

Expediente Núm. 266/2014
Dictamen Núm. 268/2014

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de noviembre de 2014, 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 V. E. de 9 de octubre de 2014 -registrada de entrada el día 23 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de edificación de 18 unidades de primaria en el Colegio, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte de 21 de mayo de 2014, se adjudica el contrato de obras de “edificación de 18 unidades de primaria en el colegio público, por un precio de 2.485.830,00 euros -IVA incluido-.

El día 30 del mismo mes se formaliza el contrato en documento administrativo, en cuya cláusula cuarta se establece que “el plazo de ejecución de la presente actuación es de quince (15) meses, a partir del día siguiente al

de la comprobación del replanteo, que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su firma”.

2. Obra incorporada al expediente, entre otra documentación, el resguardo del depósito en la Tesorería General del Principado de Asturias de la garantía definitiva, por importe de 102.720,25 euros, y el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación. El apartado 4 de la cláusula 6 de este pliego dispone que el contratista “no tendrá derecho a percibir en cada año, cualquiera que sea el importe de lo ejecutado, mayor cantidad que la consignada en la anualidad correspondiente”. La cláusula 14 del pliego se ocupa de la comprobación del replanteo, y en ella se reproduce parcialmente el contenido del artículo 139 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, precisando que “Cuando el resultado de la comprobación del replanteo demuestre, a juicio del director de la obra y sin reserva por parte del contratista, la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto se dará por aquél la autorización para iniciar las obras, haciéndose constar este extremo explícitamente en el acta que se extienda, de la que queda notificado el contratista por el hecho de suscribirla, y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta”. En el apartado 5 de la cláusula 15 del mismo pliego, relativa a la ejecución del contrato, se establece que “el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados, en su caso, para su ejecución sucesiva. 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 212” del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La cláusula 18 contempla como causas resolutorias, “además de las previstas en los artículos 223 y 237” del referido texto legal, “las siguientes (...): La desobediencia o inobservancia de las órdenes de la Dirección

Facultativa o del responsable del contrato (...). La suspensión de la ejecución de las obras sin autorización expresa (...). La cesión del contrato sin la autorización del órgano de contratación (...). El incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación” y “el incumplimiento del compromiso de adscripción de medios”, atribuyendo a las dos últimas “el carácter de obligación contractual esencial”. Constan en el expediente el anuncio de licitación publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias N.º 63, de 17 de marzo de 2014, y la Resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte, del día 21 del mismo mes, por la que se dispone completar el citado anuncio, y demás actos preparatorios del contrato, con la mención “Proyecto financiado en un 80% por la Unión Europea a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional en el marco del Programa Operativo FEDER de Asturias 2014-2020”.

3. La cláusula primera del contrato recoge que “la empresa (...) se compromete a la ejecución de las obras de edificación de 18 unidades de primaria en el CP”. Según la cláusula tercera, “el contratista da su conformidad con el proyecto cuya ejecución ha sido objeto de licitación sin perjuicio de las consecuencias que pudieran derivarse de la comprobación del replanteo del mismo”. La cláusula sexta dispone que “si el contratista, por causas imputables al mismo, hubiese incurrido en demora respecto de los plazos parciales de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final o este hubiera quedado incumplido la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato con la pérdida de fianza o por la imposición de las penalidades establecidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

4. Se ha incorporado al expediente el acta de comprobación del replanteo que suscriben, el día 26 de junio de 2014, las Directoras de Ejecución de la Obra, el Representante de la Administración y Director de Obra y el Representante de la Contrata. En el acta se refleja que, “habiendo comprobado el replanteo de la

obra citada, se considera que el proyecto es: viable". Se comprueba que constan los siguientes documentos: a) Resolución de licencia municipal de obras. b) Plan de seguridad y salud aprobado. c) Otras autorizaciones previas necesarias. Concluye que "el Director de la Obra, no existiendo reservas que lo impidan (...), autoriza el inicio de la obra, empezándose a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente al del presente acto./ No existiendo reservas a considerar, el Representante de la Administración no suspende el acto".

