

Expediente Núm. 254/2009  
Dictamen Núm. 268/2009

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Jiménez Blanco, Pilar*  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*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 28 de mayo de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 15 de abril de 2009, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de un aparcamiento subterráneo, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 28 de marzo de 2007, el Pleno del Ayuntamiento de Villaviciosa adjudicó el contrato de concesión de obra pública para la construcción, conservación y explotación de un aparcamiento subterráneo en la calle ....., de acuerdo con la propuesta de la Mesa de Contratación.

Constan en el expediente los informes previos de la Secretaría y de la Intervención municipales sobre la procedencia de acudir a un procedimiento

negociado al haber quedado desierto el abierto por falta de licitadores, y el Acuerdo del Pleno de 31 de enero de 2007, por el que se resuelve, a propuesta de la Alcaldía aprobada por la Comisión informativa del ramo, “declarar desierto el procedimiento previo y continuar su tramitación mediante procedimiento negociado sin publicidad, con sujeción a los pliegos de prescripciones técnicas y administrativas particulares aprobados por acuerdo (del) Pleno de 10-03-06”, solicitando oferta a las empresas que se enumeran.

Se incorporan al expediente los referidos pliegos de condiciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares. Entre estas últimas, la cláusula 3 señala que “el plazo de ejecución de las obras de construcción se fija en un máximo de quince (15) meses a contar desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación de replanteo”, y la 30.2 (en proyección del principio consagrado en la 7.1) expresa que “el concesionario asume los riesgos y las responsabilidades que se deriven de la redacción del proyecto y de la financiación, construcción explotación y conservación de la instalación (...), en los términos descritos en el artículo 97 del TRLCAP y el presente pliego (...). La totalidad del contrato de concesión, en su aspectos de construcción, explotación, conservación y financiación, se desarrolla a riesgo y ventura del concesionario./ En particular, el concesionario asume: El riesgo y ventura de la evolución de las condiciones financieras del mercado a lo largo del plazo concesional”. La cláusula 30.3 recoge que “los retrasos por fuerza mayor o por causa imputable a la Administración durante la construcción darán al concesionario derecho a prórroga en el plazo de ejecución de la obra”. La cláusula 41.1 reitera que las obras se ejecutarán “a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 98 y 144 del TRLCAP”. En la cláusula 33.3 se explicitan los supuestos de “fuerza mayor”, incorporándose literalmente los enumerados como tales en el artículo 144 del TRLCAP. La cláusula 35.8 determina que “efectuado la comprobación del replanteo (...), el concesionario deberá dar comienzo a las obras al día siguiente al de la firma del acta correspondiente”. La cláusula 49.1.2 incluye entre los

incumplimientos graves el “incumplimiento del plazo marcado en los pliegos para la iniciación, terminación de las obras y puesta en marcha del servicio”. La 49.3 contempla, entre las “demoras que pueden dar lugar a la resolución del contrato” en los términos previstos en el artículo 252.3 del TRLCAP, los retrasos “en el plazo máximo de terminación de las obras”. La 50.1.c) establece que, “en el caso de incumplimiento de plazos que pueden dar lugar a la resolución del contrato, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del mismo, con incautación de la garantía definitiva, o por la imposición de penalidades”. La cláusula 53.2 detalla los supuestos en que “la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato”, reproduciendo literalmente lo establecido en el artículo 248.2 del TRLCAP. Finalmente, la cláusula 57 enumera las causas de resolución, entre las que se encuentran “el incumplimiento (...) de las obligaciones relativas a la ejecución (...) de las obras” y el “incumplimiento de los plazos previstos para el comienzo de las obras en los términos previstos” en el pliego de condiciones técnicas.

