

Expediente Núm. 310/2014
Dictamen Núm. 10/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José 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 15 de enero de 2015, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 29 de diciembre de 2014 -registrada de entrada el mismo día-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de edificación de 18 unidades de primaria en el Colegio Público, 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, formalizado el 30 de mayo de 2014, 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. Mediante oficio de 9 de octubre de 2014 -registrado de salida el día 20 del mismo mes y recibido tres días más tarde- V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

22. Con fecha 23 de octubre de 2014, la Consejera de Educación, Cultura y Deporte resuelve “suspender el plazo máximo para dictar y notificar resolución (...) desde el día 20 de octubre de 2014 hasta la recepción del dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

23. El Pleno del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 20 de noviembre de 2014, emite dictamen en el que pone de manifiesto que no se ha evacuado informe por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias, siendo este necesario en atención a las distintas causas de resolución que fundamentan el expediente, lo que determina la necesidad de retrotraer el procedimiento a dicho momento.

24. La Consejera de Educación, Cultura y Deporte, mediante Resolución de fecha 1 de diciembre de 2014, notificada al contratista y al avalista el día 3 del mismo mes, resuelve levantar la suspensión del procedimiento y reanudar el plazo de resolución.

25. El día 10 de diciembre de 2014, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa favorablemente “la causa de resolución alegada por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, la incardinada en el artículo 223.d) TRLCSP, (...) con el condicionante de la necesaria inclusión en el expediente administrativo de un documento técnico justificativo de que la demora en el cumplimiento de los plazos parciales haga presumir

razonablemente la imposibilidad de cumplimiento del plazo total (...). En relación a las causas de resolución alegadas por el contratista como oposición a la esgrimida por la Administración, contenidas en el artículo 223, letras f) y g), entendemos que no concurren, mostrando conformidad con la oposición a las mismas contenida en la propuesta de resolución remitida a informe”.

26. El Coordinador de Obras y Proyectos, Responsable del Contrato y Director Facultativo de las Obras, emite informe, el día 15 de diciembre de 2014, sobre la imposibilidad de cumplimiento del plazo total de ejecución de las obras. En él manifiesta que “se puede afirmar que no ha habido inicio efectivo de las obras, desde una perspectiva técnica y material, dado que ninguno de los posibles trabajos que comportan el inicio de las obras mencionado se ha realizado, ni tan siquiera parcialmente./ Transcurridos algo más de dos meses desde la firma del acta de inicio de las obras sin que se hubiese producido actividad constructora alguna se formula propuesta de resolución del contrato por incumplimiento del contratista (...). El plazo inicialmente propuesto (...) -quince meses- se ve transformado ya en un plazo real para finalizar las obras de casi treces meses (menos 3 días). Es decir, se debe ejecutar el proyecto en un plazo inferior al previsto en proyecto en cinco meses (...) y en dos meses respecto del propuesto y contratado con el contratista (...). Ambas bajas (...) en plazo son muy importantes respecto del total y se alejan considerablemente de las previstas en (el) proyecto, documento que debe entenderse adecuado desde el punto de vista técnico para la definición de los ritmos de trabajo”. Considera que el tiempo de trece meses “no permite la ejecución de la totalidad de los trabajos previstos, por una práctica imposibilidad de acomodar los tiempos de ejecución de las partidas más importantes: cimentación, estructura, instalaciones térmicas, impermeabilización de cubierta, morteros de cemento para la base de revestimientos de suelo, etc. al tiempo disponible, no pudiendo abordar además las pruebas de instalaciones que se precisan para la puesta en funcionamiento del edificio./ El tiempo mínimo denominado habitualmente límite, correspondiente a la mínima duración de la actividad acelerada, que no se consigue reducir por mucho que se incrementen los recursos aplicados y que

se incrementa incluso su coste correspondiente (...), se estima en catorce meses (...), dado el volumen y características de la obra a realizar”.

27. Mediante escrito notificado a la administración concursal de la empresa contratista el 15 de diciembre de 2014, y al propio contratista y al avalista el día 17 del mismo mes, la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días naturales y les adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente. Obra incorporada a este una diligencia en la que se deja constancia de que, dos días después de recibir la notificación, el administrador concursal toma vista del expediente. Se acompaña el auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Oviedo de 23 de octubre de 2014, por el que se acuerda “abrir la fase de liquidación del presente concurso (...). Disolver la entidad concursada (...) y cesar a los administradores sociales o liquidadores que serán sustituidos por la administración concursal”.

