

Dictamen Núm. 80/2023

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 30 de marzo de 2023, 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 esa Alcaldía de 8 de marzo de 2023 -registrada de entrada el día 10 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de suministro de instalación eléctrica de baja tensión para alumbrado público en Vega de los Caseros.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. En sesión celebrada el 30 de diciembre de 2022, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parres acuerda el inicio del procedimiento relativo a la resolución del contrato de suministro de instalación eléctrica de baja tensión para alumbrado público en Vega de los Caseros.

El día 10 de enero de 2023, el Secretario General del Ayuntamiento da traslado de este acuerdo a la mercantil interesada.

2. Con fecha 30 de enero de 2023, emite informe el Director Facultativo de la Obra en el que hace constar que el 30 de septiembre de 2022 el Ayuntamiento de Parres citó al Director de Obra y a un representante de la adjudicataria para la firma del acta de replanteo. Señala que “en dicha reunión la empresa adjudicataria se negó a firmar el acta de replanteo alegando necesidad de visitar a la obra y acordando” hacerlo “la semana siguiente (...). Con fecha 5 de octubre se realizó una visita a la obra por parte” del “Director de la Obra, un operario de la empresa adjudicataria y dos representantes del Ayuntamiento. Al finalizar la misma dicho operario manifiesta que no tiene autorización para poder firmar el acta de replanteo (...). Con fecha 7 de octubre se remite el acta de replanteo firmada por parte de la Dirección de Obra” al Ayuntamiento de Parres, y “a día de hoy el Director de Obra no tiene constancia de que se haya firmado el acta de replanteo por parte de la empresa adjudicataria”.

3. A continuación, obra incorporado al expediente el informe librado por el Secretario General del Ayuntamiento de Parres. En él expone que “se citó a la mercantil en dos ocasiones para la firma del replanteo (30 de septiembre de 2022 y 7 de octubre de 2022) con resultados infructuosos y como consecuencia no se han podido iniciar las obras. El 6 de noviembre de 2022 por la mercantil se envía una carta solicitando una reunión para buscar soluciones a un incremento de precios del proyecto del 15 % para los postes de hormigón y un 8 % en las luminarias”. Tras reseñar las causas generales de resolución de los contratos, destacando las letras d) “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”, f) “El incumplimiento de la obligación principal del contrato” y g) “La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 de la LCSP; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en

cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido”, precisa respecto a esta última que concurre un incremento de precios del 23 % según el escrito de la adjudicataria de 6 de noviembre de 2022.

Añade que son “causas específicas del contrato de obras”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 245 de la LCSP, “la demora injustificada en la comprobación del replanteo” -letra a)- y “la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses” -letra b)-. A la vista de ello, subraya que “la comprobación del replanteo no llegó a firmarse debido a la negativa maliciosa” de la mercantil, “quedando también patente que se han superado los 4 meses de suspensión de iniciación de las obras”. Razona que “el plazo del contrato es una de las características fundamentales del mismo, y no debe entenderse solo el plazo final, sino también, y con especial incidencia en el caso de las obras, cualquier alteración de la iniciación o de la ejecución del programa de trabajo que haga presumir la imposibilidad de cumplir el plazo pactado”.

Advierte que la cláusula 44 del pliego de las administrativas particulares señala como infracción muy grave “las circunstancias infractoras” que según el ordenamiento jurídico “puedan dar lugar a la resolución del contrato administrativo por parte del contratista”. Y la cláusula 45, al sancionar las conductas muy graves, dispone que “podrá ser sancionada con la rescisión del contrato e indemnización de daños y perjuicios”.

Concluye que, a su juicio, “procede la resolución del contrato”.

4. El día 7 de febrero de 2023, el Interventor del Ayuntamiento de Parres informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato y señala que, “de conformidad con el art. 213 de la LCSP, el contratista deberá indemnizar los daños y perjuicios causados a la Administración cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable de aquél./ Además, una vez firme la resolución del contrato, procede la apertura de expediente a efectos de

determinar la procedencia de la imposición de prohibición de contratar a la empresa incumplidora”.

5. Mediante escrito de 9 de febrero de 2023, esa Alcaldía comunica a la contratista la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días.

