

Expediente Núm. 44/2013  
Dictamen Núm. 58/2013

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

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Zapico del Fueyo, Rosa María*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 21 de marzo 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 6 de marzo de 2013, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras para la ampliación del recinto ferial de Otur, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valdés, de 19 de julio de 2010, se adjudica provisionalmente el contrato de obras de ampliación del recinto ferial de Otur, cuya adjudicación definitiva tiene lugar mediante Acuerdo del mismo órgano de 18 de agosto de 2010.

Con fecha 27 de agosto de 2010 se formaliza el contrato y el 15 de octubre del mismo año el acta de comprobación del replanteo, dándose comienzo a las obras.

Consta incorporada al expediente diversa documentación del procedimiento seguido en la adjudicación del referido contrato, integrada, entre otros, por:

a) Resolución del Secretario de Estado de Cooperación Territorial de 25 de febrero de 2010, por la que se autoriza la financiación del proyecto presentado con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, creado por Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, en cuantía que asciende a 349.493,75 €.

b) Informe técnico de supervisión del proyecto y acta de replanteo del mismo, rubricados por la Arquitecta Jefa de la Oficina Técnica Municipal.

c) Pliego de prescripciones técnicas, en el que se recoge que "el plazo estimado (...) para la ejecución de las obras es de 6 meses", que "el no cumplimiento de las especificaciones técnicas recogidas en el pliego que se incluye en el proyecto será causa de resolución del contrato" y que "se impondrán penalidades por demora y por ejecución defectuosa conforme a lo establecido en el artículo 196 de la Ley de Contratos del Sector Público".

d) Pliego de "cláusulas administrativas particulares que, en unión del pliego de prescripciones técnicas y demás documentación, han de regir la licitación, mediante el procedimiento negociado con publicidad y el trámite de urgencia, de las obras". En él se dispone (cláusula 15.5) que "cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o, en su caso, de los plazos parciales, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias previstas en el artículo 196 de la Ley de Contratos del Sector Público./ Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga (...) se concederá por la Administración un plazo". Más adelante se especifica (cláusula 19.1) que "si a fecha de 31 de diciembre de 2010 las obras no han sido ejecutadas y entregadas a satisfacción de la Administración, o presumiblemente no puedan serlo en dicha fecha como consecuencia del incumplimiento de alguno de los plazos parciales, se procederá a la resolución

del contrato, incautándose la garantía definitiva y quedando la Administración liberada de cualquier obligación de pago. Ello sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran ser exigibles al contratista si, como consecuencia de dicho retraso, el Ayuntamiento de Valdés se viera obligado a reintegrar o sufre la retención total o parcial de cantidades pertenecientes al Fondo de Inversión". Entre las "condiciones especiales de ejecución del contrato" (cláusula 15.8) se exige, "a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, que el nuevo personal que el contratista necesite emplear para la ejecución de las obras se encuentre en situación de desempleo (...). A los efectos de acreditar este cumplimiento antes del día 10 de cada mes, el contratista deberá poner a disposición de la Dirección Facultativa con cada certificación de obra y/o factura los siguientes documentos: contrato, vida laboral e informe mensual de alta (...), relación de los impresos TC1 y TC2, tanto de las personas integradas en la empresa como de las nuevas a contratar (...). El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la imposición de una multa con una cuantía de 100 euros por cada día de retraso". En lo que atañe a la resolución del contrato (cláusula 18), se señala que "serán causas de resolución del contrato, además de las previstas en los artículos 206 y 220 de la Ley de Contratos del Sector Público (...), el incumplimiento de la condición especial de ejecución establecida en la cláusula 15.8 cuando este deba considerarse como muy grave de conformidad con lo establecido en la cláusula 19 siguiente". En esta última, relativa a la imposición de penalidades, se puntualiza que "cuando el incumplimiento se refiera a la contratación de personal será considerada como infracción muy grave a los efectos previstos en el artículo 102.2 de la LCSP siempre que tal incumplimiento suponga una contratación de nueva mano de obra que no se encontrase en situación de paro superior al 50% del total de la contratada como nueva".

e) Escrito del técnico autor del proyecto, expresivo de que "se adjunta copia" del mismo.

f) Informe de Intervención, fechado el 25 de marzo de 2010, de fiscalización favorable con una observación "en relación a la necesaria

incorporación de documento justificativo de la necesidad de la contratación". En él se recoge que "el Alcalde ha delegado la competencia en materia de contratación cuyo importe supere el límite de la contratación menor en la Junta de Gobierno Local mediante Decreto de la Alcaldía (...) de 19 de julio".

g) Certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión celebrada el 25 de marzo de 2010, aprobatorio del expediente de contratación del proyecto, "declarando su tramitación de urgencia", y de los pliegos, incluyendo la autorización del gasto. Reza en los antecedentes de dicho acuerdo que "son competencias municipales, entre otras, las actividades o instalaciones culturales y deportivas. Por lo que se justifica la necesidad de iniciar la presente contratación".

