

Expediente Núm. 293/2012
Dictamen Núm. 378/2012

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 20 de diciembre de 2012, 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 Alcaldía de 26 de noviembre de 2012, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de concesión de obras públicas para la construcción y explotación de un centro lúdico-acuático y deportivo en terrenos situados en Prados de la Fuente, adjudicado a

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, de fecha 26 de septiembre de 2006, se adjudica a varias empresas que concurren en unión temporal el contrato de concesión de obras públicas para la construcción y explotación de un centro lúdico-acuático y deportivo en la ciudad, por un plazo de duración de cuarenta años, en el que se incluye el de ejecución de las obras, que es de catorce meses.

Notificada la adjudicación del contrato el día 28 de septiembre de 2006, las adjudicatarias otorgan escritura pública de constitución de la sociedad

anónima concesionaria el día 22 de noviembre del mismo año, y con fecha 8 de febrero de 2007 se formaliza el contrato en documento administrativo.

2. Obra incorporada al expediente, entre otra documentación, el resguardo del depósito en la Tesorería Municipal de la garantía definitiva, constituida mediante aval por importe de 132.721,91 €, y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la contratación.

Del artículo 1º del pliego de cláusulas administrativas particulares resulta que el contrato comprende, además de la construcción y explotación de la obra, la redacción del anteproyecto de construcción, que los licitadores han de presentar junto con su proposición económica, y la redacción del proyecto de ejecución, que el adjudicatario ha de poner a disposición de la Administración municipal, según se señala en el artículo 13º del citado pliego, en el “plazo máximo de cuarenta y cinco días hábiles, a contar desde la notificación del acuerdo de adjudicación”.

En el mismo plazo habrá de tener lugar la formalización del contrato, como se señala en el artículo 12º, apartado 2, del mismo documento.

En el artículo 14º se señala que el acta de comprobación del replanteo se extenderá “en el plazo máximo de un mes desde la aprobación del proyecto definitivo por el órgano de contratación”, obligándose el concesionario a presentar, “en los diez días naturales siguientes”, el programa de trabajo. En cuanto al plazo de ejecución contractual, se contará, según el artículo 15º del mismo pliego, “desde la fecha de la firma del acta de comprobación del replanteo”.

En el artículo 23º del pliego de cláusulas administrativas particulares se señala que “1.- Las obras se construirán a riesgo y ventura del concesionario”, y, luego de transcribir el artículo 239, apartado 2, del TRLCAP, se establece que “Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras, se procederá a resolver el contrato, en los términos del artículo 239 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Sobre las causas de resolución, el artículo 37º, apartado 2, del mismo pliego, señala que lo serán “las previstas en los artículos 111 y 264 del Texto

Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, y precisa que “La aplicación de las causas de resolución y los efectos de la misma, se ajustarán a lo dispuesto en los artículos 112, 113, 265 y 266 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

3. Con fecha 30 de enero de 2007, libra informe una funcionaria de la Sección de Contratación en el que pone de manifiesto que, “notificado el acuerdo (de adjudicación) el día 28 de septiembre, hasta la fecha el contrato no ha sido formalizado por causas imputables única y exclusivamente a las (...) empresas”, pues hasta el 17 de enero de 2007 no han aportado aquellas la documentación acreditativa del cumplimiento de las obligaciones tributarias, la escritura de constitución de la sociedad anónima que se habían obligado a constituir en su oferta, ni el proyecto “básico”.

4. Formalizado el contrato en documento administrativo el día 8 de febrero de 2007, el día 23 del mes siguiente la Jefa del Servicio de Interior “recuerda” a la concesionaria “la obligación de entregar la versión definitiva del plan económico-financiero y del contenido de los instrumentos de su financiación, en el plazo máximo de dos meses”. Se pone de manifiesto, asimismo que, “hasta la fecha, no se ha hecho entrega de las pólizas de seguro”.

5. Con fecha 6 de septiembre de 2007, la contratista presenta el “proyecto de ejecución definitivo” y el estudio de Seguridad y Salud; el día 22 del mes siguiente aporta la “versión definitiva” del plan económico-financiero.

6. En sesión celebrada el día 23 de octubre de 2007, la Junta de Gobierno Local acuerda aprobar el proyecto de ejecución de las obras, lo que se comunica a la concesionaria el día 15 del mes siguiente.

7. El día 4 de febrero de 2008 suscriben las partes el acta de comprobación del replanteo. Tras señalar que se cumplen “los requisitos previos previstos en el artículo 140 del Reglamento de la Ley de Contratos”, se indica que “debido a causas varias, entre ellas la difícil configuración del terreno y la necesidad de

realizar varios estudios topográficos, y otras (...), se ha retrasado la firma de este documento desde el día 24 de noviembre de 2007 hasta la fecha de hoy”.

8. Con fecha 5 de febrero de 2008 se da traslado a la contratista del escrito firmado por la Concejala de Gobierno de Contratación, en el que se le comunica que “para el inicio de las obras, será requisito indispensable aportar los siguientes documentos:/ Programa de trabajo./ Plan de Seguridad y Salud, para su aprobación./ Anexo I sobre vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”.

9. El día 27 de febrero de 2008, la contratista presenta en el registro municipal el acta de aprobación del Plan de Seguridad y Salud.

10. Con fecha 3 de abril de 2008, el Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal elabora un informe dirigido a la Concejalía de Gestión de Patrimonio en el que expresa lo siguiente: “la marcha de los trabajos (...) no se corresponde con lo señalado por el calendario de obra que presentó la propia concesionaria. Según dicho programa de trabajo, en estos momentos (...) debería estar acabado el movimiento de tierras, iniciada la cimentación y los muros, así como iniciada también la estructura. En ninguno de estos trabajos se cumple el programa”.

