

Expediente Núm. 138/2013
Dictamen Núm. 160/2013

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 25 de julio de 2013, 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 24 de junio de 2013, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de acondicionamiento del río Nora a su paso por La Corredoria, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 23 de agosto de 2012, se adjudica el contrato de obras de acondicionamiento del río Nora a su paso por La Corredoria por un precio de 600.000 euros, IVA excluido, y con un plazo de ejecución de cuatro meses.

El día 29 del mismo mes se formaliza el contrato en documento administrativo.

2. Obran incorporados al expediente, entre otros documentos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la contratación, el justificante de depósito en la Tesorería municipal de la garantía definitiva por importe de 30.000 euros y el acta de comprobación del replanteo extendida el día 31 de agosto de 2012.

3. Con fecha 12 de diciembre de 2012, el Servicio de Proyectos, Obras y Transporte del Ayuntamiento de Oviedo requiere al adjudicatario para que “en el plazo de tres días aporten programa de trabajos adaptado a la situación actual en que se justifique el cumplimiento del plazo contractual”.

4. El día 17 de diciembre de 2012, en respuesta al requerimiento anterior, el Director Técnico de la empresa adjudicataria remite al Ayuntamiento de Oviedo, mediante fax, un escrito en el que refiere que “debido a los problemas financieros por los que esta empresa viene pasando en los últimos meses, unido a la falta de definición de alguno de los elementos que componen el proyecto a ejecutar, no ha sido posible la ejecución de dichos trabajos con el ritmo necesario para la finalización de los mismos en dicho plazo”, y solicita “una ampliación del plazo de ejecución de las obras que garantice la correcta ejecución de los trabajos teniendo en cuenta que en breves fechas creemos solventar dichos problemas”.

En un nuevo escrito, presentado el 19 de diciembre de 2012 también mediante fax, el contratista precisa que “se encuentra en pre-concurso de acreedores” y que “en los próximos días tenemos intención de solicitar el concurso de acreedores, con lo que a partir del mes de enero de 2013 desaparecerá la actual incertidumbre en cuanto a confianza de los suministradores y proveedores necesarios para la ejecución de las obras, comprometiéndonos en ese momento desde esta empresa a poner todos los medios necesarios para una rápida ejecución y finalización de las obras”.

5. Con fecha 18 de febrero de 2013, el Boletín Oficial del Estado publica un anuncio del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Oviedo por el que se hace saber que se ha dictado, a instancias del adjudicatario, Auto de declaración de concurso voluntario en fecha 8 de enero de 2013.

6. Ese mismo día, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior emite informe en el que señala que “el Ayuntamiento puede acordar la continuidad del contrato mientras no se produzca la apertura de la fase de liquidación (...), siendo requisito necesario para ello la presentación por la empresa de las garantías que el Ayuntamiento estime suficientes para la ejecución contractual”. Por tanto, y “como paso previo a la adopción de cualquier acuerdo”, considera necesario que el responsable del contrato informe, entre otros extremos, sobre el estado de ejecución de los trabajos, las “garantías que, según su criterio, serían suficientes para justificar la continuidad de las obras por el contratista o, en su caso, razones que justificarían la adopción del acuerdo de resolución del contrato en atención al interés público” y la “cuantificación de los daños o perjuicios ocasionados o que se puedan ocasionar al Ayuntamiento como consecuencia de la situación contractual (por la paralización de las obras, por la necesidad de aseguramiento de la obra ejecutada, por el incremento de los costes, etc.)”. También entiende que resulta necesario un informe de la Coordinadora del Proyecto Urban sobre “las consecuencias derivadas de la paralización y, en su caso, resolución del contrato desde la perspectiva de la cofinanciación por la Unión Europea con cargo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER)” y “las garantías que, según su criterio y en los términos anteriores, se podrían exigir a la empresa para justificar la continuidad de las obras”.