28. Con fecha 29 de diciembre 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”, y de incautación parcial de la garantía definitiva. Reitera los fundamentos de la realizada el 2 de octubre del mismo año y añade los contenidos en los informes emitidos por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias y por el Director de Obra.

29. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de diciembre 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.

30. En la misma fecha, la Consejera de Educación, Cultura y Deporte dicta Resolución por la que acuerda “suspender el plazo máximo para dictar y notificar resolución (...) desde el día 29 de diciembre de 2014 hasta la recepción del dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

31. A través de oficio de 13 de enero de 2015, adelantado por fax el mismo día, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, comunica a este Consejo que el 30 de diciembre de 2014 ha tenido entrada en la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones presentado por el administrador concursal del contratista el día anterior en una oficina de Correos. Adjunta copias del citado escrito y del informe elaborado por la propia Secretaría.

Las alegaciones reproducen el contenido de los escritos ya presentados por la empresa contratista en el curso del expediente y añaden que “la retención del aval por parte de esa Consejería está causando a la concursada y a los acreedores unos graves perjuicios no justificados (...). Es más, considera este Administrador que esa retención vulnera flagrantemente la Ley concursal aprovechando este trámite para instar a la Consejería a la inmediata liberación de ese aval”. Manifiesta que “el procedimiento vuelve a estar viciado de nulidad, debiendo anularse los informes del servicio jurídico y del director de las obras, así como la nueva propuesta de resolución” puesto que “el dictamen del Consejo Consultivo (...) en modo alguno le habilita para volver a comenzar todo el procedimiento ‘a su manera’, sino exclusivamente a incorporar informe del Servicio Jurídico”.

El informe emitido por la Secretaría General Técnica el 13 de enero de 2015 pone de manifiesto “la extemporaneidad del citado escrito de alegaciones al haberse presentado el 29 de diciembre de 2014, es decir, fuera del plazo señalado de diez días naturales”. En relación a la solicitud de “liberación del aval”, considera que no se acreditan los “graves perjuicios” ni se concreta “cuál es la vulneración de la Ley Concursal” por lo que entiende que “estando en curso un procedimiento de resolución contractual habría que esperar a la decisión definitiva acerca de resolver o no el contrato y establecer los efectos

de tal decisión". Considera inexistente la nulidad del procedimiento pretendida por la parte y se remite a lo señalado en la propuesta de resolución con respecto al resto de las alegaciones formuladas, ya que son reiteración de las ya presentadas anteriormente.

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. El expediente

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

En su informe, emitido como consecuencia de la conclusión alcanzada por este Consejo Consultivo en su dictamen 268/2014, de 20 de noviembre, de que ese trámite se había omitido indebidamente en el procedimiento administrativo, el Servicio Jurídico del Principado de Asturias cuestiona que su intervención fuera preceptiva ya que -dice- "el hecho de que el contratista oponga como argumento la posible concurrencia de otras causas de resolución no convierte a estas en fundamento del expediente de resolución contractual". Olvida el informante que la conclusión de nuestro dictamen, que aconsejó retrotraer las actuaciones, no se basa en la mera oposición del contratista a la causa de resolución propuesta por la Administración sino en la existencia de una solicitud anterior de aquel por la que se instaba la resolución del contrato por causas imputables a la Administración, y que, como señalaba la propuesta de resolución, al no haber sido objeto de resolución autónoma se pretendía resolver de forma conjunta con este procedimiento.

Por su parte, el administrador concursal del contratista, en el escrito presentado el 29 de diciembre de 2014, cuestiona el procedimiento seguido tras la retroacción y solicita la anulación del informe emitido por el Servicio Jurídico del Principado de Asturias y del posterior informe técnico elaborado por el Director de Obra por considerar que "el dictamen del Consejo Consultivo (...) en modo alguno le habilita para volver a comenzar todo el procedimiento 'a su manera', sino exclusivamente a incorporar informe del Servicio Jurídico". Debemos decir al respecto, en primer lugar, que las alegaciones, aunque se presentaron fuera del plazo de diez días naturales otorgado en el trámite de audiencia a tenor de lo previsto en el artículo 109 del RGLCAP, se han incorporado al expediente, incluso con posterioridad a la recepción del mismo en este Consejo, en aras de preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela efectiva; en segundo lugar, que ni la emisión de los informes que se cuestionan, ni su integración en el procedimiento merecen tacha, habiéndose concedido, además, una vez emitidos ambos, trámite de audiencia al contratista durante el cual este accedió a su contenido y formuló las observaciones que

consideró oportunas, lo que preserva sus derechos y garantiza la inexistencia de indefensión; por último, que las alegaciones se toman en consideración para alcanzar las conclusiones de este dictamen.