11. El día 17 de abril de 2008, el representante de la concesionaria presenta un escrito dirigido a la Sección de Contratación en el que expone que “los trabajos de excavación, iniciados el día 5 de febrero de 2008 se han llevado a cabo según lo previsto, en el plazo aproximado de dos meses, sin más incidencias que las interrupciones de obra debido a las lluvias. Estas interrupciones tuvieron una duración total de aproximadamente 2 semanas”. Afirma, asimismo, que “al abordar la ejecución de la cimentación (...), se constata la imposibilidad de ejecutar los pilotes de cimentación establecidos en el proyecto (...) debido a la inexistencia en el mercado de especialistas que ejecuten los pilotes con los diámetros especificados”, y que, por ello, “se decide, conjuntamente con la Dirección Facultativa y la constructora, realizar un estudio geotécnico

complementario al original de proyecto (...). Estos trabajos finalizan el viernes 4 de abril de 2008. Seguidamente se emite el informe correspondiente por parte del geólogo competente y visado por colegio oficial con fecha 11 de abril de 2008./ Dicho informe concluye que existen varias alternativas al pilotaje del proyecto original y, entre ellas, que es posible la ejecución de pilotes prefabricados (...). Presentada solución concreta por parte de la constructora y con el visto bueno de la Dirección Facultativa y la Promotora, se aprueba la ejecución de los mismos./ Con las circunstancias anteriormente mencionadas se prevé el inicio del pilotaje el día 21 de abril de 2008./ Según datos de la constructora, la ejecución del pilote prefabricado es de mayor rapidez (...), por lo que se prevé ejecutar en un plazo de 4-5 semanas frente a los 2 meses previstos para el pilotaje original y por tanto recuperar en torno a 3-4 semanas el retraso acumulado”.

12. Con fecha 29 de abril de 2008, el Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal elabora un nuevo informe que dirige a la Concejalía de Contratación, en el que señala, en relación con la ejecución de las obras, que “en fecha 24 de abril de 2008 se han iniciado los trabajos de pilotaje (...). Como resulta obvio, estas labores se inician con un fuerte retraso respecto al programa aprobado./ La modificación del tipo de pilotaje (...) debería ser tramitada en el Ayuntamiento con el estudio económico correspondiente./ Respecto a las cuestiones relativas a los días de lluvia, etc. que se señalan en el escrito de la concesionaria, nos parecen irrelevantes, y que más bien se trata de meras disculpas para justificación del retraso. Lo mismo podemos señalar con lo referente a los sondeos nuevamente ejecutados, cuando ya se había realizado el proyecto de cimentación con un estudio geotécnico previo”.

13. El día 2 de mayo de 2008, la Jefa del Servicio de Interior requiere a la adjudicataria para que entregue en la Sección de Contratación, en el plazo de cinco días, el “nuevo programa de trabajo, sin que se modifique la fecha final del plazo de ejecución de las obras”.

14. La Junta de Gobierno Local acuerda, en sesión celebrada el día 2 de junio de 2008, "requerir a la empresa el reajuste de la actividad constructiva a los plazos parciales derivados del programa de trabajo, advirtiéndole de que, en caso de no producirse la recuperación del retraso acumulado en las obras en los dos próximos meses y ante la presunción de la imposibilidad de incumplimiento del plazo total que se derivaría de ello, el órgano de contratación procederá a la imposición de las penalidades que resulten procedentes o, en su caso, (...) a la iniciación de expediente de resolución contractual". Asimismo, se acuerda, "respecto a la sustitución en la cimentación", advertir a la concesionaria que "cualquier modificación del proyecto exigirá la previa autorización por parte del Ayuntamiento -para la que habría de presentarse el oportuno proyecto modificado-".

15. Con fecha 11 de junio de 2008, la Adjunta a la Jefa del Servicio del Área Económica informa el plan económico-financiero, y el día 17 del mismo mes se requiere a la concesionaria para que "en el plazo de diez días" subsane los errores advertidos en el plan económico-financiero presentado, y justifique "las variaciones en los datos económicos respecto a los señalados en la oferta".

16. El mismo día 11 de junio de 2008, el Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal advierte que "en los cuatro meses de trabajos realizados, no se recibió en la Sección (...) ninguna certificación de las obras ejecutadas, ni relación valorada de ningún tipo", e informa que "el concesionario debería presentar el estudio geotécnico alternativo que justifique la nueva solución introducida en la cimentación (...), pues estamos en definitiva realizando realmente una modificación sustancial del proyecto aprobado".

17. El día 16 de junio de 2008 se notifica a la adjudicataria que la Junta de Gobierno Local ha acordado, el día 10 del mismo mes, lo siguiente: "una vez que finalice el primer plazo parcial de ejecución de las obras (...), y para el caso de incumplimiento, se inicien los trámites para la apertura de expediente sancionador que corresponda".

18. La concesionaria presenta, el día 16 de junio de 2008, un plan de trabajo que es informado por el Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal, con fecha 27 del mismo mes. En el informe se señala que “el plan de trabajo presentado ahora no es homologable al no estar realizado de manera homogénea con el aprobado para la concesión./ El plan inicial, viene con diagramas de importes mensuales de los diferentes capítulos que componen las obras; el presentado ahora es simplemente un plan de barras, donde claramente se concentra la actividad y la mayor parte de la obra en seis meses, entre septiembre de 2008 y febrero de 2009. Si el Plan se hiciera con importes como el aprobado, comprobaríamos la dificultad e imposibilidad de la ejecución de las obras concentradas en unos pocos meses y por consiguiente la dificultad de acabar la obra en plazo”. Asimismo, se señala que no ha sido presentado el “informe geotécnico nuevamente realizado por la empresa concesionaria, como alternativa al inicialmente incorporado al proyecto”, y que “por tanto desconocemos las razones en que se funda la ejecución en obra de pilotaje prefabricado, que era precisamente desaconsejado en el informe geotécnico aprobado”.

19. El día 7 de julio de 2008, el Concejal de Gobierno de Contratación requiere al contratista para que presente el plan de trabajo, “con barras e importes económicos, tal y como se presentó el aprobado inicialmente”, y el estudio geotécnico realizado como “alternativa al inicialmente propuesto”. Asimismo, “le recuerda su obligación de hacer entrega (...) de las certificaciones de obra”.