5. Obra en el expediente, asimismo, el acta de comprobación de alineaciones suscrita el 7 de julio de 2014 por un Ingeniero Técnico Topógrafo del Ayuntamiento de Oviedo en presencia de un técnico representante de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte y del jefe de obra de la empresa. Consta que las alineaciones "se dan por válidas".

6. El 17 de julio de 2014 el Director de Obra y las Directoras de Ejecución de la Obra giran visita de inspección a las obras, donde "observan que no se han iniciado los trabajos./ No se aprecia actividad alguna correspondiente a los trabajos propios de obra, de implantación o de cierre de parcela".

7. Mediante Resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte de 21 de julio de 2014, se aprueba el gasto para la "redacción de estudio geotécnico y análisis de adecuación de cimentación y estructura a sus resultados del proyecto de 18 unidades de primaria del CP". Con fecha 20 de agosto de 2014, el Coordinador de Obras y Proyectos de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte informa favorablemente la recepción de los trabajos realizados.

8. El día 22 de julio de 2014, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante de la empresa contratista manifiesta haber recibido un correo electrónico del Director General de Personal Docente y Planificación Educativa en el que se señala que, "tras la reunión mantenida por técnicos (de la empresa) con el Coordinador de la

Oficina Técnica de la Consejería de Educación, en la que mostraron bastantes dificultades en poder llevar a cabo el proyecto tal y como figura en el contrato, poniendo incluso en riesgo la viabilidad de llevar a término el mismo, ante la urgencia de que la obra sea acometida de forma inmediata al ser absolutamente inaplazable para atender las necesidades de escolarización del centro, les solicito una reunión urgente con la persona responsable (...). De confirmarse el incumplimiento del contrato (...), les adelanto que el Principado de Asturias ejercerá todas las acciones legales a su alcance contra la empresa responsable, tanto vía indemnización como la prohibición inmediata de contratación de obra pública en el ámbito del Principado de Asturias". Considera inexacto el contenido del citado correo electrónico y, a la vista del mismo, afirma que "la dinámica que parece plantear la Consejería desde la firma del contrato más parece la de impedir y dificultar la ejecución de la obra que la de solucionar los problemas que existen en el inicio de la misma". Subraya que no se ha celebrado una reunión, sino varias, y que, "efectivamente (...), se han mostrado `dificultades en poder llevar a cabo el proyecto´", precisando que "la viabilidad de la obra dependerá de las actuaciones que realice esa Consejería".

En relación con el acta de comprobación del replanteo suscrita el 26 de junio de 2014 en la que se manifiesta que no existen reservas, señala que "el Director de la Obra no considera las cuestiones manifestadas (por la empresa)", pero el mismo día "se remite correo electrónico a la Dirección Facultativa en el que se dice que `en el acta de inicio de la obra se hace una reserva, ya que el replanteo está correcto a expensas de recibir el visto bueno del Ayuntamiento de Oviedo, tal y como se refleja en la concesión de la licencia´". Añade que "el día 08-07-2014 se celebra una reunión Director de Obra/(empresa) para comentar aspectos de la obra (...) que se consideran muy relevantes y esenciales (...), tomándose nota por el Director de la Obra, lo que provoca otra reunión el día 11-07-2014 en la que manifiesta que no se va a proceder a cambio alguno en el proyecto de obra, citándose de nuevo ambas partes el día 16-07-2014", y aclara que la ausencia del responsable de la empresa, de viaje en el extranjero, a esta reunión es lo que provoca la emisión del correo electrónico referido.

La empresa contratista pone de relieve que “ha manifestado serias reservas en relación al proyecto, que no han sido ni consideradas, ni contestadas, ni resueltas por la Dirección, y que se refieren a cuestiones de legalidad técnica e importantes defectos que afectarían, de ejecutarse, a la seguridad del edificio”, por lo que “la obra de referencia no ha sido iniciada por causa absoluta y terminantemente imputable a la Consejería de Educación”. Entiende que el proyecto de obra es “deficiente y no ajustado a la legalidad”, reseñando que “no existe estudio geotécnico adecuado (...). En el edificio no se proyectan juntas de dilatación (...). El peto de remate de fachada en cubierta no tiene detalles de juntas de dilatación (...). Los muros de apoyo de las escaleras están proyectados como muros *in situ* (...). La distribución de los pilares no contempla, o compagina mal, la distribución arquitectónica, disponiéndose muchos de ellos en las ventanas de las aulas (...). La ejecución (del forjado del suelo de la planta baja), previsto en placa alveolar y diferente al resto (...), no es posible”.