Se adjuntan a las actuaciones los particulares relativos a las ofertas recibidas (figurando en la de la adjudicataria un plazo de ejecución de 13 meses contados desde el acta de comprobación del replanteo), las actas de las reuniones celebradas por la Mesa de Contratación, el informe técnico de valoración de las ofertas, el anuncio de la adjudicación en los boletines oficiales comunitario y autonómico, el resguardo acreditativo de la constitución de la garantía definitiva por la adjudicataria y el documento administrativo de formalización del contrato, al que se acompañan de nuevo los pliegos de condiciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, rubricados por las partes. La cláusula segunda del mentado contrato señala que “la ejecución (...) se ajustará a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, condiciones administrativas particulares (...), resaltándose de todo ello lo siguiente: / Plazo de elaboración del proyecto 60 días, conforme a la cláusula 3.2 del pliego (...). Plazo de ejecución de las obras: se ajustará al calendario propuesto en su oferta”.

2. Con fecha 24 de septiembre de 2007, la adjudicataria presenta para su aprobación proyecto básico y de ejecución de la obra, adjuntando el plan económico-financiero y una hoja de edificación cumplimentada.

El día 16 de octubre de 2007, el Ingeniero municipal dirige un informe a la Alcaldía en el que justifica la modificación introducida en el proyecto presentado. En él se especifica que el aparcamiento pasa a tener dos plantas (antes una), ocupando menor superficie, pues “la medición real topográfica de la finca de ocupación es inferior a la prevista en el primer planteamiento, lo cual implica que para poder obtener las 450 plazas en una sola planta (...) sería necesario ocupar el subsuelo de los viales (...), con lo que se obligaría al corte del tráfico rodado y peatonal (...), con los perjuicios que esto puede ocasionar a las edificaciones colindantes, especialmente por la utilización de maquinaria pesada. Con la solución planteada se (...) mejora sensiblemente la inicial”.

Con fecha 13 de noviembre de 2007 libra informe el Interventor municipal, poniendo de relieve que “sería necesario analizar técnicamente el hecho de que se reduzca superficie (...) y no se produzca ninguna variación respecto a los costes del proyecto” y que las modificaciones “pueden plantear dudas sobre la viabilidad de la concesión”.

Tras la oportuna remisión del contrato a los órganos de fiscalización contable, el Pleno del Ayuntamiento acuerda, con fecha 28 de noviembre de 2007, previa propuesta de la Alcaldía y dictamen favorable de la Comisión del ramo, aprobar el proyecto de ejecución y el de explotación del aparcamiento. En dicho acuerdo, notificado a la adjudicataria el día 11 de diciembre del mismo año, se le requiere para que comparezca, en el plazo de 15 días, a la firma del acta de comprobación del replanteo, con lo que “se iniciará el plazo de ejecución comprometido”.

Con fecha 30 de enero de 2008 se firma el acta de comprobación del replanteo y se autoriza el “inmediato comienzo de los trabajos”.

**3.** El día 13 de marzo de 2008 tiene entrada en el registro municipal un escrito de la adjudicataria en el que expone que “la financiación con la que (...) contaba para la ejecución material (...), a día de hoy y, por circunstancias sobrevenidas y totalmente ajenas a la voluntad de esta parte, ha sido denegada”. Considerando que se trata de “una situación meramente transitoria”, solicita la suspensión temporal del contrato hasta que “se resuelvan las circunstancias sobrevenidas”. Se adjuntan tres comunicados de entidades crediticias denegando la financiación solicitada.

Con fecha 14 de abril de 2008, el Secretario de la Corporación emite un informe en el que se concluye que, “más allá del interés en apurar al máximo las posibilidades de que el contrato se ejecute, no se advierte la concurrencia de un supuesto legal o de interés público que determine la procedencia de la suspensión solicitada, que lo es además indeterminada en cuanto (a) su duración; por el contrario nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento contractual, concretamente del plazo de inicio de las obras (cláusulas 41.1.3 y 49.1.2.f en relación con la 35.8)”.

A petición de la Alcaldía, se solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

**4.** En sesión extraordinaria celebrada el día 11 de septiembre de 2008, el Pleno del Ayuntamiento de Villaviciosa acuerda, a propuesta de un grupo municipal, “que por el órgano competente (...) se adopten los trámites oportunos para la rescisión del contrato”.