20. Presentado por el concesionario, en fecha que no consta, informe complementario al estudio geotécnico presentado en el proyecto, plan de trabajo modificado, y certificaciones de febrero a junio de 2008, el Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal suscribe un informe, con fecha 17 de julio de 2008, en el que señala lo siguiente: “la justificación del cambio del tipo de pilotaje queda ahora aclarada con el nuevo informe visado por el Colegio de Geólogos, y por tanto entendemos como totalmente superado el asunto planteado”. Sobre el plan de trabajo se señala que “será muy difícil de cumplir, pues en estos momentos a seis meses del inicio no se ha ejecutado el 10% del

total de la obra, y hacer el 90% restante en ocho meses es ciertamente difícil". En cuanto a las certificaciones se indica que "no trae ninguna pie de firma por lo que resultan inidentificables las personas que las conforman", ni se acompañan "las actas de precios nuevos conformados por la Dirección Facultativa y la Contrata. Por otra parte, los precios unitarios no se corresponden con los que figuran en el proyecto aprobado".

21. Tras la presentación de un nuevo plan de trabajo por parte de la contratista, el Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal informa el día 10 de septiembre de 2008 que "se presenta unilateralmente por la concesionaria un nuevo programa de trabajo; ya es el tercero en poco más de seis meses (...). Las obras se encuentran desde su inicio incumpliendo los plazos mensuales señalados (...), y con los sucesivos programas presentados lo que se pretende es adecuar estas a la marcha real de la obra, no la obra a la programación contratada".

22. El día 3 de diciembre de 2008, la empresa presenta un escrito al que adjunta un "modificado provisional" de las obras, con la precisión de que "a día de hoy a su vez se le pasa orden a la dirección facultativa encargada de la obra para que comiencen los trámites formales para poder presentar el modificado definitivo (...). La finalización prevista contando con los trámites administrativos que se deben realizar y a expensas de lograr la financiación para la obra (...) (siendo el retraso debido a las contingencias del mercado financiero), (...) será aproximadamente a finales del año que viene, salvo complicaciones derivadas de lo expresado anteriormente".

23. Con fecha 17 de diciembre de 2008, la Arquitecta de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal informa que la modificación propuesta supone un "aumento de la superficie construida de unos 1.126 m² construidos (un 18,4%)", y que "en el documento presentado se valora la ampliación de la superficie construida que se propone en 921.427,95 €". Precisa, además, que en tanto "conlleva un aumento de los parámetros urbanísticos de la parcela" el proyecto "debe ser informado por la Sección correspondiente", y que habrá de

presentarse "un proyecto de ejecución completo firmado por técnico competente (...) que cumpla con lo señalado en el artículo 124 de la Ley de Contratos (...) así como lo señalado en el Código Técnico de la Edificación en vigor y resto de normativa que le sea de aplicación, debiendo incorporar los proyectos parciales u otros documentos técnicos que, en su caso, deban desarrollarlo o completarlo./ Si procediese, previa a la aprobación del proyecto modificado definitivo, entendemos que deberá ser supervisado por la Sección que emitió el correspondiente informe de supervisión del proyecto inicialmente presentado". Finalmente, pone de manifiesto que "teniendo en cuenta el plazo de finalización de las obras (05-04-2009) y la obra ejecutada a día de hoy (...), la demora y el incumplimiento de los plazos parciales suponen la imposibilidad de terminación de la obra dentro del plazo total".

24. El día 9 de febrero de 2009, el representante de la concesionaria presenta un escrito en el que señala que "la redacción del proyecto modificado va a suponer un incremento en los costes, todavía sin cuantificar, pero que redundará en una mejor acogida por parte de los posibles usuarios del centro". Asimismo, manifiesta que "la situación económica actual está provocando dificultades en el mantenimiento del modelo económico provisional presentado en su día (...) que pensamos puedan provocar variaciones temporales en el desarrollo del proyecto, sin otras consecuencias", e indica que "a pesar de todas las dificultades es nuestra voluntad seguir con los compromisos contraídos". Solicita que se le "conceda un plazo máximo de tres meses" para la entrega del proyecto modificado, que "se permita la entrega del calendario de obra una vez que se tenga redactado el citado proyecto", y que "no se aplique penalización alguna por incumplimiento de los plazos previstos, ya que estos no están motivados por la voluntad de los promotores, sino por causas que entendemos son de fuerza mayor".

25. En un nuevo escrito presentado el día 18 de junio de 2009, el representante de la concesionaria pone de manifiesto la falta de "financiación externa para poder continuar con la ejecución de obra en tiempo y forma", y

solicita que se le conceda “una moratoria de seis meses” para “intentar solucionar la obtención de la necesaria financiación”.

26. En sesión celebrada el día 9 de julio de 2009, la Junta de Gobierno Local acuerda “aprobar la suspensión temporal total de las obras” por “plazo máximo de dos meses, durante el que (la concesionaria) deberá presentar el proyecto modificado para su aprobación, así como el estudio económico financiero para su financiación y el programa de trabajo. Concluido el plazo y aprobado el proyecto modificado, deberán reanudarse las obras, que deberán estar finalizadas en el plazo máximo de los seis meses siguientes”. En el texto del acuerdo se hace alusión a las circunstancias “de índole económico-financiera existentes en la actualidad y que condicionan la continuidad de los trabajos de manera inmediata”. Según se señala en el texto del Acuerdo, “ha sido la intensificación de la crisis financiera y el endurecimiento considerable de las condiciones de crédito, con la creciente incertidumbre sobre el panorama económico futuro que ha supuesto un significativo retraimiento de la demanda y la inversión, las circunstancias que han justificado la aprobación del RD-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crea el Fondo Estatal de Inversión Local, tal y como se reconoce en su preámbulo, circunstancias que, por otro lado, han sido estimadas por la Junta de Gobierno para acordar la resolución, por mutuo acuerdo, de la concesión de obra pública referida a las instalaciones previstas en terrenos municipales en Rubín y La Corredoria”.

27. Con fecha 3 de febrero de 2010, el representante de la contratista solicita que se le conceda “una moratoria de quince días” al objeto de “solucionar la obtención de la necesaria financiación ajena para garantizar la finalización de dicho proyecto”. La prórroga solicitada es concedida por la Junta de Gobierno Local mediante acuerdo adoptado el día 4 de febrero de 2010.