7. Con fecha 20 de febrero de 2013, la Coordinadora del Proyecto Urban informa que “este contrato no sería elegible (*sic*) a efectos del FEDER en

ningún caso, dado que se está incumpliendo el plazo de ejecución del mismo desde el día 31 de diciembre de 2012, siendo además este uno de los criterios de adjudicación a valorar en la licitación”. Por ello, propone “que por la Sección de Contratación se proceda a realizar los trámites necesarios para rescindir el contrato, no solo por la situación concursal, sino también por el incumplimiento del plazo de ejecución del mismo”, precisando que de la resolución “a efectos del FEDER no se derivaría ninguna consecuencia financiera siempre y cuando el nuevo contrato de obras que se licite sustituyendo al presente se realice por la parte de obra no ejecutada y se certifique y pague todo antes del día 31 de diciembre de 2015”.

8. El día 4 de marzo de 2013, se recibe en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo un escrito que el Administrador Concursal dirige a la Jefa de Servicio del Área de Interior en el que manifiesta que la empresa “cuenta en la actualidad, y contará durante todo el plazo de tiempo previsto para la ejecución del contrato de obra adjudicado, con medios materiales, personales y financieros suficientes para la ejecución del mismo con las debidas garantías”; por ello, entiende que “se encuentra justificado el ejercicio de la potestad reconocida a la Administración en el artículo 224.5 de la Ley de Contratos del Sector Público y la continuación de la contratista en la ejecución del contrato”. Considera que el importe de la garantía definitiva constituida “es suficiente para atender los riesgos ordinarios que puedan derivarse de un eventual incumplimiento y, atendiendo a lo expuesto en el apartado precedente, no existe fundamento objetivo alguno que permita apreciar la necesidad de garantías adicionales”. A lo anterior añade que “en la actualidad persiste el problema aparejado a la falta de disponibilidad de los terrenos sobre los que discurre buena parte de la vía proyectada, por tratarse de propiedad privada que no ha sido objeto de expropiación y por la falta de las licencias necesarias, en el caso del tramo que discurre sobre el túnel de FEVE. En la medida que tales incidencias, que les han sido comunicadas anteriormente y

que han motivado la solicitud de ampliación de plazo que se encuentra pendiente de resolver, impiden la ejecución del contrato, deberán ser solventadas por el Ayuntamiento a la mayor brevedad mediante el modificado del proyecto, la obtención de los permisos correspondientes o del modo que mejor estime. En todo caso, el plazo de ejecución previsto en el contrato no podrá computarse en tanto no se remuevan los referidos obstáculos que imposibilitan la ejecución material de los trabajos”.

9. Con fecha 27 de marzo de 2013, el Servicio de Proyectos, Obras y Transporte informa que “se ha certificado el 2,98% del contrato”. Señala que de las certificaciones se deduce que “las unidades de obra acometidas se refieren casi en su totalidad a desbroces, limpiezas y movimientos de tierras, así como a porcentajes proporcionales con partidas de seguridad y salud. Los trabajos de limpieza y desbroce, tras la paralización de la obra, habrán perdido la eficacia de su acción y los gastos en seguridad no resultarán aprovechables./ En este sentido, se entienden como eficaces las labores de movimiento de tierras ejecutadas en la zona de los huertos, condicionados en parte por las actuaciones de mejora de la oferta de la adjudicataria para el mismo equipamiento./ El movimiento de tierra se valora por tanto en:/ $4.970,88 \text{ €} \times 1,19 \times 0,61323 \times 1,21 = 4.389,24 \text{ €}.$ / Con esta cualificación (*sic*) y teniendo en cuenta que sería conveniente introducir en el nuevo proyecto a licitar en el caso de rescisión del contrato (...) las mejoras que la oferta (...) había considerado para la parcela de los huertos, se entiende que a efectos prácticos queda por ejecutar la totalidad del contrato en cuanto a cuantía y que se requiere nuevamente un plazo de ejecución de cuatro meses”.