h) Particulares del expediente, comprensivos, entre otros, de las ofertas de los licitadores -la que resultaría adjudicataria ofrece un plazo de ejecución de 5 meses-, las actas de la Mesa de Contratación, la notificación a los licitadores del acuerdo de adjudicación provisional -a la "oferta más ventajosa, en los términos de su oferta (...). Plazo de ejecución: 5 meses-", la documentación presentada por la adjudicataria para elevar la adjudicación a definitiva y la certificación del acuerdo de adjudicación definitiva -adoptado por la Junta de Gobierno Local en su sesión de 18 de agosto de 2010-.

i) Contrato formalizado el 27 de agosto de 2010, constituyendo su objeto "la ejecución de las obras de ampliación del recinto ferial de Otur, según se describe en el proyecto y pliego de prescripciones técnicas que lo rige", que se incorporan como anexo, teniendo también "carácter contractual" todos los documentos señalados "en la cláusula 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares", que se integran en el contrato, "así como la oferta del adjudicatario". Este "se compromete a la ejecución del contrato por un plazo de cinco (5) meses, según su oferta, computados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo"; plazo que solo "será prorrogable en los términos establecidos en la cláusula 15.5" de las administrativas particulares. También recoge el documento contractual que "será condición de ejecución del contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto-

ley 13/2009, de 26 de octubre, que el nuevo personal que el contratista necesite emplear para la ejecución de las obras se encuentre en situación de desempleo". Se remite la resolución del contrato a lo establecido en el pliego.

j) Acta de comprobación del replanteo, levantada el 15 de octubre de 2010, tras haberse solventado los reparos formulados en un acta anterior, que derivaban de "la necesidad de ampliar el espacio interior del edificio para acoger una pista polideportiva", lo que "modifica la posición del cuerpo de aseos" y obliga "a disminuir el retranqueo contemplado en el proyecto con la finca colindante" por debajo del establecido en el Plan General de Ordenación.

**2.** Con fecha 11 de marzo de 2011, tiene entrada en el registro municipal un escrito de la adjudicataria en el que solicita una prórroga del plazo de ejecución, con fundamento en las "modificaciones varias para satisfacer las necesidades propias del edificio". Al respecto, el Director de las Obras informa, ese mismo día, que "los trabajos se están realizando a trompicones, con subcontratas diferentes, sin continuidad de personal y continuas equivocaciones (...). Durante toda la obra se han ido ordenando en forma adecuada (...) ajustes, matices, encajes" propios de la Dirección, "no pudiéndose denominar estos como modificaciones", reseñando "el incremento que se ha tenido que realizar por haber ejecutado la cimentación fuera del eje previsto en el replanteo". Ello no obstante, considera el técnico informante que procede un "incremento de tiempo" para no dañar lo ejecutado, "al no estar colocado el techo".

Tras un informe jurídico, un informe técnico y otro de la Intervención -coincidentes en la improcedencia de la "prórroga" solicitada, sin perjuicio de la conveniencia de ampliar el plazo de ejecución con las penalidades que procedan-, consta en el expediente el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en la sesión de 24 de marzo de 2011, por el que se deniega la prórroga, al tiempo que se autoriza a la adjudicataria para que "continúe ejecutando los trabajos contratados hasta su completa finalización, si bien ello no podrá superar la fecha del día 9 de mayo de 2011; procediendo, no obstante,

la incoación de expediente para determinar las penalidades a imponer por la demora”.

**3.** Con fecha 17 de marzo de 2011, la contratista presenta en el Registro General del Ayuntamiento de Valdés un escrito en el que reclama al Ayuntamiento “el abono de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro” de las facturas que no se pagaron “dentro de los treinta días siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras”. Obra en el expediente, a continuación, una certificación de la Resolución de la Alcaldía de 18 de marzo de 2011, por la que se levantan los reparos formulados por la Intervención municipal en la fiscalización de las cuatro primeras certificaciones de obra, reconociendo las obligaciones de ellas derivadas. Entre las deficiencias observadas se recoge que no se ha acreditado “el cumplimiento de la (condición) especial de ejecución prevista en la cláusula 15.8”. En la misma Resolución se ordena la incoación de procedimientos en orden a determinar la procedencia de los intereses de demora reclamados por la adjudicataria, dilucidar el cumplimiento de “la condición especial de ejecución establecida en la cláusula 15.8 del pliego” y de la obligación de pago a los subcontratistas y “depurar responsabilidades del contratista en relación con la ejecución del contrato”.

Tras un requerimiento a la adjudicataria para que acredite el cumplimiento de la condición especial de ejecución, obran en las actuaciones las certificaciones de las Resoluciones de la Alcaldía que levantan los reparos en relación con la quinta, sexta, séptima y octava certificación de obra, constanding en las mismas que sigue sin acreditarse la reiterada condición especial de ejecución y que varios acreedores del adjudicatario reclaman al Ayuntamiento por trabajos y suministros impagados por aquel. Figuran en el expediente las reclamaciones de cinco empresas suministradoras o subcontratadas, así como una orden judicial dirigida al Consistorio para la retención de lo adeudado a la contratista hasta un importe de “281.302,01 euros (...), más otros 10.000”.