28. En sesión celebrada el día 8 de julio de 2010, la Junta de Gobierno Local acuerda requerir a la concesionaria para que “en el plazo improrrogable de diez días”, se certifique por la Dirección Facultativa “el % ejecutado de la obra, así como la fecha prevista para la conclusión de las obras”, para que “presente el

proyecto modificado, estudio económico financiero y programa de trabajo”, y “urja el avance de la obra conforme a los calendarios presentados”.

29. En escrito presentado el día 21 de julio de 2010, el representante de la contratista reitera la voluntad de su empresa de ejecutar las obras, “cuyo fin estimamos se pueda producir en mayo de 2011, siempre y cuando se obtenga la financiación necesaria”. Manifiesta que “el día 2 de diciembre de 2009 se presentó para su aprobación (...) el proyecto básico de ampliación y redistribución del centro lúdico y el planning de obra, no habiendo recibido contestación alguna”, y comunica que “durante el mes de agosto la obra permanecerá parada, a la espera de obtener la aprobación del proyecto modificado (...), y también a la espera de conseguir financiación en base a las negociaciones en curso. En tal caso, las obras se reiniciarán el próximo 1 de septiembre”.

30. La Junta de Gobierno Local acuerda, el día 5 de agosto de 2010, “que por la responsable técnica municipal del contrato se certifique en el plazo de 15 días la obra ejecutada, como trámite previo a la resolución del contrato”. El citado acuerdo es notificado a la concesionaria el día 6 del mismo mes.

31. Reiterado, mediante escritos de fechas 25 de noviembre de 2010 y 22 de febrero de 2011, el requerimiento efectuado por la Junta de Gobierno Local en Acuerdo de fecha 8 de julio de 2010, el representante de la adjudicataria solicita, el día 3 de marzo de 2011, que “previa aprobación del proyecto básico para adecuar la obra a la propuesta proyectada (...), se conceda a esta parte un plazo suficiente para la confección y posterior presentación de esa documentación y el resto de la requerida”.

32. El día 30 de marzo de 2011, la Arquitecta Técnica de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal informa que “esta última solicitud por parte de la empresa no es más que un nuevo pretexto para eludir presentar el proyecto de ejecución tantas veces requerido así como conseguir una nueva dilatación en los plazos exigidos por el Ayuntamiento”.

33. En sesión celebrada el 14 de abril de 2011, la Junta de Gobierno Local acuerda “incoar el procedimiento de resolución del contrato”, con “pérdida de la garantía definitiva”, por incumplimiento de “obligaciones contractuales esenciales”, reseñando como tales “no haber cumplimentado los sucesivos requerimientos de presentación de documentación, especialmente en lo que se refiere al proyecto modificado de ejecución, y la demora en la ejecución de las obras, con la ralentización y, en algún caso, paralización de las mismas”, todo ello, “en atención a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares regulador de la concesión de obra pública (artículos 30º, apartado 1; 34º, apartado D), y 37º, apartado 2), así como en la legislación contractual aplicable”.

34. Notificado el acuerdo de incoación a la concesionaria y al avalista, y tras acordar la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el día 12 de mayo de 2011, la ampliación del plazo para formular alegaciones, el representante de la concesionaria presenta un escrito el día 2 de junio de 2011 en el que manifiesta que las dificultades de financiación en el contexto de la crisis son ajenas a la empresa y constituyen un “acto propio” de la Administración, al haber sido asumidas por la Junta de Gobierno Local en la argumentación del Acuerdo adoptado el día 9 de julio de 2009, y que, al amparo de dicha situación financiera, el Ayuntamiento ha acordado en otros casos la resolución “por mutuo acuerdo”. Asimismo califica el “retraso” en la ejecución como “supuesto”, al no haber aprobado el Ayuntamiento el “proyecto modificado” y el “planning de trabajo”, y solicita que se “dicte resolución de archivo del expediente de resolución contractual” y que, “previo acuerdo del órgano competente aprobando el proyecto, y el planning en su día presentados, se conceda a esta parte un plazo suficiente para el cumplimiento de sus obligaciones”.

35. Con fecha 28 de junio de 2011, la Adjunta a la Jefa del Servicio del Área de Interior suscribe un informe, con la conformidad de la Jefa del Servicio, en el que señala que “el fundamento del acuerdo municipal sobre la suspensión temporal de las obras por la situación económica no puede ser considerado

para justificar que, por tal circunstancia y mientras dure la crisis, cuyo final, obviamente, no puede ser determinado por el Ayuntamiento, el adjudicatario puede adaptar, sin límite temporal alguno, el ritmo de la ejecución al marcado por sus problemas de financiación, no pudiendo, en cambio, el Ayuntamiento adoptar medida alguna en defensa del interés general -representado por la finalización de las obras y prestación de los servicios objeto del contrato- que choque con el interés de la empresa”.

Señala que las diferencias entre este y otros casos en los que se acordó la resolución por mutuo acuerdo al amparo de la crisis económica son “claras”, pues en aquellos ni siquiera “se llegó a la aprobación de los proyectos presentados”, el concesionario solicitó la resolución “ante la imposibilidad de alcanzar las previsiones de la demanda en los servicios”, y de la resolución “no se derivaban obligaciones económicas para el Ayuntamiento”, existiendo, además, otras razones de interés público, “dada la previsión de destino de las parcelas a otros usos”.

Entiende que “la dilatación del proceso constructivo una vez finalizada la suspensión temporal total aprobada es esencialmente imputable a la empresa concesionaria”.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución que propone, señala que “procederá la incautación de la garantía definitiva y la indemnización a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”.

El mismo juicio favorable a la resolución contractual se contiene en los informes de la Directora Jurídica Municipal, de fecha 11 de julio de 2011, y del Interventor General, fechado el 2 de agosto de 2011.

36. La Junta de Gobierno Local, en sesión de 1 de septiembre de 2011, adopta un acuerdo declarando la caducidad del procedimiento resolutorio anterior e incoando uno nuevo por incumplimiento culpable del contratista. En este mismo Acuerdo se dispone que, en el seno del nuevo procedimiento, se requiera a la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal para que “informe sobre la cuantificación los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento con motivo de la resolución y cuya indemnización deba hacerse efectiva sobre la garantía

constituida". Asimismo, se acuerda "dar trámite de audiencia a la empresa concesionaria (...) y a la entidad avalista de todos los informes sobre la resolución del contrato por plazo de 10 días naturales".