En cuanto a la licencia municipal de obras, expone que “no tenemos el visto bueno del replanteo de los lindes de la parcela” y “no se tiene el visto bueno de los accesos a la obra por parte del Ayuntamiento”.

Además, considera que existen defectos en la documentación de la obra, y en este sentido apunta que el acta de inicio y replanteo de las obras recoge la constancia del plan de seguridad y salud cuando todo “indica que dicho plan no estaba aprobado”, y que en los libros de órdenes y de incidencias hay discrepancias en cuanto a la fecha de inicio de la obra y a la identificación del Coordinador de Seguridad y Salud y del Director de Ejecución.

Respecto a la manifestación de la Directora de Ejecución de la Obra de que “la planificación (...) presentada no es correcta”, asegura que “la planificación de las obras que (la empresa) ha aportado a la Consejería cumple todas las condiciones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas de las obras y en el contrato de ejecución de las mismas. Sin embargo, dicha planificación no puede soportar la nueva condición impuesta por la Consejería, que es el comienzo efectivo de las obras el 27 de junio de 2014./ La ejecución de las obras tiene un alto grado de proporcionalidad con la inversión

económica. Dada la anualidad existente para el ejercicio 2014, de 395.421,66 € (IVA incluido), lo cual se corresponde con un 15,91% de la inversión económica total, no se puede realizar un consumo del plazo total de ejecución de las obras del 40% (según la fecha de inicio de las obras indicada en el acta de inicio y replanteo de las obras, en el ejercicio 2014 se consumirían 6 meses del plazo total de 15 meses)./ Si la obra comenzase inmediatamente, además de los problemas anteriormente manifestados que los imposibilitan, tendría que pararse aproximadamente tan solo tres meses después, ya que (la empresa) habría ejecutado todo el crédito presupuestario disponible y la Consejería no podría pagar el ritmo de los trabajos”.

Por lo que se refiere a la financiación de la obra, señala que “el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato establece un presupuesto base de la licitación de 4.300.000 € distribuidos en dos anualidades, 2014 por 684.002,18 € y 2015 por 3.615.997,82 €, estableciéndose que es un `proyecto financiado en un 80% por la Unión Europea a través del FEDER 2007-2013´ (...). El contrato dispone que el importe del mismo será abonado `conforme a las siguientes anualidades: 395.421,66 € para 2014 y 2.090.408,34 para 2015´” y destaca que el “fondo FEDER es el 2014-2020”. Considera que, tratándose de un gasto plurianual, no se han respetado los porcentajes de distribución del gasto por anualidades, que deberían haber sido del 30% para el primer ejercicio y del 70% para el segundo, y añade que no consta que se haya utilizado la posibilidad de modificar los porcentajes mencionados “en casos especialmente justificados”. Tampoco se consigna “la retención adicional del crédito del 10%”. Por ello, entiende que el contrato incurre en causa de nulidad conforme a lo dispuesto en el artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público por “la carencia o insuficiencia de crédito”.

Solicita que se le “notifique si las competencias en materia de contratación han sido realizadas por la Consejera de Educación como propias o por delegación”, y estima que, “de considerarse el uno de julio como inicio del periodo contractual (...), y extendiendo el plazo ofertado por (la empresa) de 15 meses de ejecución, resultaría como fecha de finalización el 30 de septiembre de 2015. Bajo un presupuesto de ejecución lineal (...) sería necesaria una

disposición de crédito mensual de aproximadamente 165.700 €, lo que implicaría la necesidad para 2014 de disponer cuando menos de 994.000 €. Obviamente el contratista no puede aspirar a aquello que no se contenía en el pliego de licitación, pero sí puede aspirar a aquellas legítimas expectativas derivadas de la documentación manejada para preparar la oferta, y con ello a la disposición para 2014 de un crédito de 684.002,18 €. En todo caso, de no disponerse, y siendo este crédito de 395.421,66 €, tendrá que adecuar la ejecución de la obra a tal ritmo de pago, lo que puede hacer de tres formas, comenzando más tarde para acelerar la ejecución en 2015, comenzar de forma ralentizada o comenzar y parar al alcanzar la citada cantidad (...). En todo caso (...), se ha producido un cambio de circunstancias esenciales entre la licitación y el contrato, cambio contrario” al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, “y debido a una decisión unilateral del órgano de contratación”.