El día 24 de febrero de 2023, la representante de la mercantil presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta su oposición a la resolución del contrato. La adjudicataria niega que fuese citada para la firma del acta de replanteo el día 30 de septiembre de 2022, y sostiene que el 7 de octubre de 2022 compareció el jefe de equipo de la contratista comprobando una “serie de defectos”, entre los que figuran los siguientes:/ “En el proyecto no se incluyen los elementos de fijación del cable de aluminio a los postes de madera y los postes de hormigón (...). Asimismo, se indica en el proyecto que los postes de madera precisan de un retacado con piedra, pero no se incluye en los precios descompuestos la partida correspondiente a la sujeción de los postes de madera con piedra./ Por otro lado, en la parte más próxima al río no se puede realizar el tendido de cable con medios mecánicos (...), teniendo que realizar todo ese trabajo con medios manuales; transporte de cables, bobinas, etc./ Por último, entendemos que para trabajar en la carretera N-625 es preciso habilitar una partida para el corte de tráfico”. Añade que “en ningún momento (...) adujo un incremento de precios del 23 % del precio del contrato, sino, mucho más limitadamente, que el precio de los postes de hormigón se había incrementado en un 15 % y en un 8 % el precio de las luminarias”.

Defiende “la voluntad clara e inequívoca de (...) ejecutar la obra contratada”, acreditada por el hecho de que “antes de que se la citara para el replanteo (...) ya había efectuado a sus proveedores los correspondientes pedidos para la ejecución del contrato”.

Finalmente, alega que el Ayuntamiento podía haber acudido “al expediente de modificación de los contratos previsto en los arts. 204 y 205

LCSP, y no a una resolución contractual que carece de base”, ya que no es cierto que “haya puesto de manifiesto un incremento de precios del 23 % del precio del contrato”.

Adjunta la siguiente documentación: a) Documento de aceptación de la adjudicación del contrato de suministro de instalación eléctrica de baja tensión para alumbrado público en Vega de los Caseros, de fecha 30 de agosto de 2022. b) Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parres, de 24 de agosto de 2022, por el que se adjudica el contrato mixto de suministro y obra para la “instalación eléctrica de baja tensión para el alumbrado público en Vega de los Caseros” a, por un precio de 39.325 euros (IVA incluido). c) Facturas de luminarias y cable. d) Escrito dirigido por la contratista al Ayuntamiento de Parres el 7 de octubre de 2022, en el que pone de manifiesto los inconvenientes observados una vez realizado el replanteo de la obra. En síntesis, alega un incremento de los costes (un 15 % de los postes de hormigón y un 8 % de las luminarias) y señala que “el tendido de cable en la zona próxima al Parador, en la margen izquierda desde el Parador dirección Cangas de Onís, debe (...) hacerse sin medios mecánicos, lo que incide directamente en la seguridad de los trabajadores y aumenta considerablemente las horas necesarias para desempeñar el mencionado trabajo”, indicando que ello supone un incremento de 1.640 euros al tener que realizar el trabajo “de forma manual”. Por lo expuesto, solicita “una reunión para buscar soluciones” que “faciliten” la ejecución de la obra. e) Escrito dirigido por la contratista al Ayuntamiento de Parres el 13 de octubre de 2022, en el que reitera su disconformidad con el acta de comprobación del replanteo “por los motivos expresados en el escrito presentado el pasado día 7 de octubre”.

6. Mediante Decreto de 7 de marzo de 2023, el Alcalde del Ayuntamiento de Parres propone “dar traslado” del mismo “al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para que informe respecto a la procedencia de la resolución del

contrato por causa imputable al contratista, dada la negativa a la firma del acta de comprobación de replanteo y la no iniciación en plazo de la ejecución de los contratos”.

Asimismo, se dispone la suspensión del procedimiento “en tanto se pronuncie el consejo Consultivo” y comunicar el “presente Decreto a los interesados”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de marzo de 2023, 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 instalación eléctrica de baja tensión para alumbrado público en Vega de los Caseros objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia del mismo a través de la Oficina de Registro Virtual.