Respecto a las “garantías necesarias para la ejecución del contrato”, estima que “es difícil a priori determinar qué garantías adicionales materializables son capaces de calmar la incertidumbre municipal para la ejecución de una obra en situación concursal y adjudicada con un 38,68% de baja. La situación es especialmente grave cuando se cofinancia la obra con

fondos FEDER y se entra en riesgo de correcciones financieras o incluso de la pérdida de ayudas para el Ayuntamiento./ Considerando como valor probable de obra el medio de todas las ofertas admitidas en el trámite de contratación, el mismo sería de 704.179,09 € + IVA./ Es decir, con el importe de adjudicación de 600.000 € el riesgo de la obra (104.179,09 €) es superior al aval depositado./ La empresa no ha ejecutado ninguna de las actividades que dependen de suministradores exteriores y cuenta en escrito presentado por la misma que existen problemas de suministro./ En ningún caso se ha dado en todo este tiempo intención o actividad alguna en ninguno de los tajos que ponga de manifiesto la capacidad de la obra o su intención de iniciar los trabajos, en especial el puente que constituye el camino crítico de la obra./ Se entiende por tanto, que el riesgo que asumiría el Ayuntamiento de pérdidas de cofinanciación en caso de continuidad del contratista no aconseja tal situación”.

En cuanto a “la cuantificación de los daños y perjuicios de la resolución”, afirma que, “dado que parte de los costes certificados se refieren a limpiezas, desbroces y seguridad, entendemos que no son recuperables. Los daños causados en caso de resolución serían, por tanto, la diferencia entre lo abonado y los movimientos de tierras útiles, es decir:/ $21.282,71 - 4.389,24 = 16.893,47$ €”.

Por ello, concluye que “sin que se haya acometido actuación alguna en el tajo crítico de la obra, sin causa imputable a la Administración, no procede la tramitación de prórroga alguna y se entiende de interés público la rescisión del contrato./ Los avales depositados permiten al Ayuntamiento resarcirse de los daños, pero en ningún caso, como se ha justificado anteriormente, cumplirían los riesgos considerados razonables de la obra, y la prórroga solicitada lo fue previo requerimiento municipal ante la ausencia de actividad y desde luego sin justificación aceptable”.

10. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda, en sesión celebrada el día 11 de abril de 2013, “iniciar el procedimiento para la resolución

del contrato (...) por haber sido la empresa contratista (...) declarada en concurso de acreedores (...). Requerir a la empresa la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento, conforme resultan del informe del responsable del contrato de 27-3-2013, a hacer efectiva, en primer término, sobre la garantía, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de dicha garantía”, así como dar audiencia al contratista, a la administración concursal y a la entidad aseguradora y “condicionar la cancelación de la garantía definitiva, además de a lo señalado en el apartado anterior, a la calificación del concurso, en los términos previstos en el apartado 4 del art. 225 del TR de la Ley de Contratos del Sector Público”. La incoación del procedimiento se justifica, “a la vista de todo lo expuesto y atendiendo al interés general”, en la consideración de que “no existen razones que justifiquen la continuidad del contrato, y ello en atención a los porcentajes de obra ejecutada y de obra pendiente de ejecución, a las exigencias derivadas de la cofinanciación de las obras con cargo al FEDER, a que la empresa contratista -que ha sido la que ha instado la declaración de concurso- no ha manifestado intención o actividad alguna en ninguno de los tajos que permita deducir su capacidad para finalizar la obra -especialmente, como señala el técnico municipal, en relación con el puente que constituye el camino crítico de la obra-, y a que ni la empresa ni la Administración concursal han justificado documentalmente la viabilidad de la ejecución, sin que la situación del contrato sea imputable al Ayuntamiento en modo alguno”.