Con fecha 23 de octubre de 2008 emite informe el Secretario de la Corporación, en el que se concluye que, “aun cuando no existe un incumplimiento total del plazo de ejecución (...), sí se ha incumplido el plazo de inicio de las obras fijado en la cláusula 35.8 con riesgo evidente de que se incumpla el plazo total dadas las fechas en las que nos encontramos, restan menos de cuatro meses”.

El día 19 de noviembre de 2008 emite informe la Interventora, mostrándose también favorable a la rescisión del contrato, pues “existe un claro incumplimiento de plazos”.

Previa propuesta de la Alcaldía y dictamen favorable de la Comisión Municipal Informativa de Obras, Servicios, Personal, Contratación y Participación Ciudadana, el Pleno de la Corporación municipal acuerda, en sesión celebrada el día 26 de noviembre de 2008, “incoar expediente de rescisión del contrato (...), motivado en el incumplimiento del plazo de inicio de las obras, de los sucesivos plazos parciales y la imposibilidad de su conclusión dentro del plazo comprometido contractualmente, con la advertencia de que la rescisión por causa imputable al contratista implicará la incautación de la fianza además de indemnizar al órgano de contratación (...) en lo que exceda del importe de la garantía incautada”. Dicho acuerdo es notificado a la adjudicataria y a su avalista el día 22 de diciembre de 2008.

**5.** Con fecha 29 de diciembre de 2008 la contratista presenta, en una oficina de Correos de su domicilio social, un escrito de oposición, fundado en que la mercantil “justificó su solvencia económica y financiera en la forma indicada, de manera que esta sociedad aportó un informe emitido por (una de las entidades que con posterioridad denegó la financiación) en el que se pone de manifiesto que el licitador goza de una situación financiera suficientemente saneada para obtener la financiación” necesaria, y en que “previó ya en el momento mismo de la presentación de su oferta, la utilización de recursos ajenos”, cuya dificultad de obtención se achaca “a la situación actual en que se encuentra el mercado bancario y financiero nacional”. Se añade que “esta situación financiera adversa es la causante además de que a día de hoy esta sociedad no pueda asegurar la obtención de los fondos ajenos necesarios para el desarrollo del proyecto inicial, por cuanto el buen fin del mismo se encuentra supeditado a la obtención de la financiación externa”. Invoca, en suma, “la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula rebus sic stantibus”,

sosteniendo que los hechos acaecidos amparan “el derecho del concesionario a obtener una compensación que mantenga el equilibrio financiero de la concesión”, tal como se predica de las “circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que hayan dado lugar a una verdadera subversión de la economía de la concesión”. Reitera, por último, su solicitud de suspensión temporal de la ejecución del contrato.

El día 9 de enero de 2009, el avalista de la adjudicataria presenta, en la Ventanilla Única de la Subdelegación del Gobierno en A Coruña, un escrito de alegaciones en el que se niega, sucesivamente, que nos hallemos ante un incumplimiento resolutorio (por no ser grave y reiterado), ante un incumplimiento culpable (por las razones que expone la contratista) o ante un supuesto en el que proceda la incautación de la fianza, pues “no se trata de un incumplimiento total por dolo” y “no se han producido daños y perjuicios a la Administración contratante”. Subsidiariamente se afirma que, “por aplicación del principio de proporcionalidad, nunca procedería la incautación total de la fianza, que chocaría asimismo con (...) la moderación de la responsabilidad y penalidad exigible (...) en razón a las circunstancias concurrentes”.

**6.** La Junta Consultiva de Contratación Administrativa dictamina, en sesión de 29 de enero de 2009, que la suspensión solicitada no reúne ninguno de los requisitos legales exigibles, en la medida en que ni obedece a razones de interés público ni puede ampararse en un imprevisto, pues “el interés público lo que reclamaría sería la ejecución” y, en cuanto a la negativa de las entidades financieras, “es evidente que cualquier buen administrador debiera haber tenido prevista esta posibilidad”.