37. Trasladado a la concesionaria y a los avalistas el acuerdo de incoación de un nuevo procedimiento de resolución contractual, la empresa concesionaria presenta, el día 15 de septiembre de 2011, un escueto escrito de alegaciones. En él expone que no se le ha dado traslado de "todos los informes sobre la resolución del contrato", por lo que solicita su entrega con suspensión del plazo para alegaciones "en evitación de indefensión".

Mediante Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 3 de octubre de 2011, se resuelve "dar nuevamente trámite de audiencia" a los interesados, "dada la importancia" que el mismo "tiene en el procedimiento de resolución contractual".

38. Evacuados los oportunos traslados, la concesionaria presenta el 25 de octubre de 2011 un escrito de alegaciones en el que reitera su oposición a la resolución contractual, remitiéndose a las alegaciones formuladas con anterioridad. Señala que "el Ayuntamiento no ha dictado resolución alguna aprobando el proyecto, ni el planning (...), teniendo en cuenta que la fecha de tal aprobación sería la que diera inicio al cómputo de seis meses para finalizar la obra".

Sobre "la necesidad de que la modificación se documentase en un proyecto de ejecución y no en un básico", reconoce "la fundamentación legal de su exigibilidad (Código Técnico), lo que, efectivamente no es discutible"; no obstante, afirma que "en nuestro caso, lo pactado por las partes y, realmente, actuado en el inicio del contrato, no fue así. Entonces (...), no se presentó originalmente un proyecto de ejecución, lo que se hizo luego, meses después, siendo aprobado éste por Acuerdo de la Junta de Gobierno de 23-10-2007./ La razón de tal proceder parece del todo lógica si se repara en que estamos ante un contrato de concesión de obra pública y que pudiera darse la posibilidad de que el Ayuntamiento no aprobase tal modificación, con lo que se incrementarían innecesariamente los gastos del concesionario./ Así pues, lo que

parece lógico y más ajustado, tanto a la literalidad del contrato, como a los hechos coetáneos y posteriores de ambas partes, es que primero se aprobase el proyecto básico y, luego, se presentase ya el de ejecución./ Solo por esta simple razón la pretensión resolutoria de ese Ayuntamiento es nula de pleno derecho./ Otra cuestión que debe resaltarse es que esa Administración nunca se ha opuesto a la modificación, sino que, tan solo, plantea cuestiones de orden formal, con el fin de tratar de sustentar su injusta pretensión de resolver el contrato”.

Insiste en que, en otros casos, con el argumento de “la crisis financiera en el sector de la construcción”, el Ayuntamiento ha llegado (...) a una resolución “por mutuo acuerdo”, y que “no encontramos, (...) diferencia alguna entre (...) aquellos casos con el presente”.

Manifiesta que “si inicialmente se habló de incumplimiento del plazo, ahora se pretende imputar la falta de presentación del proyecto de ejecución modificado, lo que es del todo contradictorio (...). Si el proyecto de ejecución no se presentó, ni aprobó, (...) no sería posible considerarlo como causa resolutoria, pues la obra habría de ejecutarse conforme al original. Y si se reconoce su necesidad pero, en cambio, falta su aprobación, no sería posible hablar de retraso temporal”.

Por último, y en cuanto a los efectos de la resolución contractual, pone de manifiesto su “más absoluta disconformidad con la valoración efectuada, dejando solicitada ya la práctica de una prueba pericial contradictoria”.

39. Con fecha 26 de octubre de 2011, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior del Ayuntamiento, con el visto bueno de la Jefa del Servicio y la conformidad de la Directora Jurídica Municipal, libra informe con propuesta de resolución desestimatoria de las alegaciones presentadas, por las razones que expone, y en particular por cuanto a partir de la aprobación del proyecto de ejecución mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 23 de octubre de 2007, “el único documento a considerar era el proyecto de ejecución y, en consecuencia, la posibilidad de introducir modificaciones en las obras debía estar referida al mismo exclusivamente, no a un anteproyecto, (...) ni a cualquier otra forma documental distinta a la de proyecto de ejecución”.

Señala que “puesto que nunca se ha presentado el proyecto modificado de ejecución, el órgano de contratación del Ayuntamiento no ha podido conocer en toda su extensión lo pretendido con la modificación del proyecto original y, en consecuencia, no ha podido adoptar acuerdo sobre el mismo”, y que “considerar ‘cuestiones de orden formal’ el incumplimiento reiterado de los requerimientos realizados, de la obligación principal de ejecutar el contrato -es decir, construir la obra y prestar los servicios incluidos en la concesión- es desconocer la esencia misma de la contratación administrativa en general y de este contrato en particular”.

Finalmente se concluye que, de lo actuado, resulta “evidente” que “la empresa ha incumplido su obligación contractual esencial cual es la de ejecutar la obra y prestar el servicio que ha justificado la contratación”, y que “los retrasos imputables a la concesionaria -continuos y manifiestos no solo desde el inicio de las obras, sino desde el mismo momento de constituir la sociedad propuesta- y su manifiesto desinterés por cumplir con los requerimientos realizados sobre el proyecto modificado (...) son una manifestación más del incumplimiento de obligaciones contractuales que han llevado al incumplimiento de la obligación principal”.

40. El día 2 de noviembre de 2011 se incorpora a las actuaciones un nuevo informe de Intervención que se remite al anterior de fecha 2 de agosto de 2011.

41. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 26 de enero de 2012, se declara la caducidad del procedimiento iniciado con fecha 1 de septiembre de 2011, y el inicio de un nuevo procedimiento de resolución contractual con idéntico fundamento que el anterior.