**4.** Tras una comunicación presentada por la mercantil el 13 de abril de 2011, relativa a “modificaciones en la carpintería exterior solicitadas por la Dirección de la Obra y no previstas en el proyecto”, que requieren de un plazo de cuatro semanas para el suministro del material y otras dos para su instalación, se recaba informe del Director de la Obra. Este presenta un escrito en el registro municipal el día 25 de abril de 2011 en el que indica que “los retrasos acaecidos en la obra son debidos a la reiterativa falta de materiales, andamios, personal, encargado a pie de obra (...), planificación”, habiendo requerido a la empresa “en varias ocasiones (...) que montase la carpintería según venía especificada en (el) proyecto, planos y presupuesto”, alegando esta que “dicha perfilería no existía en el mercado”, por lo que la Dirección Facultativa les facilitó las señas de uno de los fabricantes. Añade que se ha visto obligado a adoptar medidas de seguimiento para “tener al menos una opción de que estén colocadas las carpinterías” para la Feria de mayo, ya que la empresa acude a cualquier “subterfugio” para dilatar los tiempos de ejecución.

**5.** El día 8 de agosto de 2011, la mercantil presenta un escrito en el registro municipal en el que acusa “diferencias importantes entre las mediciones de la contrata y las del Director Arquitecto en varias partidas” que desglosa, y con fecha 24 de agosto de 2011 aporta la documentación justificativa de la previa situación de desempleo de uno de los trabajadores ocupados en la obra. Ese mismo trabajador presenta, el 17 de octubre de 2011, un escrito en el que manifiesta que trabajó “como albañil, en régimen de autónomos”, para la adjudicataria, y que esta no le ha retribuido sus trabajos ni le “han pagado las dos cuotas de autónomos que (...) habían quedado de pagar”.

A petición de la Alcaldía, libra informe la Secretaria del Ayuntamiento, proponiendo “iniciar (...) expediente para la imposición de penalidades” por incumplimiento del plazo de ejecución.

El 21 de noviembre de 2011 emite informe el Director de la Obra. En él reitera los incumplimientos de la adjudicataria y manifiesta que “sin actividad en la obra, sin tener conocimiento si la empresa adjudicataria tiene solicitados los

materiales necesarios” y “a falta de muchos remates”, considera que los trabajos no finalizarán antes del 31 de diciembre de 2011 a efectos de poder justificar la subvención estatal. Señala que no le fue entregada por la empresa la documentación relativa a la condición especial de ejecución y constata el incumplimiento del plazo de ejecución (ampliado a 30 de abril de 2011), adjuntando reportaje fotográfico revelador de las carencias de lo ejecutado y de la falta de actividad en la obra.

**6.** Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión celebrada el día de 24 de noviembre de 2011, se inicia el procedimiento para la imposición de penalidades por incumplimiento del plazo de ejecución y se requiere a la adjudicataria para que justifique el cumplimiento de la condición especial de ejecución.

La contratista remite escrito, fechado el 28 de diciembre de 2011, justificando los retardos en “el continuo cambio de unidades y la readaptación del proyecto original”, así como la falta de “definición del 20% restante”, que considera es el porcentaje de la obra que falta por ejecutar. Afirma haber trasladado “mensualmente” al Director de la Obra la documentación relativa a la condición especial de ejecución y alega que “en todas las facturas-certificaciones (...) se han producido retrasos en los cobros”.

A la vista de este escrito, el Director de la Obra libra informe detallado el 25 de enero de 2012. En él señala que “es la propia empresa la que constantemente realiza propuestas de cambio intentando encajar el proyecto en un precio más bajo, dada la baja realizada de un 30,01%, o incrementando las mediciones ficticiamente o con partidas que nada tienen que ver con el proyecto”; que ha dejado los solados a medio colocar, al no suministrar material al único obrero en la obra, y que “en los 6 primeros meses se ejecuta el 24,5%, en los dos siguientes el 38,6%, en los tres siguientes el 15,6%, y prácticamente inactivos en los tres últimos” meses. Se detallan diversos errores de ejecución (“división de los aseos desplazada”, “estructura del tejadillo de acceso” incumpliendo las indicaciones, distribución de los baños, colocación del azulejo) y

los sucesivos retrasos. Se acusa la falta de un "encargado de la obra", debiendo entenderse la Dirección con las subcontratas. Se concretan las fechas en que la Dirección de la Obra ha reclamado infructuosamente a la empresa -hasta 6 veces- la documentación relativa al cumplimiento de la condición especial de ejecución, y se afirma que "la relación mandada como alegaciones al informe de resolución solo es coincidente (en) uno de los obreros" al contrastarla con las justificaciones anteriormente remitidas, que en "gran parte" de los periodos de tiempo contabilizados "la obra ha estado sin personal o con poca actividad" y que "en los TC recibidos (...) solo tres obreros estuvieron en obra", concluyéndose que "se adscriben a la obra obreros que no han estado en ella". Se acompaña amplio reportaje fotográfico revelador del abandono y el defectuoso estado de una obra inconclusa. Asimismo, se adjunta "planing de seguimiento de (la) obra" expresivo de la "baja" actividad hasta septiembre de 2011, apareciendo como "sin actividad" los meses de octubre, noviembre y diciembre del mismo año.