**7.** Con fecha 16 de febrero de 2009 emite informe el Secretario del Ayuntamiento. En él se reseña que, “si bien son evidentes las restricciones actuales del mercado financiero ello, no implica que el mismo se encuentre cerrado, siendo responsabilidad de la adjudicataria actuar con la diligencia

debida para asegurar la financiación programada (...). En cualquier caso, las dificultades que el contratista encuentra por la situación del mercado financiero no se contemplan como causa específica de restablecimiento del equilibrio económico (...) para este tipo de contratos". Se añade que tanto la ley como el pliego de condiciones administrativas particulares recogen el principio de riesgo y ventura para el contratista, "incluido lo referente a la financiación; concretamente la (...) cláusula 30.2.2 recoge el riesgo y ventura de la evolución de las condiciones financieras a lo largo del plazo concesional".

El día 27 de febrero de 2009 libra informe la Interventora municipal, que se muestra favorable a la resolución del contrato por existir "un claro incumplimiento de plazos", rechazando la concurrencia de un imprevisto que pueda justificar la suspensión, para lo cual se remite al dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

**8.** Con fecha 13 de marzo de 2009, el Secretario de la Corporación emite informe en el que se razona que, dado el tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento resolutorio, y a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, "debe entenderse producida la caducidad del procedimiento, por lo que (...) procede adoptar acuerdo por el Pleno de la Corporación declarando la caducidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones (...). No obstante, y en atención al principio de economía procesal y de conservación de actos, igualmente procede que en el mismo o en simultáneo acuerdo se incoe de nuevo expediente incorporando de oficio los trámites e informes previos, si bien es necesario cumplir con el trámite de audiencia a los interesados".

**9.** El día 16 de marzo de 2009 tiene entrada en el registro municipal un escrito remitido por el Colegio Oficial de Arquitectos en el que se pone en conocimiento del Consistorio la renuncia del profesional nombrado "a la fase de dirección y liquidación de las obras".

**10.** El Pleno de la Corporación municipal acuerda, en sesión celebrada el día 25 de marzo de 2009, previa propuesta de la Alcaldía y dictamen favorable de la Comisión correspondiente, declarar la caducidad del procedimiento instruido, incoar nuevo expediente de rescisión del contrato, incorporar de oficio al mismo los informes previos y dar audiencia a la adjudicataria y a su avalista.

La resolución contractual instada se fundamenta en “el incumplimiento del plazo de inicio de las obras, de los sucesivos plazos parciales y la imposibilidad de su conclusión dentro de plazo comprometido contractualmente, con la advertencia de que la rescisión por causa imputable al contratista implicará la incautación de la fianza además de indemnizar al Ayuntamiento por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada”.

Este acuerdo es notificado a la adjudicataria y a su avalista con fechas 27 y 30 de marzo de 2009, respectivamente.

**11.** El día 3 de abril de 2009, la adjudicataria presenta, en una oficina de Correos de Madrid, alegaciones. En ellas reproduce los argumentos ya esgrimidos en su anterior escrito de oposición, concluyendo que “debe aplicarse la doctrina del riesgo imprevisible” y que “sería mucho más razonable y útil para (...) el interés general la posibilidad de alcanzar una solución equilibrada para ambas partes”.

El día 8 de abril de 2009 el avalista de la adjudicataria presenta, en la Ventanilla Única de la Subdelegación del Gobierno en A Coruña, un escrito de idéntico contenido al del anterior trámite de audiencia.

**12.** Con fecha 13 de abril de 2009, el Secretario de la Corporación elabora un nuevo informe en el que se remite a las consideraciones recogidas en las anteriores, concluyendo que “procede la desestimación de las alegaciones”.

Asimismo, se incorpora al expediente un nuevo informe de la Interventora municipal en el que se reproduce el contenido del emitido el 27 de febrero de 2009.