42. Durante la instrucción de aquel procedimiento, se incorporan al expediente los siguientes documentos: a) Escrito de oposición de la concesionaria, presentado el día 10 de febrero de 2012, en el que reitera lo argumentado con anterioridad. b) Escrito de oposición del avalista, presentado el día 12 de febrero de 2012, en el que señala que el incumplimiento del plazo de ejecución

de la obra no es imputable al concesionario, pues “el contrato fue adjudicado en septiembre de 2006, cuando nadie podía prever en modo alguno la crisis que se desataría en los años 2008 y siguientes”, y dado que “la viabilidad económica de la obra es hoy imposible de obtener conforme a las previsiones económico-financieras en las que se realizó la adjudicación”. Seguidamente afirma que, puesto que “la naturaleza esencial de la fianza definitiva es la de resarcir a la Administración de los daños y perjuicios causados, habrá que valorar tales perjuicios con arreglo a criterios objetivos (...). La Administración no puede, sin más, quedarse con el importe de la fianza, en perjuicio del fiador, que no sabe si la responsabilidad del deudor principal es superior, o inferior”. c) Informe de la Adjunta a la Jefa del Servicio del Área de Interior, de fecha 20 de febrero de 2012, en el que pone de manifiesto que “la ejecución de las obras y la explotación del servicio eran a riesgo y ventura del adjudicatario”, lo que “significa que, con carácter general, el contratista asume las consecuencias derivadas de los riesgos contractuales, salvo en aquellos casos previstos en el ordenamiento jurídico, como ocurre con la fuerza mayor, la revisión de precios o la doctrina del riesgo imprevisible”. Destaca que la concesionaria “no ha acreditado documentalmente de qué manera la crisis económica le ha supuesto unos costes extraordinarios y anormales. Ni siquiera ha aportado documentos que justifiquen de manera indubitada sus problemas financieros, limitándose solo a invocarlos./ Por otro lado, cuando el artículo 248 TRLCAP se refiere a las causas de fuerza mayor en relación con el restablecimiento del equilibrio económico en la concesión de obra pública, hace expresa remisión a los supuestos previstos en el artículo 144 para el contrato de obras (...), ninguno de los cuales concurre en el presente caso”. Finalmente señala, en cuanto a los efectos de la resolución, que procede la incautación de la garantía y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento, los cuales “existen dado que estamos ante una obra inacabada, cuya finalización, en los términos en los que resulte técnicamente posible, deberá ser asumida por el Ayuntamiento”. d) Informe de la Responsable de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal, de fecha 19 de junio de 2012, referente a “la liquidación de las obras de referencia y cuantificación de los correspondientes daños y perjuicios”. En el citado informe se valoran los daños y perjuicios ocasionados al

Ayuntamiento en 3.684.914,70 €, y “el importe de las obras realmente ejecutadas” en la “cantidad total de 2.764.671,28 €”, lo que “supone un 21,89% del total del presupuesto de ejecución material (PEM) del proyecto presentado, quedando pendiente de ejecución un 78,11%”.

43. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 20 de septiembre de 2012, se declara la caducidad del procedimiento resolutorio iniciado el día 26 de enero de 2012 y se dispone la incoación de un nuevo procedimiento de resolución contractual, basado en el incumplimiento por el contratista de “obligaciones contractuales esenciales (plazo, ejecución de las obras, puesta en funcionamiento de las mismas y presentación del proyecto modificado de ejecución)”. En cuanto a los efectos, se precisa que supondrá la “pérdida de la garantía definitiva” y la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la resolución, los cuales se determinarán con exactitud “en procedimiento contradictorio específico al respecto”.

44. Abierto el trámite de audiencia, con fechas 6 y 10 de octubre de 2012, respectivamente, los representantes de la contratista y la avalista reiteran su oposición a la resolución contractual, reproduciendo los argumentos contenidos en anteriores escritos.

La instrucción continúa con la incorporación al expediente de los siguientes documentos: a) Informe de la Adjunta a la Jefa del Servicio del Área de Interior, de fecha 25 de octubre de 2012, con propuesta favorable a la resolución contractual, en la que “se ratifican cuantos argumentos fácticos y jurídicos se han expuesto en anteriores informes”, remitiéndose, en cuanto a los efectos resolutorios, a los establecidos en el acuerdo de incoación del procedimiento. b) Informe de la Abogacía Consistorial, de fecha 31 de octubre de 2012, en el que se señala que concurren razones “más que evidentes para la resolución del contrato vinculadas a la demora en el cumplimiento de los plazos e incumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales”, que “no puede admitirse la existencia de razones de fuerza mayor vinculadas al contrato”, y que “la incautación de la garantía en casos de resolución por incumplimiento de las obligaciones del contrato es una

consecuencia taxativamente establecida por el art. 113 TRLCAP". c) Informe del Interventor General, de fecha 7 de noviembre de 2012, en el que recuerda que "el concesionario asume el riesgo y ventura de la concesión", que "el interés público exige la pronta resolución del contrato habida cuenta de que la concesionaria persigue una supuesta suspensión indefinida en el tiempo", y que "la alegada doctrina de los 'actos propios' exige en todo caso que el acto originario vinculante para la Administración Pública defina de modo inalterable una situación jurídica, definiéndola de forma concluyente e indubitada (...). Cuando estamos ante un acuerdo de suspensión temporal difícilmente puede decirse que su concesión defina de forma inalterable para el futuro una situación jurídica".

45. En sesión celebrada el día 21 de noviembre de 2012, la Junta de Gobierno Local acuerda "dar traslado del expediente al Consejo Consultivo para la emisión del preceptivo informe", y "acordar la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución, por el tiempo mediano entre la petición del informe al Consejo Consultivo y la recepción del mismo, sin que tal suspensión pueda exceder de tres meses".

46. En ese estado de tramitación, mediante escrito de 26 de noviembre de 2012, registrado de entrada el día 27 del mismo mes, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de concesión de obras públicas para la construcción y explotación de un centro lúdico-acuático y deportivo en terrenos situados en Prados de la Fuente, adjuntando a tal fin copia compulsada 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 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.

SEGUNDA.- La calificación jurídica del contrato que examinamos, atendiendo a lo señalado en la cláusula 1 del pliego de las administrativas particulares, es la propia de un contrato administrativo típico de concesión de obras públicas.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado el contrato -26 de septiembre de 2006-, y teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a cuyo tenor, "Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior", su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, 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 7.1 del TRLCAP, el contenido en el propio TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

No obstante, al objeto de determinar la ley aplicable al procedimiento de resolución contractual y a la competencia del órgano que debe acordarla hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento resolutorio, que en este caso ha tenido lugar mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 20 de septiembre de 2012, lo que implica la aplicabilidad del TRLCSP.

