

Dictamen Núm. 212/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de septiembre de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 7 de julio de 2022 -registrada de entrada el día 11 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras para la mejora de un camino rural.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Quirós en sesión celebrada el 11 de octubre de 2021, se adjudica el contrato de obras para la mejora del acceso a los prados de la Mortera y la Siete degradados por la actividad minera a la empresa, por el precio de 315.000 €, IVA excluido, y un plazo de ejecución de siete meses a contar desde el día de la firma del acta de comprobación del replanteo.

2. Obran en el expediente, entre otros documentos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas rectores del contrato de referencia.

3. Con fecha 13 de octubre de 2021, las partes suscriben el contrato en documento administrativo, del que resulta que la adjudicataria ha constituido garantía definitiva mediante aval por importe de 15.750,00 € y que el plazo para la ejecución de los trabajos es de siete meses a contar desde el día de la firma del acta de comprobación del replanteo.

4. El día 18 de febrero de 2022, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Quirós acuerda requerir a la empresa contratista para que en el plazo de cinco días presente “Plan de obra’ o ‘cronograma de trabajos’ actualizado que contenga una redefinición de la organización y ritmo de los trabajos necesario para tener las obras terminadas por completo”, y para que “inicie la ejecución del contrato de obras” en el “plazo máximo de quince (15) días”, teniendo en cuenta que “con fecha 13 de octubre se levantó acta de comprobación de replanteo” y que “tras diversas comunicaciones acerca de la fecha de inicio de las obras, estas no se han iniciado”.

5. Con fecha 1 de junio de 2022, visto que el requerimiento dirigido al contratista no ha sido atendido, el Alcalde dicta una providencia mediante la que dispone que “se proceda a los trámites para que el órgano competente inicie expediente de resolución del contrato administrativo, con incautación de garantía definitiva, exigencia de responsabilidad por los daños y perjuicios irrogados, sin perjuicio de iniciar procedimiento para la declaración de la contratista como incurso en prohibición de contratar”.

6. El mismo día 1 de junio de 2022, el Secretario-Interventor suscribe un informe en el que señala que el contratista ha incurrido en las causas de

resolución legales de los artículos 211.1 d), 245 b) y 193.3 y 5 de la Ley de Contratos del Sector Público y convencionales de las cláusulas 21 y 27 a) del PCAP. En el mismo informe se propone que la resolución tenga los siguientes efectos: "La incautación de la garantía prestada./ La exigencia de daños y perjuicios que en su caso se acrediten (...), cuya determinación se llevará a cabo, en caso de apreciarse los mismos, por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del contratista, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración./ La iniciación del procedimiento para declarar a la contratista incurso en la prohibición de contratar del art. 71.2 de la LCSP, una vez firme la resolución finalizadora de este procedimiento".

7. Con fecha 6 de junio de 2022, el Pleno del Ayuntamiento de Quirós acuerda, en sesión extraordinaria, iniciar el expediente para la resolución del contrato, determinar los efectos de la misma que serán los propuestos por el Secretario-Interventor en su informe de 1 de junio de 2022, y conceder audiencia al contratista y al avalista. En el mismo acuerdo se indica que "el plazo máximo para la resolución es de ocho meses a contar desde la fecha de incoación, de conformidad con el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

8. El día 1 de julio de 2022, el representante de la contratista presenta en el registro municipal un escrito en el que muestra su disconformidad con el acuerdo de resolución contractual, solicitando que "se proceda a la aprobación del cronograma de trabajo presentado por esta parte presencialmente a los técnicos municipales en la última reunión mantenida, con redefinición de los plazos de ejecución". Manifiesta que, "como los propios técnicos adscritos a ese Ayuntamiento conocen, desde la firma del acta de comprobación del replanteo resultó materialmente imposible iniciar los trabajos contratados como consecuencia de las condiciones climatológicas, en particular, al encontrarse la

zona de actuación cubierta por las incesantes nevadas que se han mantenido hasta fechas recientes, lo que hacía inviable la ejecución de cualquier tipo de trabajo en la misma./ Por tal motivo los representantes de esta empresa y sus técnicos, acudimos en el mes de febrero de 2022 presencialmente a este Ayuntamiento para mantener una reunión con los técnicos municipales, consensuando con los mismos sobre la inviabilidad de iniciar los trabajos en ese momento, y la necesidad de diferir el comienzo de los mismos al momento en el que resultara posible y accesibles los terrenos sobre los que actuar". Por ello, considera que la resolución del contrato no resulta "procedente".

9. El 1 de julio de 2022 el Pleno del Ayuntamiento de Quirós acuerda en sesión extraordinaria "elevar el expediente de resolución del contrato" al Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de julio de 2022, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento resolución del contrato de mejora del acceso a los prados de la Mortera y la Siete degradados por la actividad minera, adjuntando a tal fin copia del expediente en soporte digital.