**7.** Con fecha 27 de enero de 2012 libra informe la Secretaria del Ayuntamiento, proponiendo, a la vista de los antecedentes y las cláusulas 15.5 y 19 del pliego de las administrativas particulares, el inicio del procedimiento de resolución contractual.

Con la misma fecha, la Intervención municipal emite informe en el que se constata la situación de mora y que "no se ha acreditado el cumplimiento de la condición especial de ejecución".

**8.** Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión celebrada el día 27 de enero de 2012, se inicia el procedimiento de resolución del contrato, si bien en él se alude confusamente a "efectuar propuesta de resolución del contrato". El fundamento radica en el incumplimiento culpable del contratista "en los términos de los artículos 196.4 y 206, apartados e) y g), de la Ley 30/2007".

En el mismo acuerdo se dispone "dar audiencia de la propuesta" al adjudicatario y a su avalista, así como requerir al Director Facultativo para que informe "si la parte de obra reclamada" por proveedores y subcontratistas de la adjudicataria "se encuentra ya certificada o pendiente de certificar".

De esta resolución se confiere traslado al Director de la Obra, a la adjudicataria y a la avalista, "dado que se propone la incautación de la garantía definitiva".

**9.** Con fecha 30 de enero de 2012, el Interventor municipal, con el visto bueno del Alcalde, emite certificación acreditativa de los pagos realizados y de que el contrato de obra "no ha sido ejecutado en su integridad".

**10.** El día 9 de febrero de 2012, emite informe el Arquitecto Jefe de la Oficina Técnica Municipal en el que consta que "existe abandono total de los trabajos desde el pasado mes de octubre", observándose un "estado de abandono y deterioro progresivo de lo realizado" y estimándose necesarias algunas actuaciones de urgencia (el cierre del hueco del portón, la clausura de las entradas laterales, el desescombro y la limpieza de la obra). Se adjunta un reportaje fotográfico revelador de las deficiencias.

Con fecha 27 de febrero de 2012 tiene entrada en el registro municipal un escrito del Director de la Obra al que se adjunta un informe documentado sobre los impagos a las subcontratas y proveedores y la medida en que la parte de la obra correspondiente a sus servicios o suministros se encuentra ya certificada o pendiente de certificar.

Previo traslado del informe de la Oficina Técnica, el Director de la Obra reitera que la obra está ejecutada en un 80%, quedando el resto pendiente "de ejecución", y no "de definición". Asimismo, manifiesta que considera procedente, por motivos de seguridad, "ordenar a la empresa adjudicataria y subsidiariamente al Ayuntamiento se proceda al cierre del vallado perimetral".

Concedido un plazo a la adjudicataria para el desescombro, retirada del material sobrante, tapado de huecos y cierre del vallado perimetral (hasta el 5

de marzo de 2012), el día 2 de marzo de 2012 tiene entrada en el registro municipal un escrito de alegaciones de la adjudicataria en el que esta manifiesta su "oposición a la incoación de procedimiento de resolución del contrato", señalando, llanamente, que ninguna de las causas de resolución concurren y remitiéndose a "lo alegado por esta contratista" en el procedimiento incoado para la imposición de penalidades, de lo que adjunta copia. Solicita se le confiera un nuevo trámite de audiencia "una vez se incorpore al expediente el informe solicitado a la Dirección Facultativa".

Constan en el expediente un nuevo informe de la Oficina Técnica Municipal y otro del Director de la Obra en el que se manifiesta que la adjudicataria firmó el 1 de marzo de 2012 el acuse de recibo del requerimiento para el desescombro, tapado de huecos y cierre del vallado y que, girada visita el día 7 del mismo mes, "siguen sin cumplirse las medidas de seguridad reclamadas".

También se incorporan a las actuaciones diversos particulares relativos a la celebración del carnaval en una instalación colindante, dejando constancia la Presidenta de la asociación de vecinos que organizó el evento, mediante escrito presentado en el registro municipal el 14 de marzo de 2012, de que "el pabellón ferial que actualmente está en construcción (...) está abierto totalmente, sin vallar y sin señales de prohibido el paso a persona ajena a la obra ni nada que indique más que (el) abandono por parte de la empresa".

**11.** Tras un informe del Arquitecto Técnico Municipal valorando en 896,66 € "los trabajos imprescindibles para garantizar que se imposibilite el acceso al pabellón de personas ajenas a la obra", consta en el expediente la certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 15 de marzo de 2012, por el que se acude a la ejecución subsidiaria del cierre del vallado "contra la garantía definitiva depositada por la adjudicataria", a la que se requiere para que reponga la integridad de dicha garantía.

El referido Acuerdo se comunica al Director de la Obra, a la empresa adjudicataria y a su avalista.