Conforme a lo establecido en el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en adelante TRRL), el órgano de la entidad local competente para contratar podrá acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legales. En idéntico sentido se pronuncia el artículo 59.1 del TRLCAP, con arreglo al cual el órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente, la prerrogativa de "acordar su resolución y determinar los efectos de ésta".

El ejercicio de dichas prerrogativas, 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 señalar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

Una vez iniciado el procedimiento por el órgano competente -al tratarse de un municipio de gran población, la Junta de Gobierno Local, según establece la disposición adicional segunda, apartado 3, del TRLCSP-, ha sido instruido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP, que remite a sus normas de desarrollo, y en el artículo 109.1 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. 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 (tal como se reitera en el artículo 114.2 del TRRL); audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria. Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención de la entidad, según dispone el artículo 114 del TRRL, que consta en el expediente que analizamos. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo

cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

En el caso que examinamos se cumplen sustancialmente tales requisitos, puesto que, iniciado el procedimiento de oficio, se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa concesionaria y al avalista, que se oponen a la resolución, y se han incorporado al expediente los informes de la Abogacía Consistorial y la Intervención Municipal.

Por otro lado, apreciamos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución -mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de septiembre de 2012-, en la fecha de emisión de este dictamen, habría transcurrido el plazo máximo de tres meses señalado en el artículo 42.3 de la 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 -Sección 4ª- y de 9 de septiembre de 2009 y 8 de septiembre de 2010 -Sección 6ª-, entre otras). No obstante, resulta de la documentación remitida que la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución desde la petición de dictamen a este Consejo hasta la emisión del mismo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, por lo que hemos de entender - pese a que no consta en el expediente la comunicación de la suspensión al contratista y a la aseguradora- que no ha transcurrido el plazo máximo legalmente establecido, debiendo reanudarse su cómputo el día de recepción de este dictamen, lo que habrá de comunicarse igualmente a los interesados.

TERCERA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de indicar, 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 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 vigente y a las cláusulas establecidas en dicho contrato.

El pliego de cláusulas administrativas rector del contrato que analizamos, establece en su artículo 37º, apartado 2, que sus causas de resolución son “las previstas en los artículos 111 y 264 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Del acuerdo por el que se inicia el procedimiento de resolución contractual, resulta que aquella se sustenta en diversos incumplimientos por parte del contratista que se engloban en la causa general contenida en el artículo 111, letra g), del TRLCAP, esto es, “incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”.

Resulta de los documentos obrantes en el expediente que, transcurridos más de tres años y medio desde la finalización del plazo comprometido para la realización de las obras, la contratista no las ha terminado, quedando pendiente de ejecutar un volumen que la Responsable de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal cifra, en su informe de fecha 19 de junio de 2012, en un 78,11% del presupuesto de ejecución material del proyecto aprobado.

Sentado que existe un incumplimiento de la relevancia suficiente para permitir la resolución del contrato -en forma de inobservancia de una de las prestaciones esenciales que constituyen su objeto, esto es, la edificación de las instalaciones que han de servir de instrumento para la prestación del servicio- hemos de analizar si el mismo puede achacarse a la culpa del contratista.

El concesionario aduce que no puede ejecutar la obra por causas ajenas a su voluntad, que llega a calificar de “fuerza mayor”, y que concreta en una supuesta imposibilidad de obtener la financiación que la ejecución de los trabajos demanda. Manifiesta, además, que la declaración de voluntad contenida en el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 9 de julio de 2009, por el que se acordó aprobar la “suspensión temporal total de las obras” debido a la concurrencia de circunstancias “de índole económico-financiera” que “condicionan la continuidad de los trabajos de forma inmediata”, vincula a la Administración hasta el punto de que esta no puede ejercitar ahora su potestad de resolución contractual, en tanto que supondría venir contra aquel acto. Aduce el precedente de la resolución contractual por mutuo acuerdo en casos similares, al amparo del contexto financiero, y finalmente, imputa a la Administración municipal la no aprobación del proyecto

modificado, llegando a cuestionar que, a falta de aquella aprobación, exista mora en la ejecución de los trabajos.

Frente a las alegaciones de la concesionaria, la documentación obrante en el expediente evidencia una demora en el cumplimiento de los plazos previos y posteriores al inicio de las obras que no puede achacarse sino al propio contratista. Así, según informa la Sección de Contratación con fecha 30 de enero de 2007, debido al retraso en la presentación por parte de las adjudicatarias de la documentación acreditativa de estar al corriente en las obligaciones tributarias y a la demora en la constitución de la sociedad concesionaria, el contrato no se formaliza en plazo. El proyecto de ejecución de los trabajos se presenta, asimismo, tardíamente, con más de nueve meses de retraso respecto de lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas aprobado para regir la contratación, y la demora en la presentación de otros documentos, como el Programa de trabajo y el Plan de Seguridad y Salud, también retrasa el inicio de las labores, según pone de manifiesto el Concejal Delegado en su escrito de fecha 5 de febrero de 2008.

Iniciada la actividad constructiva, la ejecución se demora nuevamente debido a una imprevisión imputable a la concesionaria autora del proyecto, pues la cimentación proyectada no puede ejecutarse debido a la "inexistencia en el mercado de especialistas" que ejecuten los pilotes "con los diámetros especificados", según reconoce su representante en el escrito presentado el 17 de abril de 2008.

El día 17 de julio de 2008, a ocho meses para la finalización del plazo de ejecución, el Responsable de Edificios y Patrimonio Municipal ya pone de manifiesto que el plan de trabajo será "muy difícil de cumplir", pues en seis meses "no se ha ejecutado el 10% del total de la obra".

Con fecha 3 de diciembre de 2009, cuando quedan únicamente 4 meses para que se consuma el plazo total de ejecución sin avances notables en la ejecución de los trabajos, la concesionaria propone una modificación del contrato que afecta al 18,4% de la superficie construida, si bien no acompaña aquella del proyecto técnico correspondiente. En el mismo escrito en el que solicita la modificación del contrato alude por primera vez a las dificultades para

obtener financiación "debido a las contingencias del mercado", como causa de su incumplimiento.