A la vista de lo expuesto, manifiesta que “quiere ejecutar (el contrato), si bien se ve alertada de las enormes dificultades que se le generarán para ello por la Administración”, y, “advirtiendo causas de nulidad y resolución, ambas por motivos imputables a la Administración (...), solicita a esta le sean puestas de manifiesto y resueltas todas aquellas cuestiones mencionadas en el cuerpo de este escrito”.

9. Constan en el expediente dos correos electrónicos enviados el 1 y el 4 de agosto de 2014 por la Directora de Ejecución de la Obra al contratista a los que adjunta el borrador de la certificación correspondiente al mes de julio a efectos de su comprobación.

10. Con fecha 4 de agosto de 2014, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito del representante de la contratista en el que se indica, en relación al presentado el 22 de julio del mismo año, que no ha recibido respuesta a las cuestiones legales y técnicas planteadas, “con la excepción de la preparación tardía de la geología”. Afirma que el acta de replanteo “es nula” porque “se ha basado en hechos que no eran ciertos en aquel momento, y que fue suscrito por (la empresa) de buena fe (...).

Ni existía proyecto de seguridad y salud, ni el proyecto a desarrollar es viable, ni estaba realizado el replanteo, ni se había determinado todo el contenido de la licencia municipal, ni estaba claro quién sería el coordinador de seguridad”. Insiste en que “no se adecúa (...) el plazo de ejecución con la financiación de la obra”, y reitera las explicaciones contenidas al respecto en su anterior escrito y su consideración de esta circunstancia como causa de nulidad del contrato, a tenor de lo establecido en el artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Entiende que, “de no existir causa de nulidad (...), ha incurrido la Administración en causa de resolución del contrato, de su exclusiva responsabilidad”, conforme “dispone el artículo 206” del referido texto legal, pues, a tenor del mismo, “son causas de resolución tanto `El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato´, como `La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos cuando no sea posible modificar el contrato´”.

Finalmente, “insta (...) a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, de no considerarse previamente las cuestiones manifestadas en el anterior párrafo, y sin perjuicio de que pueda existir causa de nulidad, la resolución del contrato, a instancia del contratista, y (...) culpa exclusiva de la Administración (...), declarándose el derecho de (la empresa) a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos, y a que le sea devuelta la garantía presentada”.

11. El día 11 de agosto de 2014, el Director de Obra y la Directora de Ejecución de la Obra giran visita de inspección al lugar de los trabajos y levantan un acta en la que consta que aquella “está sin comenzar, encontrándose en el mismo estado que en la visita anterior”.

12. Con la misma fecha, la contratista presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que contesta al documento firmado por la Directora de Ejecución de la Obra y recibido por fax el día 6 de

ese mes, en el que se “informa desfavorablemente (...) el programa de trabajo recibido en esta Consejería con fecha de registro de entrada 25-07-2014 (...) por no ajustarse su contenido a lo especificado en el Real Decreto (se refiere al RD 1098/2001, de 12 de octubre) y por no comenzar las obras en plazo”. En primer lugar, muestra su disconformidad con la fecha de presentación señalada, puesto que fueron remitidas otras versiones del plan de trabajo con anterioridad, y reitera el contenido de sus escritos de 18 de julio y 4 de agosto de 2014.

En cuanto al momento en el que deben iniciarse las obras, señala que, “de ser correcta y veraz el acta de replanteo (que no lo es), convenimos en que a partir de su fecha comenzaría a contarse el plazo de ejecución de las obras, con la consecuencia de que el contratista tendrá que terminarlas en el plazo previsto a partir de tal fecha (...), permitiendo incluso la ley actuar a la Administración cuando sea fácil deducir que ante un retraso no se va a terminar la obra en plazo de forma evidente. Esto nada tiene que ver con que las obras tengan un plazo de comienzo taxativamente expresado, pues eso no es así, ni así lo dispone el pliego; y, sin embargo (...), no hay importe presupuestario adecuado ni suficiente para que puedan comenzar las obras en el momento preciso en el que a la Administración le parece oportuno”.