**12.** Consta la remisión a la adjudicataria, el 27 de marzo de 2012, del informe presentado por la Dirección Facultativa el 27 de febrero del mismo año sobre la medida en que la parte de la obra correspondiente a los servicios o suministros que los subcontratistas reclaman al Ayuntamiento se encuentra ya certificada o pendiente de certificar.

**13.** En sesión celebrada el 30 de marzo de 2012, según certifica la Secretaria del Ayuntamiento, la Junta de Gobierno Local acuerda remitir el expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para la emisión de dictamen, apreciándose un “incumplimiento culpable del contratista” por los motivos que dan lugar a la incoación del mismo.

Con fecha 16 de mayo de 2012 tiene entrada en el registro municipal el dictamen del Consejo Consultivo. En él se razona que debe retrotraerse el procedimiento “al momento procesal oportuno al objeto de cuantificar los daños y perjuicios que la resolución contractual irroga a la Administración, para dar seguidamente audiencia al contratista y al avalista, y finalmente redactar una nueva propuesta de resolución, solicitando a continuación de este Consejo el preceptivo dictamen de formularse oposición por parte del contratista”.

**14.** El día 30 de mayo de 2012 libra informe una Técnica de Administración General, con la conformidad de la Secretaria municipal. En él se aprecia la necesidad de “iniciar de nuevo expediente de resolución del presente contrato” y se cuantifican los daños documentados en el procedimiento (por razón de la posible pérdida de la subvención, 350.248,16 €, y por el cierre del recinto, 896,66 €), sin perjuicio de que la Dirección Facultativa informe sobre “cualquier otro (...) que pueda haberse causado”.

A la vista de dicho informe, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 31 de mayo de 2012, acuerda “retrotraer el expediente (...) a su inicio, entendiendo que ante los incumplimientos señalados en los antecedentes”, en los que se refleja un incumplimiento culpable del contratista

en los términos de lo establecido en los artículos 196.4 y 206, apartados e) y g), de la Ley 30/2007, “procede resolver el contrato, con incautación de la garantía definitiva (...) y la indemnización por el contratista de los daños y perjuicios causados a la Administración en lo que excedan del importe de las garantías incautadas”.

Con fecha 19 de junio de 2012, tiene entrada en el registro municipal el informe de la Dirección de la Obra sobre los “daños y perjuicios ocasionados”, que se cifran, con desglose, en 30.984,74 €, sin computar los daños por la “no utilización del recinto”, por cuanto “la gestión de los eventos que se realizan y sus costes depende del Ayuntamiento”.

El día 17 de julio de 2012, tiene entrada en el registro municipal un escrito de la empresa contratista en el que formula su oposición a la resolución del contrato invocando la caducidad del procedimiento, la indefensión derivada de la incorporación de informes con posterioridad al trámite de audiencia, la improcedencia de una determinación de daños y perjuicios “meramente estimativa” y la de “cuantificar como perjuicio meros futuribles” o imputar a la contratista el eventual reintegro de la subvención, y la circunstancia de que las obras deben considerarse “recibidas por la Administración”.

En sesión celebrada el 28 de septiembre de 2012, según certifica el Secretario municipal, la Junta de Gobierno Local acuerda efectuar propuesta de resolución desestimando las alegaciones de la contratista, con reproducción de lo informado por el Secretario, y considerando que procede la resolución del contrato con incautación de la garantía “por importe de 18.623,66 €”. En el mismo acuerdo, la Junta de Gobierno propone determinar “con carácter provisional, y a resultas de la posterior liquidación del contrato, la obligación a cargo del contratista adjudicatario de indemnizar a la Administración municipal por un importe de 247.910,42 € (IVA excluido), en concepto de daños y perjuicios ocasionados; importe correspondiente al coste de ejecución de la obra y redacción del proyecto”. Igualmente, entiende que se debe elevar la propuesta al Consejo Consultivo para la emisión de dictamen.

Con fecha 7 de noviembre de 2012 tiene entrada en el registro municipal el dictamen del Consejo Consultivo. En él se concluye que, dado el tiempo transcurrido desde la incoación del procedimiento, procede declarar la caducidad del mismo, sin perjuicio de que, "no habiéndose extinguido el contrato por otra causa, pueda iniciarse un nuevo procedimiento resolutorio".

**15.** En sesión celebrada el 13 de noviembre de 2012, según certifica el Secretario del Ayuntamiento, la Junta de Gobierno Local acuerda "declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual" y "dar traslado (...) a la Oficina Técnica Municipal y dirección técnico facultativa para que (...) emitan informe de valoración de los daños y perjuicios irrogados", lo que se notifica a los interesados.

**16.** Con fecha 11 de diciembre de 2012, tiene entrada en el registro municipal un nuevo informe de la Dirección de la Obra sobre los "daños y perjuicios ocasionados", que se cifran, con desglose, en 109.068,87 €, sin computar los derivados de la "falta de utilización del recinto", por cuanto "la gestión de los eventos que se realizan y sus costes depende del Ayuntamiento".

**17.** Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado en sesión celebrada el día 14 de diciembre de 2012, se inicia nuevamente el procedimiento de resolución del contrato por "incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución (...) y del plazo de ejecución del mismo, todo ello al amparo de lo dispuesto en los arts. 196.4 y 206, apartados e) y g), de la Ley 30/2007".