En lo que se refiere al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, advertimos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte de 5 de septiembre de 2014, en la fecha de emisión de este dictamen habría transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), aplicable al procedimiento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -Sección 4.ª- y de 9 de septiembre de 2009 y 8 de septiembre de 2010 -Sección 6.ª-, entre otras). No obstante, resulta de la documentación remitida que la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el transcurso de dicho plazo de resolución por causa de la petición de dictamen a este Consejo Consultivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC.

CUARTA.- Entrando en el fondo del asunto, siendo común a ambas partes la voluntad de poner fin al vínculo contractual, debemos examinar cuál ha de ser el fundamento jurídico de la resolución pretendida, sobre lo que existe discrepancia, y finalmente determinar sus efectos.

Las causas de resolución aplicables a los contratos de obras son las recogidas en el artículo 237 del TRLCSP, sin perjuicio de la remisión general de este precepto al artículo 223 del mismo cuerpo legal.

El contratista pretende la declaración de nulidad del contrato o, en su defecto, hacer valer como causas resolutorias imputables a la Administración las contenidas en los apartados f) y g) del artículo 223 del TRLCSP, esto es "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”.

Por el contrario, la Administración considera en su propuesta de resolución que el contratista, que no ha iniciado la ejecución de la obra tras la firma del acta de comprobación del replanteo, incurre por razón de tal omisión en la causa de resolución prevista en la letra d) del mismo artículo del TRLCSP, es decir, “la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”.

El sustrato fáctico en el que operan tales pretensiones contrapuestas, según resulta de los documentos e informes obrantes en el expediente, es el siguiente: formalizado el contrato con fecha 30 de mayo de 2014, el día 26 del mes siguiente se suscribe el acta de comprobación del replanteo por 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 el proyecto es “viable” y que “no existen reservas a considerar”. 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”. El 22 de julio de 2014, el representante de la empresa comunica a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte que “quiere ejecutar el contrato”, pero advierte que “el replanteo está (...) a expensas de recibir el visto bueno del Ayuntamiento de Oviedo” y que el proyecto de obra es “deficiente y no ajustado a la legalidad”. Añade que la empresa “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)”. El 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, basándose en los

argumentos antes señalados, solicita la nulidad del contrato o, en su caso, la resolución del mismo por causas imputables a la Administración conforme a lo dispuesto en los apartados f) y g) del artículo 223 del TRLCSP. El día 11 del mismo mes, el Director de Obra y la Directora de Ejecución de la Obra levantan un acta según la cual la obra "está sin comenzar, encontrándose en el mismo estado que en la visita anterior". El Director de Obra y Responsable del Contrato emite el 29 de agosto de 2014 un informe sobre las deficiencias técnicas puestas de manifiesto por la empresa en el que considera que no existen defectos en el proyecto y que el inicio de las obras es posible. 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 (...), por la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista". El 11 de septiembre de 2014 la empresa reitera el contenido del escrito presentado el día 4 del mes anterior. Recibida la notificación de la Resolución antes citada, el representante de la adjudicataria presenta el 19 de septiembre de 2014 un nuevo escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que manifiesta su desacuerdo con la misma y recuerda "que existen dos solicitudes -reiteradas- instadas por el contratista, tanto de nulidad como de resolución del contrato" que 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" y añade que la Resolución señalada es nula por "dictarse careciendo de forma absoluta del procedimiento y por órgano manifiestamente incompetente". Tras formularse el 2 de octubre de 2014 propuesta de resolución favorable a la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 223. d) del TRLCSP, este Consejo dictamina el día 20 del mes siguiente que el procedimiento debe retrotraerse a efectos de incorporar al mismo informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias. Incorporado al expediente el citado informe, así como un informe técnico emitido por el Director de Obra, y otorgada nueva audiencia al contratista, el administrador concursal de este presenta el 29 de diciembre de 2014 un escrito de alegaciones en el que reitera las consideraciones ya realizadas y solicita la

“liberación del aval” y la anulación de las actuaciones practicadas tras la emisión del referido dictamen de este Consejo.