**13.** Con fecha 15 de abril de 2009, “vistos los informes de Secretaría e Intervención obrantes en el expediente”, la Alcaldía dicta resolución por la que se acuerda, previa solicitud del dictamen preceptivo, “elevar al Pleno la propuesta de rescisión del contrato (...) con incautación de fianza”.

**14.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de abril de 2009, registrado de entrada el día 21 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 obra pública para la construcción, conservación y explotación de un aparcamiento subterráneo, adjuntando a tal fin copia autenticada 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 Villaviciosa, 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.-** El contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa, suscrito al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.2.a) del 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, al tratarse de un contrato típico de concesión de obras públicas. Por ello, su régimen jurídico básico es el establecido (en virtud de la Ley 13/2003, de 23 de mayo) en el Libro II, Título V, del TRLCAP, sus disposiciones de desarrollo y la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho Título; sin perjuicio de la aplicación al mismo, en su defecto, de las disposiciones relativas a los contratos de las Administraciones Públicas establecidas en el Libro I de la citada norma y en el Reglamento General de dicha Ley (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Sentado, pues, que nos hallamos ante un contrato típico de concesión de obras públicas, debemos puntualizar que, por razón del tiempo en que fue adjudicado (28 de marzo de 2007), resultan de aplicación a su régimen jurídico sustantivo, tal como se recoge en la cláusula 2 de las administrativas particulares, el TRLCAP, el RGLCAP, el 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 y el Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el “Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado”, en cuanto no se oponga a lo establecido en el TRLCAP. Asimismo, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), establece en su disposición transitoria primera que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se registrarán, en cuanto a su extinción, entre otros aspectos, por la normativa anterior. Ahora bien, para la determinación de la ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento, en este caso el 25 de marzo de 2009, fecha en la que estaba ya vigente la LCSP.

En la cláusula 32 del pliego de cláusulas administrativas particulares, complementada por las cláusulas 50 y 57 del mismo, y en reiteración de lo establecido en los artículos 59.1 y 249.1 del TRLCAP y 114 del TRRL, se dispone que el órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la ley, la prerrogativa de acordar la resolución del contrato y determinar los efectos de ésta.

El ejercicio de dichas prerrogativas, a fin de garantizar no sólo 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 mencionar, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

En este sentido, debemos señalar que, acordado el inicio del procedimiento para la resolución del contrato por el órgano competente (el Pleno de la Corporación local), ha sido, en lo esencial, correctamente instruido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP, que remite a las normas de desarrollo de la misma, y en el artículo 195 de la propia Ley. A tenor de estas normas, en relación con lo establecido en el artículo 109.1 del RGLCAP, la resolución del contrato se sujeta, concurriendo las circunstancias, 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 en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley". Además, y tratándose de una Administración local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención de la entidad, según dispone el artículo 114 del TRRL. Finalmente, también resultará preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como sucede en este caso, se formula oposición por parte del contratista.

En el supuesto que analizamos se cumplen sustancialmente tales requisitos, puesto que se ha incorporado el informe del Servicio Jurídico, el cual, refiriéndonos a una entidad local, ha de evacuarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 113.4.<sup>a</sup> del TRRL, por la Secretaría respectiva, y se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa contratista, que se opone a la resolución, y al avalista. Constan en el expediente, asimismo, el informe de la Intervención; los pliegos que rigen la contratación; el propio contrato; la documentación relativa a los compromisos adquiridos por la adjudicataria y los requerimientos dirigidos a su cumplimiento; un informe técnico sobre los supuestos incumplimientos, resultado de una inspección ocular, y la propuesta de resolución, estando todas las instancias locales informantes de acuerdo con la decisión de resolver el contrato. Esta documentación la juzgamos suficiente para la correcta determinación y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución que finalmente ponga fin al procedimiento.