En el referido acuerdo se reproduce lo informado sobre los daños y perjuicios por la Dirección de la Obra y por el Secretario municipal (que justifica la inclusión de la subvención), disponiéndose "determinar como indemnización de daños y perjuicios a abonar por parte del contratista adjudicatario la cantidad de 109.068,87 €, de conformidad con lo establecido en el informe rendido al efecto por la Dirección de Obra, y 170.624,88 € respecto del importe de la subvención procedente del Fondo Estatal (...) pendiente de justificar".

Asimismo se acuerda dar audiencia al adjudicatario y a su avalista, notificándose el acuerdo a todos los interesados.

**18.** El día 25 de febrero de 2013, tiene entrada en el registro municipal un escrito de la empresa contratista en el que formula su oposición a la resolución del contrato invocando un retraso imputable a la Administración en la comprobación del replanteo y la "indecisión de la Dirección Facultativa", que "iba redefiniendo el proyecto" y "ordenó realizar unidades de obra que no figuraban" en él. Igualmente alega que "no existe incumplimiento del plazo de ejecución", al apreciar una recepción tácita de las obras con motivo de la feria de muestras organizada en el recinto en mayo de 2011. Manifiesta también su disconformidad con la valoración de la obra ejecutada y la inclusión en la relación de daños de partidas relativas a la redacción de un nuevo proyecto y dirección de las obras restantes, a la "redacción de informes, valoraciones, reuniones por un valor total de 2.843,50 euros" y a "perjuicios por no finalización de remates, ajustes". En cuanto al importe de la subvención, reitera que su inclusión implica cuantificar "como perjuicio un mero futuro". Acompaña copia de noticias aparecidas en la prensa regional con motivo de la celebración de una feria en el recinto.

**19.** A solicitud del Secretario municipal, libra un nuevo informe el Arquitecto Director de la Obra en el que se detallan, con amplio reportaje gráfico y fotográfico, las sucesivas incidencias en el proceso constructivo y el estado actual de la obra, justificándose puntualmente que los diversos retardos son imputables a la adjudicataria, y razonándose singularmente la inconsistencia de cada uno de los motivos esgrimidos por la empresa para justificar los retrasos.

**20.** Previo informe del Secretario del Ayuntamiento, la Junta de Gobierno Local acuerda por unanimidad, en sesión celebrada el 4 de marzo de 2013, efectuar propuesta de resolución desestimatoria de las alegaciones formuladas, apreciándose la procedencia de "resolver el contrato" -por incumplimiento del plazo de ejecución y de la condición relativa a la contratación de personal que se

encuentre en situación de desempleo- y de "incautar la garantía definitiva por importe de 19.520,30 €, a los efectos de lo dispuesto en el art. 88.c) de la Ley 30/2007".

En el mismo acuerdo se dispone la suspensión del plazo de resolución del procedimiento "por la solicitud del informe preceptivo al Consejo Consultivo"

**21.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de marzo de 2013, registrado de entrada el día 7 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 para la ampliación del recinto ferial de Otur, justificando su urgencia y adjuntando 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 Valdés, 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.

En la solicitud de dictamen, se requiere a este Consejo que lo emita por el procedimiento de urgencia. El artículo 19, apartado 3, de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, ya citada, establece que "Cuando en la orden de remisión del expediente se hiciese constar motivadamente la urgencia del dictamen, el plazo máximo para su despacho será de quince días hábiles". En la orden de remisión se justifica la invocada urgencia con la doble finalidad de "no entorpecer el normal funcionamiento de los servicios públicos afectados" y

minimizar “los perjuicios eventualmente causados a la Administración”, toda vez que “si se alcanzase una pronta resolución del expediente administrativo pudiera existir posibilidad de que no hubiera que reintegrar la subvención concedida”. En consecuencia, el presente dictamen se emite dentro del plazo de quince días hábiles desde su solicitud.

**SEGUNDA.-** El contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa, suscrito al amparo del artículo 19 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), al tratarse de un contrato de obras calificado como tal conforme a lo establecido en el artículo 6 de la misma Ley.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -18 de agosto de 2010-, y teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante 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 la LCSP, 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 de la LCSP, 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 establecido en el artículo 194 de la LCSP, corresponde a la Administración 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.