Vistos estos hechos, debemos valorar cada una de las causas de nulidad o resolución invocadas por las partes.

El contratista solicita que se reconozca que “existe nulidad del acta de replanteo, que determina la fecha de inicio de las obras, por inexactitudes y falta de certeza en lo expuesto”. La finalidad de la comprobación del replanteo es la de asegurar la ejecución del contrato al objeto de que puedan realizarse los trabajos sin demora si las obras fuesen viables, y, si no lo fueran, posibilitar la introducción de las modificaciones necesarias en el proyecto que permitan ejecutar los trabajos cuanto antes o, en último extremo, iniciar el procedimiento para poner fin a una relación contractual imposible de cumplir por estar mal preparada. En el caso que analizamos, resulta incontrovertible que la comprobación del replanteo se ha producido según lo señalado en el artículo 229 del TRLCSP, esto es, en presencia del adjudicatario, como él mismo reconoce, sin la formulación de reserva alguna sobre la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto. No obstante, el contratista asegura con posterioridad al levantamiento del acta que “el replanteo está (...) a expensas de recibir el visto bueno del Ayuntamiento de Oviedo”. Sin embargo, el informe técnico emitido por el Director de Obra recoge que “En cuanto a la licencia municipal de obras (...) 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”. Por todo ello, la pretendida nulidad del contrato no puede fundarse en la inadecuación del acta de comprobación del replanteo.

La empresa contratista también esgrime como posible causa de nulidad del contrato la falta de financiación del mismo, puesto que “no se adecuía (...) el

plazo de ejecución con la financiación de la obra". Considera que el importe previsto para el ejercicio 2014 no es suficiente para satisfacer el pago de toda la obra ejecutada en dicho periodo, para el que estima "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)". Sin embargo, la financiación de la obra para el ejercicio 2014 no debe referirse al periodo de tiempo durante el que se realiza la ejecución de los trabajos sino a las unidades de obra efectivamente ejecutadas. Así, el diagrama del plan de trabajo incluido en el proyecto técnico de las obras muestra una previsión de porcentaje de ejecución de obra para los seis primeros meses del contrato muy inferior a la que pretende el contratista. El ritmo preciso de ejecución de la obra debería haberse concretado, conforme a lo dispuesto en el artículo 144 del RGLCAP, en el programa de trabajo presentado por la empresa que finalmente no resultó aprobado "por no ajustarse su contenido a lo especificado en el Real Decreto (...) y por no comenzar las obras en plazo". En cualquier caso, resulta incierto que la Administración haya exigido al contratista la ejecución de un 40% de las obras durante la primera anualidad del contrato sino que, por el contrario, y tal y como dispone la cláusula 6.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre quedó garantizado que el ritmo de ejecución de la obra habría de ser conforme con la financiación de la misma.

En cuanto a la pretensión de nulidad de la resolución de inicio del expediente por haber sido dictada "careciendo de forma absoluta del procedimiento" y por "órgano manifiestamente incompetente", debemos decir que la misma se ajusta a lo dispuesto en los artículos 224.1 del TRLCSP y 36 y 37 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias.

La empresa insta también la resolución del contrato por el "incumplimiento de la Administración de las restantes obligaciones contractuales esenciales" y por "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”, conforme a lo dispuestos en los apartados f) y g) del artículo 223 del TRLCSP. En relación a la primera de las causas citadas, tal y como recoge el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, “ni tan siquiera tenemos una idea concreta sobre cuáles son las invocadas por el contratista” ya que no las identifica en ningún momento, por lo que no resulta posible pronunciarnos sobre las mismas. En cuanto a la segunda de las causas de resolución señaladas, debemos decir que todos los defectos técnicos que el contratista imputa al proyecto y que supondrían la imposibilidad de iniciar la ejecución de la obra, han sido objeto de informe por el Director de Obra según el cual, como ya señalamos, “no existen defectos en el proyecto y (...) el inicio de las obras es posible”. Por todo ello, no resultan aplicables las causas de resolución imputables a la Administración pretendidas por el contratista.