11. Con fecha 24 de abril de 2013, se recibe en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo un escrito que suscriben el representante de la contratista y el Administrador Concursal en el que manifiestan su oposición a la resolución pretendida. En el afirman que, “reconociendo que es discrecional la decisión de proceder o no a la resolución del contrato antes de la apertura de la fase de liquidación, no podemos dejar de aludir a que aquella ha de adoptarse ponderando el impacto de esta en el interés público que con la ejecución del

contrato se pretende atender". Por ello, reprochan al acuerdo de incoación del procedimiento que "no dedica ni una sola línea a motivar el aspecto indicado. Muy al contrario, se pretende fundamentar el inicio del procedimiento de resolución del contrato no en la declaración de concurso -que es la causa literalmente invocada en el punto primero del Acuerdo- sino en supuestos incumplimientos antecedentes de la contrata./ Con ello se incurre en un grave error de paralaje jurídico, pues, como manifiesta el dictamen del Consejo de Estado de 13 de marzo de 2008, la aplicación de las causas de resolución debe hacerse atendiendo a su orden cronológico. Así las cosas, lo cierto es que no cabe fundamentar el inicio del procedimiento de resolución del contrato en causa distinta de la del acuerdo adoptado, que es, insistimos en ello, la declaración de concurso de la contratista". Asimismo, entienden que "no cabe requerir a la contrata la supuesta indemnización de daños y perjuicios irrogados al Ayuntamiento sin que se haya dictado el acto que ponga fin al procedimiento de resolución del contrato", y que "la pérdida de la garantía solo podrá acordarse cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable, por así imponerlo el artículo 225.4 del citado texto legal".

12. El día 29 de abril de 2013, el representante de la aseguradora presenta en el Registro General de la Delegación del Gobierno en Madrid un escrito en el que manifiesta su oposición a la resolución contractual. En él pone de manifiesto la "ausencia de incumplimiento culpable del contratista que permita incautar la garantía", toda vez que, según afirma, el "supuesto incumplimiento" que se le atribuye "parece ser una demora en el cumplimiento de los plazos pactados" y "tal incumplimiento es inexistente, pues la paralización de las obras se deriva de la falta de disponibilidad de los terrenos sobre los que discurre buena parte de la vía proyectada, tratándose de terrenos privados que no han sido expropiados, siendo dicha circunstancia imputable en todo caso a la Administración, tal y como hizo constar el Administrador Concursal mediante escrito de 4 de abril de 2013".

Entiende que el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución, en tanto establece la “retención temporal” de la garantía hasta la calificación del concurso, “no se puede calificar como acorde a la normativa reguladora, comportando por tanto la nulidad del acto al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”. Razona al respecto que “el artículo 225.4 del TRLCSP establece la obligación de la Administración de decidir sobre la pérdida (incautación), devolución o cancelación de la garantía. No recoge la figura de la incautación temporal, es decir, retención, ni una cancelación sujeta a condición suspensiva ni ninguna otra figura jurídica que cualquier Administración tenga a bien improvisar. Es más, tal circunstancia crea una inseguridad jurídica manifiesta, al mercado de seguros en general y a mi representada en concreto, en tanto la posibilidad de que se decida interpretar de la forma pretendida la normativa vigente equivaldría a afirmar lo siguiente: la resolución del contrato se ha producido, ahora mismo se debería devolver la garantía, pero como es posible que desde la fecha de la resolución actual a los cinco años venideros se manifieste cierta actitud culpable del contratista, retenemos la garantía por si acaso es factible su incautación”. Señala, además, que “la posibilidad de que se abra pieza de calificación en el concurso (...) es precisamente eso, una posibilidad, puesto que no todo procedimiento concursal se llega a calificar. Así, tan solo se abre pieza de calificación en el supuesto de que se apruebe un convenio especialmente gravoso (entendiéndose por tal que se acordase una quita superior al 30% del importe, o una espera superior a 3 años) y/o cuando se abra la fase de liquidación. Por tanto, podría darse el caso de que se aprobara un convenio que fuera acorde a los requisitos referidos y, por tanto, de ser el mismo cumplido no se entraría en fase de liquidación, y por ende no se abriría pieza de calificación en ningún supuesto”. A lo anterior añade que, dada “la dilación temporal” del desarrollo de los procedimientos concursales, habida cuenta de “la saturación” que padecen los Juzgados de lo Mercantil, “estaríamos soportando injustificadamente la retención de la garantía por un periodo