13. El día 29 de agosto de 2014, el Director de Obra y Responsable del Contrato emite un informe sobre las deficiencias técnicas puestas de manifiesto por la empresa. Señala que, conforme a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, “las cuestiones técnicas planteadas son competencia y responsabilidad del Director de Obra, quien habrá de tomar aquellas decisiones técnicas que estime oportunas en cada caso, con la incidencia en obra y momento de ejecución que corresponda en cada caso”, y añade que “en ningún caso es competencia del constructor imponer cuestiones técnicas a la dirección de obra”.

Aclara los defectos observados por el contratista en el proyecto técnico y señala, en relación con ello, que el proyecto que sirvió de base a la contratación de las obras contenía un estudio geotécnico y “fue supervisado por el servicio

competente en la materia (...). En dicha supervisión no se realiza objeción alguna a la no validez del estudio geotécnico”. Manifiesta que el Código Técnico de la Edificación dispone que, “una vez iniciada la obra e iniciadas las excavaciones, a la vista del terreno excavado y para la situación precisa de los elementos de la cimentación, el Director de Obra apreciará la validez y la suficiencia de los datos aportados por el estudio geotécnico”. A pesar de que la empresa no inició “trabajo alguno de excavación”, fue tramitado un nuevo estudio geotécnico que determinó la idoneidad de los parámetros utilizados y la idoneidad de la tipología de la cimentación, por lo que “es concluyente la idoneidad del sistema de cimentación previsto”. En cuanto a la ausencia de juntas de dilatación estructurales, sostiene que “la estructura del colegio se puede efectuar sin juntas de dilatación, tal y como se ha previsto en el proyecto de la misma”. Añade que “se han planteado, igualmente, diversas objeciones respecto del forjado del suelo en planta baja y elementos en cubierta. Todas ellas entran dentro del campo de competencias del Director de Obra, y de ser valorables o acertadas habrán de ser abordadas en el ejercicio de sus funciones en el proceso de ejecución de la obra, que no se ha iniciado hasta la fecha”. En cuanto a la licencia municipal de obras, asegura que “estaba concedida y comunicada al constructor el 20 de junio de 2014./ No existe en ella condicionante alguno que impida el inicio de las obras (...). Existe un condicionante expuesto por el Ayuntamiento de Oviedo de comprobación de alineaciones de la parcela (...), y que se comprueba ‘*in situ*’ por técnicos del Ayuntamiento, en presencia del técnico de la constructora y de la Directora de Ejecución de las Obras, constatándose en ese mismo momento lo adecuado de las alineaciones replanteadas (...). Las alineaciones en cuestión lo son a los efectos de ejecución del vallado perimetral de la parcela (...), por lo que en ningún momento habrían de impedir el inicio de las obras”.

14. La Jefa del Servicio de Centros formula, el 1 de septiembre de 2014, propuesta de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, con las consecuencias previstas en el artículo 225.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En ella, tras valorar las

consideraciones legales y técnicas realizadas por la adjudicataria de las obras, se remite, en cuanto a los aspectos técnicos, al informe elaborado por el Director de Obra, y señala, en relación con la afirmación de que “no hay importe presupuestario adecuado ni suficiente para que puedan comenzar las obras en el momento preciso en el que a la Administración le parece oportuno”, que “no cabe su planteamiento en este momento procesal, por ser este el de la fase de ejecución y habiendo finalizado por completo el procedimiento de contratación (...). Así mismo (...), como adjudicatario y posteriormente como contratista, este ha tenido pleno conocimiento de la disposición de gasto con la que sufragaría la obra, así como la distribución de las anualidades”. Recuerda que la cláusula tercera del contrato dispone que “el contratista da su conformidad con el proyecto”, y que el acta de comprobación del replanteo se firmó sin reservas por parte del contratista, lo que determina el inicio de la obra.