En lo que se refiere a la causa de resolución invocada en la propuesta de resolución -la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista- deben hacerse las siguientes precisiones. El artículo 223.d) del TRLCSP recoge como causa de resolución del contrato “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112”. El citado artículo 112.2.c) dispone que, en los supuestos de tramitación urgente del expediente, “El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización”. La cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares recoge que la tramitación del contrato será “urgente”. Sin embargo, es la propia Administración, la que, en la cláusula cuarta del contrato formalizado el 30 de mayo de 2014, autoriza al contratista a suscribir el acta de comprobación de replanteo en un plazo que “no podrá ser superior a un mes” desde la fecha de la firma del contrato. Por tanto, como señala el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, no cabe la resolución del contrato por la vía del incumplimiento del artículo 112.2.c) del TRLCSP, puesto que “fue la propia Administración la que permitió al contratista suscribirla más allá de los quince días señalados (...) siendo partícipe de esta forma en el retraso en el inicio de la ejecución”.

La “demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista” como causa de resolución del contrato debe partir necesariamente de la consideración que el artículo 229 TRLSP otorga al acta de comprobación del replanteo como momento que determina el inicio de la ejecución de las obras, tal y como hemos señalado en nuestro Dictamen Núm. 65/2014. Resulta indubitado que, tras el acto referido, no se dio comienzo a las obras. Así lo recogen las actas levantadas por la dirección de obra los días 11 de julio y 17 de agosto de 2014 y así lo constata la ausencia de respuesta del contratista a los borradores de las certificaciones de obra enviadas por la Directora de Ejecución los días 1 y 4 de agosto del mismo año.

La demora puede referirse al plazo total de ejecución de la obra o a los plazos parciales. Así, el artículo 212 del TRLCSP atribuye a la Administración la facultad de resolución del contrato “cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total” y también cuando el incumplimiento se refiera a plazos parciales si “se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total”. Con respecto al incumplimiento del plazo total, el contratista manifiesta en el escrito presentado el 11 de agosto de 2014 que “de ser correcta y veraz el acta de replanteo (...), 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 (...). 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”. Efectivamente, a día de hoy, todavía nos encontramos dentro del plazo total de ejecución -quince meses- por lo que el incumplimiento de este plazo no resulta no ser la causa de resolución del contrato.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 235.5 del TRLCSP y 67.3.c) del TRLCSP la Administración podrá establecer dos tipos de plazos parciales: unos que darán lugar a recepciones parciales de obra y otros que no generarán tal recepción. Los primeros deberán preverse en los pliegos de cláusulas

administrativas particulares -no existiendo previsión en este caso- y los segundos irán referidos al plan de trabajo. La finalidad de este segundo tipo de plazo es controlar el ritmo de ejecución de la obra a efectos de permitir articular lo dispuesto en el artículo 212.6 del TRLCSP según el cual la Administración podrá resolver el contrato siempre que se presuma "razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total". El informe emitido el 15 de diciembre de 2014 por el Director Facultativo de las Obras considera que el tiempo de trece meses menos tres días que resta para la ejecución del contrato en el momento de dictarse el acuerdo de inicio de resolución del expediente "no permite la ejecución de la totalidad de los trabajos previstos, por una práctica imposibilidad de acomodar los tiempos de ejecución de las partidas más importantes: cimentación, estructura, instalaciones térmicas, impermeabilización de cubierta, morteros de cemento para la base de revestimientos de suelo, etc., al tiempo disponible, no pudiendo abordar además las pruebas de instalaciones que se precisan para la puesta en funcionamiento del edificio". Añade que "el tiempo mínimo denominado habitualmente límite, correspondiente a la mínima duración de la actividad acelerada, que no se consigue reducir por mucho que se incrementen los recursos aplicados y que se incremente incluso su coste correspondiente (...) se estima en catorce meses (...) dado el volumen y características de la obra a realizar". A la vista de este informe, resulta que el incumplimiento por el contratista de los plazos parciales de ejecución de la obra, permite suponer la imposibilidad de cumplir el plazo total de ejecución y faculta a la Administración para la resolución del contrato por causa imputable al contratista, ya que, por el contrario, ninguna de las causas de resolución invocadas por aquel puede ser estimada. A ello debe añadirse el tiempo ya transcurrido desde la adopción de la citada resolución sin que el contratista haya ejecutado ninguna actuación relativa a la obra adjudicada, lo que supone el incumplimiento de la principal de las obligaciones contractuales cual es la ejecución del objeto mismo del contrato.