prácticamente indefinido sin ninguna otra explicación más que la posible apertura de pieza de calificación”. No obstante, afirma, con invocación del artículo 102.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que “el plazo máximo que podría retener el (...) Ayuntamiento de Oviedo la garantía definitiva sería de un año desde la resolución del contrato”.

Por otro lado, estima que los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato no son imputables a la adjudicataria, pues no derivan de su actuación, “sino del retraso en la ejecución de la obra que, sin ánimo de resultar reiterativos, no es imputable a la contratista”.

13. Con fecha 10 de mayo de 2013, la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior, con la conformidad de la Jefa del Servicio y de la Abogada Consistorial, suscribe un informe en el que señala que “no cabe entender que, en el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución, la inejecución de los trabajos o el incumplimiento del plazo hayan sido considerados como las causas de la resolución, sino como las razones que han justificado la imposibilidad de fijar las ‘garantías’ a las que se refiere el art. 224 (del) TRLCSP”.

Afirma que, “puesto que el procedimiento de resolución del contrato no está fundamentado en incumplimiento culpable del contratista, sino en el concurso voluntario de acreedores, no parece posible exigir al adjudicatario la indemnización de daños y perjuicios, tal y como inicialmente se ha considerado, sin perjuicio de que, de determinarse su existencia, cabría la posibilidad de indemnización teniendo en cuenta la suscripción por la empresa de los seguros exigidos” en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Respecto a la incautación de la garantía definitiva, refiere que “solo puede acordarse la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando dicho concurso sea calificado como culpable (art. 225.4 TRLCSP). Sobre este extremo, ha de tenerse en cuenta que, conforme a lo previsto en la exposición de motivos de la Ley Concursal (apartado VIII), la ley formula el criterio general de calificación del concurso

como culpable”. Expresa que, “de acuerdo con el TRLCSP, en el caso de resolución de los contratos debe haber un pronunciamiento expreso sobre la garantía. Casar esto con lo señalado en el apartado anterior plantea problemas, puesto que no hay indicación alguna en el TRLCSP que permita determinar una solución concreta para el caso de adopción de acuerdo de resolución sin que haya recaído sentencia judicial calificando el concurso, siendo evidente, en todo caso, que ha de tenerse en cuenta en primer lugar el interés público, que, por otro lado, es el que justifica el régimen de garantías en la contratación administrativa”.

Finalmente, concluye que “resulta procedente la resolución del contrato por haber sido declarada en concurso la empresa contratista (...); que procede acordar la pérdida de la garantía definitiva, pero solo para el caso de que el concurso sea calificado como culpable, quedando hasta ese momento suspendida la efectividad de dicha pérdida o no”, y que “no se considera acreditada la existencia de daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento, en los términos expresados en este informe”.

14. El día 19 de junio de 2013, el Interventor General elabora un informe favorable a la resolución contractual por causa de concurso del adjudicatario.

15. En sesión celebrada el 20 de junio de 2013, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo formula propuesta de resolución en el sentido de “considerar procedente la resolución del contrato por haber sido declarada en concurso voluntario la empresa contratista, con vinculación de la pérdida de la garantía definitiva a lo que resulte de la calificación del concurso voluntario de acreedores”. En la misma sesión, se acuerda “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”, lo que se comunica a los interesados.

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de junio de 2013, registrado de entrada el día 25 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 obras de acondicionamiento del río Nora a su paso por La Corredoria, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

Mediante escrito de 3 de julio de 2013 el Presidente del Consejo Consultivo solicita la remisión de antecedentes para mejor proveer, concretados en la "justificación de que el incumplimiento contractual -previo a la declaración de concurso- no alcanza la trascendencia suficiente para erigirse en causa resolutoria, bien por su entidad o por no ser achacable a la culpa del contratista".