No obstante, hemos de advertir que no se incorpora a lo actuado una propuesta de resolución formalmente estructurada como tal, ya que la Resolución de la Alcaldía de 15 de abril de 2009, por la que se acuerda, previa solicitud del dictamen preceptivo, “elevar al Pleno la propuesta de rescisión del contrato” se nos muestra en exceso esquemática en su estructura y lacónica en sus fundamentos. Pese a ello, esta propuesta se dicta a la luz de un completo expediente en el que la propia Alcaldía se ha pronunciado ya sobre la concurrencia de las causas que lo motivan, y singularmente, según se recoge en la misma, “vistos los informes de Secretaría e Intervención”, por lo que podemos entender que el criterio manifestado cuenta con suficiente respaldo argumental.

Igualmente, observamos que no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo, puesto que, si bien dichos extremos se

deducen de la resolución de incoación, de la que se le dio oportuno traslado, dicha comunicación no se ajusta a lo previsto en el artículo citado.

**TERCERA.-** En relación con el fondo del asunto, hemos de subrayar, en primer término, que el contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por ello, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato; si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en el mismo.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, el TRLCAP rige la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato. Por tanto, las causas de resolución aplicables son las recogidas en el artículo 264 de la citada norma, que recoge los supuestos que dan lugar a la resolución del contrato de concesión de obras públicas, entre ellos “el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales” (apartado j), sin perjuicio de la remisión a “cualesquiera otras causas expresamente contempladas en ésta u otra Ley o en el contrato” (apartado k). Entre las consignadas en el propio TRLCAP aparecen las de su artículo 95, que, tras plasmar la obligación del contratista de “cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva” (apartado 1), establece que la Administración estará facultada para proceder a la resolución o acordar la imposición de penalidades “respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total”. Asimismo son resolutorios, a tenor del artículo 252.3 del TRLCAP, los “incumplimientos graves (...) en los casos previstos en el correspondiente

pliego". En cuanto a las causas recogidas en el contrato, éste se remite a los pliegos, resultando que el de cláusulas administrativas particulares incluye, entre los incumplimientos graves, el "del plazo marcado en los pliegos para la iniciación, terminación de las obras y puesta en marcha del servicio" (cláusula 49.1.2, apartado f); contempla, entre las "demoras que pueden dar lugar a la resolución del contrato" en los términos previstos en el artículo 252.3 del TRLCAP, los retrasos "en el plazo máximo de terminación de las obras" (cláusula 49.3); señala expresamente que, "en el caso de incumplimiento de plazos que pueden dar lugar a la resolución del contrato, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del mismo, con incautación de la garantía definitiva, o por la imposición de penalidades" (cláusula 50.1, letra c); y enumera, entre las causas de resolución, "el incumplimiento (...) de las obligaciones relativas a la ejecución (...) de las obras" (apartado a) y el "incumplimiento de los plazos previstos para el comienzo de las obras" en los términos previstos en el pliego de condiciones técnicas (cláusula 57). En unos y otros casos las consecuencias de la resolución son las mismas: la pérdida de la garantía constituida y la indemnización de los daños y perjuicios en lo que excedan de aquélla, por imposición expresa del artículo 266.4 del TRLCAP.

En el supuesto aquí analizado, hemos de partir de los incumplimientos resolutorios invocados en el acuerdo de incoación del procedimiento, el cual se fundamenta en "el incumplimiento del plazo de inicio de las obras, de los sucesivos plazos parciales y la imposibilidad de su conclusión dentro del plazo comprometido contractualmente".

Pues bien, a la luz de lo actuado, resulta evidente que se ha incumplido el plazo de inicio de las obras, ya que, firmada el acta de comprobación del replanteo el día 30 de enero de 2008, y habiendo transcurrido más de un año desde dicha fecha, aquéllas aún no han comenzado. De ello puede colegirse, asimismo, el incumplimiento de los sucesivos plazos parciales, y concluirse con certeza no ya la imposibilidad teórica de finalizar la obra en plazo, sino el efectivo incumplimiento total del comprometido por la adjudicataria -13 meses

a contar desde el acta de comprobación del replanteo-, e incluso el del máximo fijado por el pliego que rige la contratación -15 meses computados desde la misma fecha-.