Una vez iniciado el procedimiento por el órgano competente -en este caso, consta la delegación a favor de la Junta de Gobierno Local mediante Decreto de la Alcaldía de 19 de julio-, su instrucción se encuentra sometida -por razones temporales- 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 (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 no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria, como sucede en este caso, de acuerdo con lo señalado en el artículo 197.1 de la LCSP. 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.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento sustancial de los trámites señalados. No obstante, se advierten diversas irregularidades formales. Así, no se ha dado cumplimiento 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. Además se incurre en otros vicios adjetivos, pues el informe de valoración del daño es previo a la incoación misma del procedimiento, el trámite de audiencia se evacua prematuramente en virtud del propio acuerdo de iniciación, se omite la formal incorporación de los informes obrantes en el expediente caducado (singularmente, los que documentan el incumplimiento de la condición especial de ejecución relativa a los trabajadores) y unos postreros informes de la Dirección Facultativa y de la Secretaría municipal anteceden inmediatamente a la propuesta de resolución. Pese a ello, debemos reparar en que el contenido de los informes que justifican la valoración del daño se incorpora al acuerdo de iniciación -del que se da oportuno traslado a la adjudicataria y a su avalista-, y estos tienen pleno conocimiento del sustrato fáctico y jurídico que motiva la resolución contractual, a la luz de la documentación que se les comunica y de la aportada al anterior expediente caducado, sin que pueda deducirse indefensión.

**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, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato la LCSP. En consecuencia, las causas de resolución aplicables son las recogidas en el artículo 206 de la misma Ley y, en cuanto al contrato de obras, en el artículo

220 del mismo texto legal, que contempla determinadas especialidades de este tipo contractual, sin perjuicio de la remisión general al citado artículo 206.

En el propio pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato analizado se contempla la virtualidad resolutoria del cumplimiento del plazo total de ejecución (cláusula 15), concretándose que “serán causas de resolución del contrato, además de las previstas en los artículos 206 y 220 de la Ley de Contratos del Sector Público (...), el incumplimiento de la condición especial de ejecución establecida en la cláusula 15.8 (que el nuevo personal que el contratista necesite emplear para la ejecución de las obras se encuentre en situación de desempleo) cuando este deba considerarse como muy grave de conformidad con lo establecido en la cláusula 19 siguiente”. En esta última, relativa a la imposición de penalidades, se reseña que “cuando el incumplimiento se refiera a la contratación de personal será considerada como infracción muy grave a los efectos previstos en el artículo 102.2 de la LCSP siempre que tal incumplimiento suponga una contratación de nueva mano de obra que no se encuentre en situación de paro superior al 50% del total de la contratada como nueva”. Lo que debe aquí desecharse es la operatividad de la cláusula 19.1 de las administrativas particulares (en cuanto reza que “si a fecha de 31 de diciembre de 2010 las obras no han sido ejecutadas y entregadas a satisfacción de la Administración, o presumiblemente no puedan serlo en dicha fecha como consecuencia del incumplimiento de alguno de los plazos parciales, se procederá a la resolución del contrato, incautándose la garantía definitiva”, toda vez que la resolución contractual no puede fundarse ahora en el transcurso de ese plazo, sino en el incumplimiento del plazo ampliado, pues la fecha de referencia -31 de diciembre de 2010- ha quedado rebasada con el propio plazo de ejecución previsto entre las prescripciones técnicas (6 meses) y con el asumido por el contratista (5 meses).

En el procedimiento que se somete a nuestra consideración, la Administración invoca el incumplimiento por el contratista del plazo total de ejecución, al amparo de lo establecido en el artículo 206.d) de la LCSP, y el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato en lo

relativo a la contratación de personal que se encuentre en situación de desempleo.

En lo que atañe a la primera de las causas, este Consejo tiene reiterado que no cabe anudar automáticamente la resolución contractual a la constatación del transcurso del plazo total de ejecución sin que la obra haya sido acabada. Al contrario, la decisión administrativa de resolver el contrato requiere la previa ponderación de la entidad del incumplimiento que se achaca al contratista para determinar si concurre en él la esencialidad que justifica el ejercicio de la potestad resolutoria. En el caso que analizamos la adjudicación definitiva del contrato tiene lugar mediante Acuerdo de 18 de agosto de 2010, siendo el plazo de ejecución de las obras de 6 meses; en el contrato formalizado el día 27 del mismo mes la adjudicataria "se compromete a la ejecución del contrato por un plazo de cinco (5) meses, según su oferta, computados desde el día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo"; el acta de comprobación del replanteo se difiere al 15 de octubre de 2010 -por razones atendibles-; el contratista solicita una prórroga el 11 de marzo de 2011 (casi agotado el plazo contractual), informando entonces la Dirección Facultativa que "los trabajos se están realizando a trompicones, con subcontratas diferentes, sin continuidad de personal y continuas equivocaciones"; el plazo se amplía hasta el 9 de mayo de 2011 (Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 24 de marzo de 2011), sin perjuicio de las penalidades que procedan, cuya imposición no consta, y a partir del mes de octubre del mismo año se constata una falta de actividad en la obra. En efecto, las sucesivas comprobaciones efectuadas por la Dirección Técnica -desde la documentada en noviembre de 2011- y por el Arquitecto Jefe de la Oficina Técnica Municipal revelan, tal como informa este último el 9 de febrero de 2012, un "estado de abandono y deterioro progresivo de lo realizado", habiendo ya denunciado la Dirección Facultativa que la empresa venía acudiendo a cualquier "subterfugio" para dilatar los tiempos de ejecución; que los retardos "son debidos a la reiterativa falta de materiales, andamios, personal, encargado a pie de obra (...), planificación" (escrito registrado el día 25 de abril de 2011); que la ausencia de un "encargado de la