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 Parres, 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 de dictamen no se requiere a este Consejo que lo emita por el procedimiento de urgencia, resulta aquí de aplicación 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.- De acuerdo con la normativa mencionada, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte 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 asunto ahora analizado la oposición de la adjudicataria existe, toda vez que esta manifiesta en su escrito de alegaciones que se tenga por formulada “oposición a la resolución del contrato (...), estimar las alegaciones efectuadas por la contratista y declarar la vigencia de dicho contrato”.

TERCERA.- Se insta el dictamen preceptivo de este órgano en relación con la resolución del contrato de suministro de instalación eléctrica de baja tensión para alumbrado público en Vega de los Caseros (Parres). Según informa el Secretario General del Ayuntamiento, nos encontramos ante un contrato “administrativo mixto”, al contener “prestaciones de los contratos típicos de suministro y de obra”, tal y como se recoge en el cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares. A tenor de lo establecido en el artículo 18.1, letra a), de la LCSP, “Cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios se atenderá al carácter de la prestación principal”; en consecuencia, la calificación jurídica de este contrato es la propia de un contrato administrativo de suministros, por ser la prestación principal.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -24 de agosto de 2022-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido 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). 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”, prerrogativa que el artículo 212 de la misma norma atribuye al órgano de contratación. 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 el 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.

En el expediente sometido a nuestra consideración advertimos una instrucción deficiente motivada, en primer lugar, por el hecho de que los informes emitidos por la Secretaría y la Intervención municipal son de fecha 7 de febrero de 2023, anteriores por tanto al escrito de alegaciones que presenta la adjudicataria el día 24 de ese mismo mes. Y ello pese a que en el informe elaborado por el Secretario General fue puesta de relieve la necesidad de dar traslado “de las alegaciones formuladas a los servicios técnicos y jurídicos municipales para la emisión del correspondiente informe” (folio 20). Al respecto, ya hemos puesto de manifiesto en anteriores ocasiones (por todas, Dictamen Núm. 196/2018) que este Consejo Consultivo considera que los informes de Secretaría y de Intervención deben evacuarse en rigor una vez instruido el procedimiento, con el fin de “pronunciarse sobre el expediente en su conjunto, y específicamente sobre las alegaciones que haya podido presentar el interesado”.

Además, debemos resaltar que en el expediente remitido no se ha formulado una propuesta de resolución razonada, lo que unido a la emisión prematura de los informes municipales provoca que no se hayan considerado ni rebatido las alegaciones planteadas por la contratista en el trámite de audiencia. Así, en su escrito de 24 de febrero de 2023 la interesada niega, entre otras cuestiones, que fuese “citada para realizar el replanteo el día 30 de septiembre de 2022” (refiriéndose al informe suscrito por el Director de Obra),

e insiste en que tras la reunión celebrada el 7 de octubre la empresa puso de manifiesto a los técnicos municipales una "serie de defectos en el proyecto" que impedían la firma del acta de replanteo. En concreto, señala que "en el proyecto no se incluyen los elementos de fijación del cable de aluminio a los postes de madera y los postes de hormigón (...). Asimismo, se indica en el proyecto que los postes de madera precisan de un retacado con piedra, pero no se incluye en los precios descompuestos la partida correspondiente a la sujeción de los postes de madera con piedra./ Por otro lado, en la parte más próxima al río no se puede realizar el tendido de cable con medios mecánicos (...), teniendo que realizar todo ese trabajo con medios manuales; transporte de cables, bobinas, etc./ Por último, entendemos que para trabajar en la carretera N-625 es preciso habilitar una partida para el corte de tráfico". Y defiende "la voluntad clara e inequívoca de (...) ejecutar la obra contratada", acreditada por el hecho de que "antes de que se la citara para el replanteo (...) ya había efectuado a sus proveedores los correspondientes pedidos para la ejecución del contrato". Sin embargo, el Ayuntamiento de Parres no rebate a la luz de los antecedentes ni confronta con la documentación contractual las alegaciones de la contratista, por lo que consideramos necesario que la Secretaría y la Intervención municipal examinen razonadamente las alegaciones vertidas en el trámite de audiencia, y que a continuación se formule una propuesta de resolución en los términos previstos en el artículo 175 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre. En este sentido, ya señalamos en el Dictamen Núm. 10/2016, en unos términos en los que ahora nos reiteramos, que "en el ejercicio de su potestad revisora la Administración no queda vinculada, naturalmente, a ninguna de las alegaciones de parte, pero esta libertad no se cercena ni disminuye por el hecho de motivar o exteriorizar las razones que explican la aceptación de unas y el rechazo de otras. Esa labor de reflexión racional constituye un importante instrumento procedimental para orillar la eventual