El día 23 de julio de 2013, se recibe en el registro de este órgano un oficio del Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Oviedo al que se adjuntan los informes librados por la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior y por el Jefe del Servicio de Proyectos, Obras y Transporte, de fechas 10 y 19 de julio de 2013, respectivamente.

Se expresa en el primero de ellos que "todas las actuaciones realizadas por la Sección de Contratación han estado motivadas por la situación concursal de la empresa, entendiéndose que, de no existir los problemas financieros que la han motivado y las consecuencias que de tal situación se han derivado (inactividad de la empresa), y se pueden seguir derivando (pérdida de financiación), las obras habrían sido ejecutadas, aunque con demora, de la que se habría derivado la imposición de las oportunas penalidades, entendiéndose que el interés general habría determinado la continuidad del contrato y no su resolución, teniendo en cuenta, además, la 'correcta' ejecución por parte de la empresa de otras obras de las que era adjudicataria", recibidas en octubre de 2012 y en enero de 2013.

El Jefe del Servicio de Proyectos, Obras y Transporte informa que “se ha señalado reiteradamente que la causa del retraso e inejecución de la obra ha sido la ausencia de medios de la empresa, que únicamente pudo acometer labores sencillas de movimiento de tierras y limpiezas, no siendo capaz de contratar ni iniciar ninguna otra unidad de obra./ En especial, la unidad de obra que condicionaba el plazo era la ejecución del puente, con plena disponibilidad de terrenos y para cuyos pilotes de cimentación y vigas prefabricadas no encontró proveedor alguno que pudiera aceptar sus condiciones de pago en la situación financiera en la que se encontraba la empresa./ Resulta obvio también que no existe reserva alguna señalada en el acta de replanteo de la obra. La obra fue replanteada con los técnicos de la empresa con disponibilidad suficiente de tajos de trabajo y se tramitaron, a petición del contratista, autorizaciones de cruce de cauce durante la obra y de paso sobre vía. Todas ellas incidencias propias y habituales de obra que en situaciones normales ni impiden la realización de otros trabajos, ni conducen a una paralización de obra, ni mucho menos a una resolución del contrato, sino que cuando más darían lugar a algún retraso de ejecución penalizable o no en función de los tiempos de respuesta de las otras Administraciones implicadas”.

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 analizamos es la propia de un contrato administrativo de obras.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -23 de agosto de 2012-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 del TRLCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su

legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo, y 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, 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. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados.

Ahora bien, en lo que se refiere al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, advertimos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 11 de abril de 2013, en la fecha de emisión de este dictamen habría transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), aplicable al procedimiento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -Sección 4.ª- y de 9 de septiembre de 2009 y 8 de septiembre de 2010 -Sección 6.ª-, 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 por causa de la petición de dictamen a este Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC.

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 tanto, 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 el mismo.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCSP. Por tanto, son causas de resolución las recogidas en el artículo 223 de la misma Ley y, en cuanto al contrato de obras, en el artículo 237 del mismo texto legal, que contempla determinadas especialidades de este tipo contractual, sin perjuicio de la remisión general al citado artículo 223.

De la documentación obrante en el expediente resulta que se ha producido un incumplimiento del plazo de ejecución. En efecto, a la finalización de aquel plazo -que tuvo lugar el día 31 de diciembre de 2012- únicamente se había certificado el 2,98% de la obra debido a una "ausencia de actividad", según informa el Servicio de Proyectos, Obras y Transporte con fecha 27 de marzo de 2013, que, en tanto no merecedora de prórroga, ha de entenderse producida por motivos imputables al contratista, de conformidad con lo señalado en el artículo 213.2 del TRLCSP interpretado *a contrario sensu*.