11. El día 25 de julio de 2022 tiene entrada en el registro del Consejo Consultivo el acuerdo por el que se dispone suspender el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento con motivo de la solicitud de dictamen al órgano consultivo "por el tiempo que medie entre la petición del dictamen (8 de julio de 2022) y la recepción del informe solicitado, y en todo caso por plazo máximo de tres meses", así como notificar este acuerdo al adjudicatario y al Consejo consultivo.

Con fecha 27 de julio de 2022 se recibe en el Consejo Consultivo la siguiente documentación complementaria: a) Informe del Ingeniero Técnico

Municipal, librado en fecha que no consta, en el que se analiza la alegación del contratista relativa a la imposibilidad de iniciar los trabajos como consecuencia de las “incesantes nevadas”, señalándose que “el pasado invierno fue uno de los más benévolos en nuestro municipio en cuanto a precipitaciones de nieve se refiere, siendo prueba de ello el número de ocasiones en los cuales los servicios municipales procedieron por tal motivo a la limpieza de las carreteras./ Dichos trabajos tuvieron lugar los días 23-11-2021, 3-12-2021, 9-12-2021 y 4-04-2022, y se ejecutaron exclusivamente sobre la carretera de acceso al núcleo de Las Llanas, cuyo acceso parte del Alto de La Cobertoria, a la cota de 1.179,00 m./ Si tenemos en cuenta que el ámbito de actuación de la obra se encuentra entre las cotas 835,42 y 1.298,97, se puede entender fácilmente que a excepción de en esas fechas concretas la nieve no constituyó ningún impedimento para el desarrollo de los trabajos”; b) Informe del Secretario-Interventor de 26 de julio de 2022, en el que se propone que se acuerde la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista “toda vez que iniciado el plazo de ejecución de siete meses para las actuaciones, las condiciones climatológicas alegadas no suponían la imposibilidad material de su inicio y desarrollo, como consta en el informe suscrito por Técnico municipal; que la empresa adjudicataria no acudió a plantear a la Administración presencialmente sus reservas a la ejecución sino transcurridos cuatro meses desde el inicio del plazo de ejecución de las obras; que a requerimiento de la Administración de 18 de febrero de 2022 no se presentó por la adjudicataria cronograma redistributivo de los trabajos ni se inició la ejecución de la obra dentro del plazo de quince días concedido para ello; y que no consta que la empresa adjudicataria haya presentado solicitudes o comunicaciones ejecutando las facultades que para adecuar la ejecución a las circunstancias manifestadas se prevén en los pliegos de cláusulas administrativas y en la propia LCSP, pudiendo iniciarse esencialmente, y sin ánimo exhaustivo, las siguientes:/ La posibilidad de solicitar una ampliación del plazo de ejecución contemplada en el art. 195.2 LCSP./ La solicitud a la Administración de suspensión del contrato por razones

de interés público prevista en la cláusula 31 del PCAP./ La posibilidad de instar una modificación del contrato derivada de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato (art. 205.2 2º b LCSP)”; c) Documentos acreditativos del traslado al avalista de la apertura del trámite de audiencia.

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 Quirós, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”, lo que se constata en este caso.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que analizamos es la propia de un contrato administrativo de obras, resultando de aplicación el régimen jurídico sustantivo contenido en la 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).

Conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25 de la LCSP, los efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos se regirán por dicha ley y sus disposiciones de desarrollo -destacadamente, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP)-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

De conformidad con lo señalado 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". 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 se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 191 y en el artículo 212 de la LCSP; precepto este 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 procedimentales: 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 no resulte preceptivo atendiendo a la causa resolutoria, y dictamen del órgano consultivo que corresponda cuando se formule oposición por parte del contratista, en los términos anteriormente expuestos.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de los trámites señalados, toda vez que se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa adjudicataria y a la avalista, y obra igualmente entre la documentación remitida el informe motivado de la Secretaría-Intervención municipal.

Se observa, sin embargo, que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la mercantil interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, conforme a lo señalado en los artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP corresponde al mismo órgano de contratación. En el caso examinado, el contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 2, de la LCSP, al superar el valor estimado del contrato el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto municipal, por lo que habrá de ser dicho órgano el que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento.

Finalmente se advierte que, iniciado el procedimiento resolutorio el día 6 de junio de 2022, y teniendo en cuenta que resulta aplicable al mismo el plazo de resolución de tres meses (por haberse iniciado con posterioridad a la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo -ECLI:ES:TC:2021:68-, por la que el artículo 212.8 de la LCSP queda desprovisto de su condición de norma básica) y que opera la suspensión del plazo por la petición de dictamen a este Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, dicho plazo aún no ha transcurrido.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto debemos subrayar, en primer lugar, que el contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por ello, en caso de incumplimiento de sus obligaciones 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 vigente y a las cláusulas establecidas en el mismo.

Como venimos manifestando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 303/2009 y 145/2019), el contratista está obligado a realizar la prestación que constituye el objeto del contrato no solo en la forma convenida sino también en el plazo establecido para ello, con arreglo a lo dispuesto en la LCSP, en el RGLCAP, en las cláusulas del propio contrato, en las de los pliegos aprobados y, en su caso, en la oferta y en el plan de trabajo, que también tienen carácter contractual.