Frente a ello, la contratista sólo opone el juego de “la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*”, sosteniendo que “la situación actual en que se encuentra el mercado bancario y financiero nacional”, y que le impide acceder al crédito necesario, debe erigirse en un riesgo imprevisible que justifica una suspensión temporal de la ejecución y ampara “el derecho del concesionario a obtener una compensación que mantenga el equilibrio financiero de la concesión”. Ante tales alegaciones, hemos de rechazar de plano esa interpretación extensiva de la cláusula *rebus sic stantibus* -que se refiere, en rigor, a los contratos de tracto sucesivo y dependencia de futuro y opera con extraordinaria cautela y carácter excepcional, en cuanto quiebra la regla del fiel y exacto cumplimiento de lo pactado-, y del concepto mismo de “riesgo imprevisible”, que constituye una excepción al principio de riesgo y ventura que preside la ejecución del contrato. Es más, sin entrar siquiera en disquisiciones abstractas sobre el encaje de la situación financiera sobrevenida en los institutos invocados, hemos de reparar en que tal subsunción choca frontalmente con las expresas indicaciones del pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que se recoge que “el concesionario asume los riesgos y las responsabilidades que se deriven de la redacción del proyecto y de la financiación, construcción, explotación y conservación de la instalación (...), en los términos descritos en el artículo 97 del TRLCAP y el presente pliego (...). La totalidad del contrato de concesión, en sus aspectos de construcción, explotación, conservación y financiación, se desarrolla a riesgo y ventura del concesionario./ En particular, el concesionario asume: El riesgo y ventura de la evolución de las condiciones financieras del mercado a lo largo del plazo concesional” (cláusula 30.2). A la vista de las condiciones asumidas por la adjudicataria, y de la naturaleza misma de los mercados financieros, no cabe ahora acudir a los invocados mecanismos de

revisión contractual por alteración extraordinaria de las circunstancias. Conviene puntualizar, en este sentido, que las restricciones en el acceso al crédito derivadas de la coyuntura económica presentan dos notas que las alejan de la idea del riesgo imprevisible: una, su relatividad, pues no comportan un cierre absoluto sino dependiente de la concreta situación de la empresa, y otra, su carácter cíclico o recurrente, que no permite tacharlas de evento imprevisible. Aun descendiendo a una proyección exenta del aducido “riesgo imprevisible”, desligada del clausulado que rige esta contratación, habríamos de compartir el criterio manifestado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en cuanto a la negativa de las entidades crediticias a aventurar sus fondos, pues, tal como se recoge en el dictamen de aquel órgano consultivo, “es evidente que cualquier buen administrador debiera haber tenido prevista esta posibilidad”.

Hemos de subrayar, por último, que lo actuado deja de manifiesto que el interés público presente en la ejecución de la obra exige la pronta resolución del contrato, habida cuenta de que la adjudicataria persigue una suspensión indefinida en el tiempo y reconoce que, dada la “situación financiera adversa”, ni siquiera puede asegurar en un plazo razonable “la obtención de los fondos ajenos necesarios para el desarrollo del proyecto”.

Respecto a las alegaciones del avalista, baste señalar que nos hallamos ante un incumplimiento culpable, según lo razonado anteriormente, del que se deriva un daño manifiesto, pues la obra comprometida ni siquiera se ha iniciado, habiendo transcurrido más de un año desde el replanteo; circunstancias éstas en las que la incautación de la garantía viene impuesta específicamente por el artículo 266.4 del TRLCAP.

En definitiva, entendemos que concurre causa legal para disponer la resolución del contrato, a tenor de lo argumentado en este dictamen, con incautación de la fianza constituida y la liquidación de los daños y perjuicios eventualmente ocasionados a la Administración si superan el importe de la garantía incautada, según determinan los artículos 113.4 y 266.4 del TRLCAP y 113 del RGLCAP.

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, conservación y explotación de un aparcamiento subterráneo, adjudicado a la empresa `X´.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE VILLAVICIOSA.