Considera que las circunstancias alegadas por el contratista para determinar la causa de nulidad del contrato o la resolución del mismo no se ajustan a lo dispuesto en los artículos 32, 37 y 223 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Añade que, “en lo que respecta a las pretensiones del contratista sobre la necesidad de una modificación del contrato para que sea posible la ejecución de la obra, de acuerdo con el artículo 234.3” de aquella norma, “tal modificación solo cabe a propuesta del Director facultativo de la obra, que deberá proceder según (...) el artículo 234.4” de la citada disposición. A la vista “del informe técnico elaborado por este, se concluye que no existen razones que justifiquen la inviabilidad del proyecto de la obra; por tanto, no concurre ninguna de las circunstancias recogidas en la cláusula 17 del (pliego de cláusulas administrativas particulares) en relación a la modificación del contrato”.

Concluye que “resulta manifiesto el incumplimiento culpable del contratista, por cuanto es clara y manifiesta la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del mismo”. Señala que la indemnización por daños y perjuicios deberá incluir los siguientes conceptos: a) Valoración de los gastos de personal. b) Diferencia entre el contrato resuelto y el importe del nuevo

contrato para ejecutar la obra. c) Diferencia entre el importe del alquiler de los módulos prefabricados necesarios para acoger al alumnado en tanto finaliza la obra durante el plazo establecido en la obra inicialmente y el resultante del retraso ocasionado por el nuevo procedimiento de adjudicación. d) Importe de la indemnización que en su caso fuera necesario abonar por la renuncia al contrato de la asistencia técnica a la dirección de obra. e) Daño social, educativo y de imagen de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte.

15. El día 2 de septiembre de 2014, la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte emite un informe sobre la valoración de los daños y perjuicios originados a ese Servicio por la tramitación del expediente de contratación de las obras. En él se desglosan las horas dedicadas al expediente de contratación por el personal adscrito al mismo.

16. La Secretaria General Técnica de la Consejería instructora informa el 4 de septiembre de 2014 que, a la vista de los informes emitidos por las Jefas de los Servicios de Centros y de Contratación, el importe de los daños y perjuicios a satisfacer por la contratista en concepto de gastos de personal asciende a 3.276,17 €, que se calculan “en función de los costes retributivos” de cada uno de los intervinientes en el procedimiento, “cuyo detalle y desglose se acompaña en documento adjunto extraído de la base de datos del sistema de gestión de personal y nómina para la Administración del Principado de Asturias”. Precisa que, de conformidad con lo señalado en el artículo 225.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, “dichos daños y perjuicios (...) habrán de hacerse efectivos, en primer término, con cargo a la garantía constituida por el contratista, que en este caso es por un importe de 102.720,25 € (...). Todo ello, sin perjuicio (de) que quedarían por valorar (...) los eventuales gastos ocasionados a consecuencia de la resolución contractual pretendida, por lo que, en caso de superar los daños irrogados el importe de la garantía constituida se podrá acordar una indemnización por un importe que exceda de la garantía incautada”.

17. Mediante Resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte, de 5 de septiembre de 2014, se acuerda “iniciar el expediente de resolución del contrato de las obras de edificación de 18 unidades de primaria en el CP- (...), por la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se pone de manifiesto el expediente a la adjudicataria de las obras con el fin de que formule las alegaciones que estime oportunas en el plazo de diez días naturales. Consta en el expediente la notificación del citado acuerdo a la avalista y a la contratista los días 12 y 15 de ese mismo mes, respectivamente.

18. Con fecha 11 de septiembre de 2014, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito del representante de la adjudicataria de las obras en el que se reitera en el contenido de los presentados el 18 de julio y el 4 de agosto del mismo año. Manifiesta que “ha insistido hasta la saciedad que determinadas modificaciones del proyecto son necesarias por seguridad del edificio, no porque pretenda aumentos de precio”, y que “ha instado la resolución, ya que ninguna otra opción le cabía (...), salvo ejecutar una obra sin financiación, mal concertada, mal proyectada”, por lo que solicita la “nulidad y/o resolución del contrato a instancia del contratista” y que se “expida copia certificada de la totalidad del expediente”.