Como ya señalamos en nuestro Dictamen Núm. 72/2019, la extinción contractual pretendida se articula sobre el incumplimiento del plazo comprometido para la ejecución de los trabajos. Tal incumplimiento tiene encaje en la causa de resolución a que se refiere el artículo 211.1.d) de la LCSP, esto es, la "demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista", causa resolutoria a la que se refieren también las cláusulas 21 y 27.b) del pliego de las administrativas particulares rector del contrato. El citado motivo resolutorio ha de ponerse en conexión con lo establecido en el artículo 193, apartados 3 y 5, del mismo texto legal, que si bien no tiene carácter básico resulta aquí de aplicación en defecto de normativa autonómica propia. Como señalamos en el Dictamen Núm. 72/2019, la mora del contratista engloba tres submotivos resolutorios distintos: el incumplimiento del plazo total, el incumplimiento de los plazos parciales cuando este supuesto se haya contemplado en los pliegos, y la imposibilidad de cumplimiento del plazo total razonablemente inferida del incumplimiento de los plazos parciales. En el

asunto que nos ocupa la mora objeto de reproche está referida al plazo total de ejecución que a la fecha de inicio del procedimiento de resolución contractual se había consumido íntegramente sin haber ejecutado los trabajos.

Constatado que la obra no se ha finalizado dentro del plazo de ejecución comprometido -lo que asume la propia adjudicataria, quien reconoce en el escrito de alegaciones no haberlos iniciado siquiera-, debemos examinar si se puede atribuir al empresario la falta de ejecución de los trabajos en plazo o si, como él afirma, fueron circunstancias ajenas a su voluntad las determinantes de la mora.

En el escrito de alegaciones presentado el día 1 de julio de 2022, la contratista achaca la falta de ejecución de los trabajos a las inclemencias climatológicas pues, según señala, “desde la firma del acta de comprobación del replanteo resultó materialmente imposible iniciar los trabajos contratados (...) al encontrarse la zona de actuación cubierta por las incesantes nevadas que se han mantenido hasta fechas recientes, lo que hacía inviable la ejecución de cualquier tipo de trabajo en la misma”. Sin embargo, no aporta el adjudicatario prueba alguna que permita tener por cierto el obstáculo referido, viniendo a desmentir su realidad el informe del Informe del Ingeniero Técnico Municipal incorporado al expediente, en el que se describe el invierno de 2021 como “uno de los más benévolos” en cuanto a nevadas y que, a excepción de las fechas “23-11-2021, 3-12-2021, 9-12-2021 y 4-04-2022”, la nieve “no constituyó ningún impedimento para el desarrollo de los trabajos”. De haber sido cierto que las obras no podían iniciarse por causa de la nieve, el contratista podría haber solicitado una ampliación del plazo de ejecución al amparo de lo señalado en el artículo 195.2 de la LCSP y en la cláusula 27.1 a) del pliego de las administrativas particulares, tal y como se indica en el informe-propuesta del Secretario-Interventor; sin embargo, tal solicitud no consta en este caso, por lo que la falta de ejecución de la obra en plazo no puede achacarse sino a la voluntad del contratista.

La constatación de que el contrato no se ha ejecutado en plazo por culpa del adjudicatario y de que concurre, por tanto, la causa de resolución establecida en el artículo 211.1.d) de la LCSP, supone la existencia de un motivo legal para disponer su resolución según lo anteriormente razonado, quedando únicamente por determinar los efectos derivados de la misma. Al respecto, el artículo 213.3 de la LCSP establece que “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”. Como hemos señalado en nuestro Dictamen Núm. 145/2019, este precepto recupera la redacción de las disposiciones anteriores a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y con ello la clara determinación de que la resolución contractual en casos de incumplimiento culpable del contratista conllevará la incautación automática de la garantía en su totalidad con independencia de que existan o no daños y perjuicios que deban ser indemnizados y de cuál sea su importe. De este modo, en los contratos que se rigen por la LCSP -como el que ahora analizamos- la garantía definitiva cumple la función de cláusula penal o de indemnización de carácter mínimo, ligada al resarcimiento de perjuicios genéricos o indeterminados; todo ello sin perjuicio de que, cuando la garantía constituida no alcance a cubrir el importe de los daños ocasionados, la Administración podrá ejercitar una acción de responsabilidad frente al contratista para resarcirse de los mismos en lo que excedan el importe de aquella.

En el caso de que se trata, y en tanto no se acredite que la resolución contractual ocasione daños que superen el importe del aval constituido en garantía de la ejecución del contrato (15.750,00 €), la responsabilidad del contratista quedaría saldada con la incautación de la fianza.

Asimismo, tal y como se propone por el Ayuntamiento, una vez que sea firme la resolución del contrato, podrá iniciarse el procedimiento para declarar

incurso al contratista en prohibición de contratar, en los términos señalados en los artículos 71.2 d) y 72.7 c) de la LCSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de garantía, del contrato de resolución del contrato de mejora del acceso a los prados de la Mortera y la Siete degradados por la actividad minera.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE QUIRÓS.