No obstante, la resolución que se insta se fundamenta en la declaración de concurso del adjudicatario -producida el día 8 de enero de 2013- al amparo de lo señalado en el artículo 223, letra b), del TRLCSP.

Este Consejo viene señalando reiteradamente que, ante la concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo, debe acudir a la que se hubiere manifestado con anterioridad desde un punto de vista cronológico, lo que es relevante cuando las causas resolutorias surten distintos efectos en lo relativo a las consecuencias económicas de la extinción del

contrato, y singularmente cuando una de ellas es la declaración de concurso del contratista. En definitiva, la Administración no puede acudir a la resolución fundada en la crisis empresarial -sin incautación de garantía- cuando media un incumplimiento anterior al concurso, pues en tales situaciones el interés público exige esgrimir ese incumplimiento y ejecutar la garantía prestada, máxime cuando, de lo contrario, el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados afrontaría un severo riesgo de quedar desatendido.

También hemos advertido en anteriores dictámenes que el concurso no incide, de forma automática, en el contenido obligacional del contrato. En primer lugar, porque la declaración concursal no libera, por sí misma, al contratista del normal cumplimiento de las obligaciones que tiene contraídas y, en segundo término, porque aquella declaración no justifica el desplazamiento de la resolución por incumplimiento contractual, dado que la operatividad real de aquella causa se verifica cuando no existe este, pues la finalidad a que atiende la resolución constante el concurso es precisamente la de precaver el riesgo de incumplimiento contractual antes de su materialización.

Asimismo, viene considerando este Consejo que la resolución por incumplimiento culpable del contratista requiere el análisis previo de si la significación de lo no ejecutado es de tal relevancia que equivale a una "inobservancia total o esencial" del objeto del contrato, en los términos en que esta viene siendo perfilada por la doctrina jurisprudencial.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo ha declarado en numerosas ocasiones (por todas, Sentencia de 14 de diciembre de 2001 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª-) que no todo incumplimiento contractual autoriza a la Administración a acordar la resolución del contrato. Así, se señala en la sentencia que acabamos de citar, en la que se hace recapitulación de la doctrina del Alto Tribunal sobre la materia, que "la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en

atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede solo la imposición de penalidades (...), no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control”.

La ponderación de ese juicio sobre la entidad del incumplimiento constituye una cuestión eminentemente técnica, y su responsabilidad corresponde a la Administración local llamada a satisfacer el interés general al que sirve el contrato de referencia.

En el informe emitido por la Adjunta a la Jefa de Servicio del Área de Interior, de fecha 10 de julio de 2013 -incorporado al procedimiento con motivo de la solicitud de documentación para mejor proveer-, se afirma que “de no existir los problemas financieros” derivados de la crisis empresarial “las obras habrían sido ejecutadas, aunque con demora, de la que se habría derivado la imposición de las oportunas penalidades”, por lo que se acaba concluyendo que “el interés general habría determinado la continuidad del contrato y no su resolución”.

Por tanto, atendida esta consideración, y teniendo en cuenta, además, que el contratista no ha prestado garantías suficientes -a juicio de la Administración- para acometer la ejecución de la prestación comprometida, hemos de concluir que procede la resolución del contrato por la causa invocada.

Por lo que a los efectos de la resolución contractual se refiere, ha de estarse, en primer lugar, a lo señalado en el artículo 239 del TRLCSP, apartado 1, en el que se establece que “La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de éste, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición”.

Finalmente, y respecto a los efectos de la resolución del contrato sobre la garantía definitiva, la observancia del artículo 225, apartado 4, del TRLCSP, en el que se establece que "Sólo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable", impone que aquella deba mantenerse sin cancelarse hasta que, ultimada la vía judicial, se evidencie si el concurso ha recibido o no la calificación que determina su pérdida.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por causa de declaración de concurso del adjudicatario, del contrato de obras de acondicionamiento del río Nora a su paso por La Corredoria, adjudicado a la empresa "X", con los efectos expresados en el cuerpo de este dictamen."

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.