obra" obliga a la Dirección a entenderse con las subcontratas (informe de 25 de enero de 2012), y que la entidad de lo que queda pendiente de ejecutar alcanza un 20% del total de la obra. Tales apreciaciones, sustentadas en criterios técnicos detallados y acompañadas de amplio reportaje fotográfico, se adveran a la luz de otros elementos obrantes en las actuaciones, como los impagos de la adjudicataria a las subcontratas y proveedores o la necesidad de acudir a la ejecución subsidiaria para garantizar la seguridad de lo construido. No cabe frente a ello, como pretende la mercantil, oponer una suerte de "recepción tácita" de la obra por el Ayuntamiento, pues -amén de que tal figura exigiría que las obras se encuentren en correcto estado y que el acta no se formalice por causas ajenas al contratista- este tiene abierto un procedimiento dirigido a la resolución del contrato por causa a él imputable al tiempo de celebrarse la "feria" a la que anuda aquella recepción conforme de lo construido. Se constata, en suma, un incumplimiento material y sustancial, una voluntad deliberadamente rebelde por parte de la adjudicataria que -aunque entrañe un abandono de facto de la obra al tiempo de incoarse este expediente- debe articularse a través de la causa resolutoria relativa a la inejecución de lo comprometido, procediendo la resolución del contrato por esta causa.

Respecto a la segunda causa que aduce el Ayuntamiento, la referida al incumplimiento de la condición especial de ejecución que impone que la mitad, al menos, de la nueva mano de obra contratada proceda del desempleo, se observa que el artículo 206, letra g), de la LCSP -en su redacción vigente al tiempo de la adjudicación de este contrato- ampara la virtualidad resolutoria del "incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato". Entre ellas, el pliego que rige la presente contratación consagra (cláusula 18) el efecto resolutorio del "incumplimiento de la condición especial de ejecución establecida en la cláusula 15.8 cuando este deba considerarse como muy grave de conformidad con lo establecido en la cláusula 19 siguiente". En esta última, relativa a la imposición de penalidades, se puntualiza que "cuando el incumplimiento se refiera a la contratación de personal será considerada como infracción muy grave a los

efectos previstos en el artículo 102.2 de la LCSP siempre que tal incumplimiento suponga una contratación de nueva mano de obra que no se encontrase en situación de paro superior al 50% del total de la contratada como nueva". De lo actuado se deduce, ante todo, una continua desatención u obstrucción a la labor administrativa tendente a la comprobación del cumplimiento de este extremo - actitud que podría ser merecedora de una sanción resolutoria, en cuanto imposibilita el ejercicio de sus facultades por la Administración-, constatándose por el Consistorio y por la Dirección de la Obra que se ha reclamado infructuosamente a la empresa -hasta 6 veces- la documentación relativa al cumplimiento de la condición especial de ejecución. Consta igualmente que la mercantil solo llega a justificar la incorporación de un trabajador en situación de desempleo, comprobándose posteriormente que ese operario se dio de alta en el régimen de autónomos (el mismo trabajador presenta, el 17 de octubre de 2011, un escrito en el que manifiesta que trabajó "como albañil, en régimen de autónomos", no habiéndole abonado la empresa las cotizaciones a las que se había comprometido), lo que pone de manifiesto que la adjudicataria trata de utilizarlo en fraude de la finalidad a la que responde la condición especial impuesta. En suma, según informa la Dirección Facultativa con fecha 25 de enero de 2012, "la relación mandada como alegaciones al informe de resolución solo es coincidente (en) uno de los obreros" al contrastarla con las justificaciones anteriormente remitidas, en "gran parte" de los periodos de tiempo contabilizados "la obra ha estado sin personal o con poca actividad" y "en los TC recibidos (...) solo tres obreros estuvieron en obra", concluyéndose que "se adscriben a la obra obreros que no han estado en ella". Ahora bien, mereciendo las causas resolutorias una interpretación estricta, la que en los pliegos se eleva a esta categoría se constriñe a la "contratación de nueva mano de obra que no se encontrase en situación de paro superior al 50% del total de la contratada como nueva". Ciertamente lo actuado deja de manifiesto un cúmulo de irregularidades en relación al personal empleado en la obra -cuya ausencia o falta de continuidad es uno de los desencadenantes del incumplimiento material de lo comprometido-, pero no consta terminantemente -dada la escasa

actividad- que la mayoría de los nuevos operarios empleados por el contratista fueran ajenos a la situación de desempleo.

En lo que atañe a la incautación de la garantía “por importe de 19.520,30 €”, se justifica cumplidamente en lo actuado, a través de los informes exhaustivos librados por el Director de la Obra, que la cuantía de los daños y perjuicios irrogados a la Administración excede del montante de esa garantía, por lo que resulta procedente, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en cuanto el importe de los perjuicios exceda del de la garantía incautada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de obras para la ampliación del recinto ferial de Otur adjudicado a la empresa “X”, sometido a nuestra consulta, con los efectos expuestos en el cuerpo de este dictamen.”

V. I., 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 VALDÉS.