19. Recibida la notificación de la resolución por la que se acuerda iniciar el procedimiento para la resolución del contrato, el representante de la adjudicataria presenta un nuevo escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias el 19 de septiembre de 2014. En él manifiesta “la más radical disconformidad y desacuerdo con la resolución que se pretende y en base a la causa que se pretende, relativa a la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”. Después de transcribir literalmente el contenido de sus anteriores escritos, afirma que la resolución dictada por la Consejera de Educación, Cultura y Deporte el 5 de septiembre de 2014 “es radicalmente nula y no puede proceder efecto alguno al dictarse careciendo de

forma absoluta del procedimiento y por órgano manifiestamente incompetente". Razona que, puesto "que existen dos solicitudes -reiteradas- instadas por el contratista, tanto de nulidad como de resolución del contrato", estas deberían haber sido resueltas. Considera que no puede olvidarse que "la consignación de dinero para satisfacer los pagos de la obra era no proporcional al ritmo previsible de la misma que trataba de imponer la Administración (...). Tampoco puede olvidarse (...) que (la empresa) no solo manifestó a través de su plan de trabajo que iniciaría los trabajos en octubre, sino que además ofreció -al estimarlo posible- que la obra podía acometerse en doce meses: ello implica que si la Administración hubiese actuado de forma competente y con celeridad (...) la obra podía (...) comenzarse y terminarse en plazo". En relación al concreto contenido de la resolución que invoca, señala que "la causa alegada como imputable al contratista no puede prosperar".

Subraya que la Resolución de la Consejera "considera perfecto el acta de replanteo de la obra" y, sin embargo, "el acta de replanteo constituye en realidad una palmaria falsedad (...), nada de lo que indica era correcto". Añade que "se equivoca intencionadamente la Consejería al pretender establecer que existe un retraso en la consecución de la obra por el hecho de que no haya empezado a la fecha de incoación del informe, esto es, 1 de septiembre de 2014 (...). No existe en absoluto ninguna obligación de (la empresa) de empezar la obra en un momento (...), sino de acabarla en plazo, y tampoco existen obligaciones de hitos concretos o de objetivos de consecución de trabajo por meses". Estima que "dos meses sobre un total de 15 de plazo de ejecución no implican en absoluto que la obra no pueda realizarse cumpliendo el plazo".

Solicita la devolución de la fianza definitiva y manifiesta que no procede la puesta de manifiesto del expediente realizada por la resolución frente a la que formula sus alegaciones, puesto que con carácter previo ya había demandado una "copia sellada y certificada" de aquel.

20. Con fecha 2 de octubre de 2014, la Jefa del Servicio de Contratación formula propuesta de resolución del contrato "por la causa contemplada en el

artículo 223.d)” del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, consistente en la “demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”, con incautación parcial de la garantía definitiva por un importe de 3.276,17 € “para responder de los daños y perjuicios causados por el contratista a la Administración, sin perjuicio de aquellos otros que puedan derivarse conforme a lo expuesto en el antecedente de hecho trigésimo tercero”.

En la propuesta de resolución se deja constancia de que “se aprecia, en lo esencial, que es un hecho que no resulta controvertido que ambas partes (...) instan la resolución del contrato, si bien la discrepancia surge en la determinación de las causas de resolución (...), así como a quién resulta imputable el incumplimiento contractual”. Destaca que “en ninguno de los escritos presentados por el contratista se acierta a conocer, y ni siquiera cita, cuáles son ‘las obligaciones contractuales esenciales (...)’ que dice haber incumplido la Administración (...), sin que quepa su mera afirmación carente de apoyo probatorio alguno”. Sobre la otra causa de resolución esgrimida por el contratista -la “imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos cuando no sea posible modificar el contrato”-, señala que “sorprende el hecho de que dicha ‘imposibilidad’ haya sido puesta de manifiesto por el contratista una vez perfeccionado el contrato y firmado sin objeción alguna el acta de comprobación de replanteo”. Tampoco advierte “la concurrencia de causas de nulidad”.

Sobre las deficiencias técnicas del proyecto de obra, se remite al informe emitido el 29 de agosto de 2014 por el Director de Obra, y añade que “se da una evidente responsabilidad del contratista, pues, con independencia de las dudas, dificultades o indefiniciones que pudiera encontrar a medida que progresaba la obra, ello no permitiría al contratista no iniciar las obras”, subrayando que se contrató la redacción de un nuevo estudio geotécnico que corrobora la idoneidad del sistema de cimentación previsto.

