puede imputarse a la Administración la "falta de responsabilidad y transparencia técnica" postulada por la empresa, pues las exigencias de carácter técnico incumplidas eran "claras y transparentes en el pliego" y la adjudicataria las conocía "desde el primer momento", persistiendo en su incumplimiento después de haber recibido un requerimiento de subsanación con expresa advertencia de resolución contractual.

En suma, este Consejo aprecia la concurrencia de causa de resolución por incumplimiento de la obligación principal del contrato, opción que se muestra en consonancia con la mejor protección del interés público concurrente en el caso, debiendo a continuación ventilarse en expediente contradictorio el importe de los daños y perjuicios causados a la Administración.

Se observa, no obstante, que a falta de garantía exigida en la licitación de este contrato ante el incumplimiento culpable del contratista, en la propuesta de resolución se incluye la imposición de "una penalidad equivalente al importe que hubiera tenido la garantía definitiva, y que se concreta en la cuantía de 406,25 €", argumentándose que aquel no debería quedar materialmente eximido de la "penalidad" aplicable con carácter general -consistente en la incautación automática de la garantía-, por lo que se estima adecuado arbitrar un mecanismo que surta un efecto equivalente. Sin embargo, procede señalar que la imposición de penalidades -dirigida a compeler a la empresa al cumplimiento- es incompatible con la simultánea resolución del contrato, al desaparecer la finalidad intimatoria que les daba sentido. Con relación a la naturaleza de las penalidades en la contratación administrativa, reiterada jurisprudencia estima que no son sanciones en sentido estricto -que deban sujetarse a tipicidad formal y encauzarse a través de un procedimiento sancionador-, sino estipulaciones de carácter accesorio, debidamente plasmadas en el contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal "como una suerte de cláusula penal contractual (cf. artículo 1152 del Código Civil)" (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de

2019 -ECLI:ES:TS:2019:1689-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Esto es, no se excluye que pueda incorporarse al régimen de un contrato una pena por incumplimiento consumado -ajena ya a la coerción- pero, en todo caso, su imposición requiere de una cobertura específica -legal o convencional- y en el supuesto examinado ni en los pliegos ni en el contrato se contempla la penalidad que ahora trata de imponerse, por lo que este Consejo entiende que no procede. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede la resolución del contrato de suministro de vestuario laboral, calzado y equipos de protección individual (EPIS) con destino al Plan de Empleo 2019-2020, lote 2 (calzado), por incumplimiento culpable del contratista.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.