El día 9 de febrero de 2009 solicita que se le conceda una prórroga de "tres meses" para la "entrega del proyecto modificado", lo que incumple sin ofrecer justificación alguna, y el 18 de junio de 2009, rebasado ya el plazo total de ejecución, pide "una moratoria de seis meses" para intentar solucionar la obtención de la financiación necesaria.

Considerando la coyuntura económica y el "endurecimiento de las condiciones de crédito", el órgano de contratación accede, mediante Acuerdo adoptado el día 9 de julio de 2009, a la "suspensión temporal total de las obras" por un plazo máximo de dos meses, durante el cual el contratista ha de presentar el proyecto modificado para su aprobación, el estudio económico-financiero y el programa de trabajo. En el mismo Acuerdo se establece, no obstante, que concluido aquel plazo y aprobado el proyecto modificado, "deberán reanudarse las obras, que deberán estar finalizadas en el plazo máximo de los seis meses siguientes". El contratista incumple de nuevo tanto aquellos plazos como el compromiso de presentar el proyecto de modificación.

A la luz de los antecedentes que acaban de describirse y resultan de los documentos obrantes en el expediente que analizamos, resulta palmario que las razones esgrimidas por la concesionaria en su descargo no pueden dispensarla de las responsabilidades derivadas del compromiso contractual.

Como señala la Administración consultante, las dificultades financieras del concesionario constituyen un supuesto incluido en la órbita del riesgo y ventura del contratista. Este principio general en materia contractual, que recoge el artículo 239 del TRLCAP respecto del contrato de concesión de obras públicas, evoca el riesgo que el contratista asume en relación con las contingencias comunes, esto es, no comprendidas en los supuestos de fuerza mayor taxativamente enumerados en el artículo 144 del TRLCAP, entre los que no se cuenta la coyuntura del mercado financiero. Por ello, cualquier licitador diligente sabe que, incluso antes de presentar su proposición, debe tener resuelta la financiación del proyecto, pues de resultar adjudicatario tendrá que ejecutarlo en el tiempo y forma comprometidos en su oferta.

El concesionario no puede pretender seriamente que, de un acuerdo de "suspensión temporal" -mediante el que el órgano de contratación, finalizado ya el plazo de ejecución contractual, intenta salvar la ejecución del proyecto y eludir los gravísimos perjuicios que para el interés público ocasiona la resolución contractual- se derive que el objeto del contrato pueda realizarse sin sujeción a plazo alguno. Los contratos administrativos son negocios jurídicos de los llamados fijos, en los que el tiempo tiene carácter esencial, por lo que su ejecución ha de realizarse con sujeción al plazo convenido, produciendo la demora del contratista los efectos establecidos en el artículo 95 del TRLCAP. Por ello, el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local el día 9 de julio de 2009 vincula a la Administración, en cuanto acto propio, a respetar la suspensión durante el plazo de dos meses y el plazo de seis meses adicionalmente otorgado para finalizar las obras, y a nada más.

Frente a la mera afirmación del contratista de que el Ayuntamiento ha actuado de modo distinto en precedentes similares, la Administración consultante razona que los casos en que se ha acordado la resolución por mutuo acuerdo, ponderando la situación de crisis económica, son diferentes al que ahora nos ocupa pues, según señala la Adjunta a la Jefa del Servicio del Área de Interior en su informe de fecha 28 de junio de 2011, en aquellos casos la resolución, de la que no se derivaban "obligaciones económicas para el Ayuntamiento", se planteó antes de iniciarse la ejecución del contrato y atendiendo a razones de interés público, "dada la previsión de destino de las parcelas a otros usos".

En cualquier caso, el TRLCAP veta la resolución por mutuo acuerdo en el asunto que analizamos pues, de acuerdo con su artículo 112.4, solo podrá tener lugar cuando concurren, cumulativamente, dos circunstancias: que no concorra "otra causa de resolución imputable al contratista" y que "razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato". Ninguna de ellas se da en este caso, pues la falta de ejecución es, como antes hemos razonado, imputable al contratista y, por otra parte, resulta de la documentación obrante en el expediente que subsiste en el Ayuntamiento la intención de ejecutar el contrato.

Por último, no puede acogerse el concesionario, para justificar el incumplimiento de la obligación de ejecutar la obra en plazo, a la ausencia de aprobación municipal de un proyecto modificado por él mismo propuesto y que, sin embargo, nunca llegó a presentar. En ausencia de aprobación de la modificación contractual correspondiente, lo cual constituye para la Administración una prerrogativa, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 del TRLCAP, y no una obligación, como parece pretender el contratista, la prestación debió realizarse conforme al proyecto aprobado, lo que no ha sucedido.

En suma, resulta de lo actuado que, efectivamente, puede imputarse al contratista el incumplimiento culpable del contrato, y que este incumplimiento es sustancial en la medida en que no han sido ejecutadas las prestaciones que constituyen su objeto, sin que las supuestas dificultades financieras aducidas por el concesionario en su descargo, ni la falta de aprobación por parte de la Administración de la modificación por él pretendida, puedan legitimar la exoneración de las obligaciones contractualmente asumidas.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, resulta de aplicación el artículo 266.4 del TRLCAP, a cuyo tenor "Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, 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". Asimismo deberá efectuarse la liquidación de las obras ejecutadas, conforme a lo previsto en el apartado 1 del mismo artículo 266.

En definitiva, procede la incautación de la garantía definitiva, cuyo importe asciende a 132.721,91 €, y la exigencia al contratista, una vez resuelto el contrato, de los daños y perjuicios irrogados en cuanto al exceso no cubierto por la citada garantía. Tales daños, que han sido provisionalmente cuantificados por la Responsable de la Sección de Edificios y Patrimonio Municipal en 3.864.914,70 €, habrán de ser determinados en expediente contradictorio conforme a los parámetros del artículo 113 del RGLCAP, pudiendo compensarse la indemnización que proceda con el saldo resultante de la liquidación.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de un centro lúdico-acuático y deportivo en terrenos situados en Prados de la Fuente, adjudicado a

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.