En cuanto a la carencia o insuficiencia de crédito aducida, recuerda que la cláusula 6.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que “el contratista (...) no tendrá derecho a percibir en cada año, cualquiera que sea el importe de lo ejecutado, mayor cantidad que la consignada en la anualidad correspondiente”, y manifiesta que “la citada obra (...) ha sido tramitada, quedando garantizada la existencia de crédito adecuado y suficiente para su cobertura financiera”.

Frente a la alegación relativa a la incompetencia del órgano que dicta la resolución, la propuesta de resolución señala que la competencia del titular de la Consejería está justificada “en los artículos 36 y 37 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias”.

Sobre la falta de inicio de un expediente de resolución contractual por causa imputable a la Administración, menciona que “el presente expediente (...) trata de analizar y contener un pronunciamiento acerca de las causas resolutorias invocadas por ambas partes, dada la íntima conexión existente entre ambas pretensiones y la identidad de hechos”.

En relación con la improcedencia de la puesta de manifiesto del expediente, aclara que esta se realiza en cumplimiento del preceptivo trámite de audiencia al contratista previsto en los artículos 211 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y 109 y 110 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, considera que el importe de la indemnización está justificado con los gastos de personal obrantes en el expediente, y que la incautación de la garantía propuesta es conforme con lo dispuesto en el artículo 225.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por último, significa que “no resulta claro en los diversos escritos formulados por el contratista si en su pretensión subyace una voluntad de resolver el contrato (sea por causa imputable a la Administración o de mutuo acuerdo) o de modificarlo”. Señala que la posibilidad de modificación no viene expresamente recogida ni en los pliegos ni en el anuncio de licitación, y que solo podría realizarse por razones de interés público, a tenor de lo establecido

en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y, en todo caso, a propuesta del Director de Obra; propuesta que no se ha formulado en el presente procedimiento.

21. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de octubre de 2014, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de edificación de 18 unidades de primaria en el Colegio Público, adjuntando a tal fin una 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 del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que "se formule oposición por parte del contratista".

En el asunto ahora examinado existe oposición del contratista, pero no a la resolución del contrato -que él también ha instado-, sino a las causas y consecuencias de la misma, las cuales dependen de la determinación del sujeto responsable de la resolución, lo que constituye el verdadero objeto de discrepancia.

Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solo cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de aquella, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la resolución pretendida por la Administración, como sucede en este caso.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que examinamos es la propia de un contrato administrativo de obras.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -21 de mayo de 2014-, 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”.

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 señalados 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. No consta en el expediente la emisión de informe por parte del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. Conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 211 del TRLCSP, la necesidad de emisión de informe jurídico se exceptúa en los supuestos previstos en los artículos 99 y 213 del mismo cuerpo legal. Esto supone su innecesidad en los casos de resolución del contrato por falta de reposición o reajuste de la garantía definitiva o por demora en su ejecución; causa esta última en la que la Administración fundamenta su pretensión de resolución del contrato. Sin embargo, no debe olvidarse que el contratista invoca otras causas de resolución imputables a la Administración; en concreto, “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, y la “imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos cuando no sea posible modificar el contrato”. La propia propuesta de resolución formulada recoge que “el presente expediente (...) trata de analizar y contener un pronunciamiento acerca de las causas resolutorias invocadas por ambas partes, dada la íntima conexión existente entre ambas pretensiones y la identidad de hechos”. Por ello, estimamos que las causas de resolución que fundamentan el expediente no permiten obviar la emisión del informe jurídico en el curso del presente procedimiento.

Consideramos que en este caso la falta de un informe jurídico sobre las posibles causas de resolución del contrato adquiere una relevancia especial en orden a determinar las consecuencias de tal resolución, por lo que deberá

emitirse el correspondiente informe por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

En consecuencia, no procede dictar en este momento una resolución que ponga fin al procedimiento, debiendo retrotraerse el mismo al objeto de incorporar el informe señalado y, una vez emitido y realizadas, en su caso, las actuaciones que se deriven de él, deberá recabarse de este Consejo el preceptivo dictamen.

En mérito a lo expuesto, este Consejo entiende que no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar cuanto queda expuesto en el cuerpo del presente dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.