arbitrariedad de la Administración (proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución), que puede tener su origen en la precipitación o improvisación con que se elabora una resolución, mientras que aquella tarea de reflexión racional reduce las posibilidades de una eventual actuación arbitraria. Por otro lado, dicho modo de proceder satisface plenamente las finalidades materiales que se persiguen cuando se reconoce un trámite de audiencia a favor de los interesados; finalidades que no se alcanzan rectamente cuando la Administración se limita a oír sin escuchar, porque cuando despacha rutinariamente no permite a los afectados participar materialmente en el procedimiento. Esta apertura o diálogo no debilita en nada las potestades de la Administración, sino que da pleno sentido a la intervención que el artículo 105 de la Constitución impone como trámite procedente en el marco de un Estado social y democrático de Derecho”.

Las alegaciones de la contratista no examinadas aconsejan la emisión de informes por “los servicios técnicos y jurídicos”, tal como apuntaba el Secretario General, debiendo advertirse que los informes que delimiten extremos técnicos o fácticos han de someterse a la audiencia de la perjudicada.

En consecuencia, consideramos que no procede dictar en este momento una resolución que ponga fin al procedimiento, debiendo retrotraerse el mismo al objeto de que se elaboren los informes mencionados a la luz de las alegaciones formuladas y se incorpore al expediente una propuesta de resolución emitida a la vista de los informes que se emitan y lo que pueda aducir la contratista, tras lo cual habrá de recabarse de este Consejo el preceptivo dictamen. Al objeto de resolver la controversia de hecho que trasluce en las actuaciones, es preciso traer al procedimiento de resolución contractual las notificaciones cursadas a la mercantil para que comparezca a la comprobación del replanteo, las actas del resultado de este y cuanta documentación esté disponible al respecto. También habrá de informarse

sobre la procedencia de suspender el inicio de las obras a la luz de lo dispuesto en el artículo 139.5.^a del RGLCAP.

Sin perjuicio de lo anterior, procedería que el órgano instructor examinase la propuesta de la adjudicataria sobre la posibilidad de acudir en el asunto analizado "al expediente de modificación de los contratos previsto en los arts. 204 y 205 LCSP, y no a una resolución contractual que carece de base", ya que "en ningún momento (...) adujo un incremento de precios del 23 % del precio del contrato, sino, mucho más limitadamente, que el precio de los postes de hormigón se había incrementado en un 15 % y en un 8 % el precio de las luminarias". Y, en su caso, para optar por la modificación o proseguir con el procedimiento resolutorio habrán de tenerse en cuenta las cláusulas de los pliegos que rigen la contratación, por lo que también deben incorporarse al expediente.

Al margen de lo anterior, recordamos a la autoridad consultante que a la recepción de nuestro dictamen se reanudará el cómputo del plazo máximo para resolver el procedimiento -3 meses *ex* artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), al 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-, debiendo la Administración realizar los trámites señalados y, a continuación, solicitar una nueva consulta a este órgano antes de que se consuma el plazo máximo establecido al efecto, según se ha indicado. No obstante, advertimos que la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el cómputo del plazo máximo de tres meses, si bien no ha acreditado que la suspensión se haya puesto en conocimiento de la interesada, pese a que la comunicación del momento en el que se inicia el cómputo del plazo de suspensión "constituye un requisito esencial" sin el cual aquella "no puede entenderse válidamente producida" (por todos, Dictamen Núm. 161/2015). En consecuencia, la Administración

consultante deberá verificar en el momento de recepción del presente dictamen si efectivamente ha cumplido con el deber de notificar a la interesada la fecha en que la suspensión produce efectos. Si no ha observado tal deber habrá de declarar la terminación del procedimiento por caducidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 25.1.b) de la LPAC.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de realizar los actos de instrucción referidos en el cuerpo del presente dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE PARRES.