Las alegaciones presentadas fuera de plazo por el administrador concursal del contratista, el día 29 de diciembre de 2014, visto su contenido y

su patente identidad con respecto a los otros escritos presentados por el contratista, no desvirtúan las anteriores consideraciones. Y en concreto, en relación con la decisión sobre la pretendida inmediatez de la “liberación del aval”, resulta obvio que deberá postergarse hasta el momento en que se dicte resolución definitiva sobre el presente expediente conforme a lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 225 del TRLCSP. Así lo confirma el apartado 1 del artículo 67 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según el cual “Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial”.

No puede ignorarse, sin embargo, que entre el momento en que se dicta el acto de inicio de la resolución del contrato y el actual se ha consumado la apertura de la fase de liquidación concursal de la empresa contratista, tal y como recoge el Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Oviedo, de fecha 23 de octubre de 2014. Esta situación, en atención a lo dispuesto en el artículo 224.2 del TRLCSP, “dará siempre lugar a la resolución del contrato”.

No obstante, la resolución que se insta se fundamenta, según se expresa en la propuesta que se somete a nuestra consideración, únicamente en el incumplimiento culpable por parte del contratista de los plazos de ejecución de la obra cuya aplicabilidad se sostiene, pese a la concurrencia de la causa resolutoria citada, atendiendo a un orden de prelación temporal. Entiende este Consejo que la recta aplicación del principio de prelación de causas, que no tiene otra finalidad que discernir cuál es la realmente determinante de la frustración del objeto del contrato en cada caso, ha de implicar una conjunta ponderación de las que son coetáneas o muy próximas en el momento de su manifestación, ya que los principios de continuidad en la ejecución contractual y buena fe imponen una pronta valoración jurídica de los hechos que dan lugar a la imposibilidad de ejecutarlo en sus términos. En este caso, es manifiesto que el incumplimiento del plazo de ejecución de la obra se produce con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación concursal por lo que la causa de resolución aplicable será la prevista en el artículo 223.d) del TRLCSP.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, este Consejo viene manteniendo reiteradamente que, en el régimen legal que resulta del artículo 225 del TRLCSP, la pérdida de la garantía se vincula al exacto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración. En concreto, establece el apartado 3 del precepto citado que cuando “el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada”, reseñando el apartado siguiente del mismo artículo que en todo caso “el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”.

También hemos manifestado que el cumplimiento de tal régimen legal impide demorar a un momento posterior al acto de resolución contractual la liquidación de los daños y perjuicios ocasionados, de forma que para incautar la garantía, total o parcialmente, resulta indispensable identificar y cuantificar los daños y perjuicios a que deba hacerse frente, y de todo ello debe darse conocimiento al contratista, según lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, quien ha de tener la oportunidad de formular las alegaciones que considere oportunas en el trámite de audiencia.

A la hora de efectuar la liquidación de los daños y perjuicios sufridos, y en ausencia de previsión específica sobre el particular en el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato, la Administración podrá guiarse por lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, a cuyo tenor aquella podrá determinarse “atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

En el caso que analizamos, los daños derivados de la dedicación de personal técnico y administrativo en la tramitación del contrato han sido cuantificados en 3.276,17 euros, por lo que los efectos resolutorios sobre la garantía definitiva han de concretarse en su incautación parcial por el citado

importe. No obstante, la propuesta de resolución añade que la referida incautación se realizará "sin perjuicio de aquellos otros (daños y perjuicios) que puedan derivarse conforme a lo expuesto en el antecedente de hecho trigésimo tercero", que se refiere a daños aún sin cuantificar. La imposibilidad de conocer con carácter previo a la resolución del contrato el importe de determinados conceptos constitutivos de daños y perjuicios impone que la garantía definitiva deba retenerse con carácter cautelar hasta que sea posible concretar tal cuantía, ello con independencia de que, a juicio de este Consejo, algunos de los elementos identificados como tales pudieran resultar cuestionables.

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 de edificación de 18 unidades de primaria en el Colegio Público, sometido a nuestra consulta, con los efectos señalados en el cuerpo de este dictamen."

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.