

Expediente Núm. 143/2015
Dictamen Núm. 161/2015

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 24 de septiembre de 2015, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 3 de septiembre de 2015 -registrada de entrada al día siguiente-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de rehabilitación del quiosco de la música del Paseo del Bombé en el Campo de San Francisco, adjudicado a la empresa

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 26 de septiembre de 2014, se adjudica el contrato de rehabilitación del quiosco de la música del Paseo del Bombé en el Campo de San Francisco, por un precio de 199.999,99 euros, IVA excluido, y un plazo de ejecución de tres meses.

El día 17 de octubre de 2014 se formaliza el contrato en documento administrativo, en cuyo antecedente IV consta que el adjudicatario ha constituido, mediante aval bancario, garantía definitiva por importe de 10.000 euros.

2. Obran incorporados al expediente, entre otros documentos, el acta de comprobación del replanteo, extendida con fecha 20 de octubre de 2014, y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobados para regir la contratación.

En la cláusula decimoséptima del pliego de las administrativas particulares se establece que será causa de resolución del contrato, además de las previstas en los "artículos 223 y 237 de la Ley de Contratos del Sector Público" (*sic*), el "incumplimiento de las estipulaciones del proyecto o de las instrucciones que, en interpretación técnica de éste, dé la dirección facultativa o, en su caso, el responsable del contrato, dentro de su respectiva competencia".

3. Con fecha 22 de diciembre de 2014, se solicita por parte de la contratista una prórroga del plazo de ejecución de dos meses fundada en la aparición de ciertos imprevistos, entre ellos la necesidad de realizar trabajos de ajuste y restauración de los elementos de fundición que han demorado la ejecución de las tareas conforme a la planificación comprometida. Informada la ampliación de plazo de forma favorable por las Direcciones Facultativa y de Ejecución, así como por la responsable del contrato, en sesión celebrada el día 7 de mayo de 2015, la Junta de Gobierno Local, considerando que el plazo de ejecución del contrato ha finalizado el día 20 de enero de 2015, acuerda "ratificar la prórroga tácita del plazo solicitada por la empresa (hasta 20-03-2015), debiendo la dirección facultativa y la responsable del contrato informar sobre el estado de las obras a partir de tal fecha, justificar, en su caso, la recepción de las mismas e indicar, en su caso, la procedencia o no de imposición de penalidades por demora".

4. El día 8 de mayo de 2015 la responsable del contrato informa, “ante el estado de total inactividad de las citadas obras durante las últimas semanas”, lo siguiente: “con fecha 13-02-2015 desde esta Sección se solicita a la (...) adjudicataria del contrato de referencia, la presentación de un informe sobre el estado de las obras que reflejara con detalle los motivos de la práctica paralización de los trabajos que se venía produciendo en dicha fecha (...). Una vez recibido dicho informe, con fecha 16-02-2015, desde esta Sección se solicita a la Dirección Facultativa de la obra que informe (...). El informe solicitado (...) fue recibido en esta Sección con fecha 17-02-2015./ A la vista de ambos informes, y teniendo en cuenta el contenido del proyecto y pliegos que rigen el contrato, se considera necesario realizar las siguientes consideraciones:/ La causa de la paralización obedece a la constatación de que, una vez se procede a montar en obra la estructura preparada en taller (enanos, vigas curvas de cubierta, celosías y arcos rebajados decorativos), esta no coincide con los elementos fijos que permanecen en obra (...) a los que, necesariamente han de acoplarse y que, en el momento del montaje en obra, se encontraban desplomados. El problema surge cuando, al proceder al necesario aplome de dichos pilares, el resto de elementos de la estructura realizada en taller (...) no encajan sobre los elementos fijos que se han mantenido en obra./ Asimismo, tal como consta en el informe de la DF, se procedió al montaje en obra de los citados elementos sin la colocación de pletinas y cuñas que facilitan el acople entre las celosías y los arcos rebajados con el enano de fundición./ Tal como se expone en el informe de la DF, el proyecto refleja (tanto en memoria, como en planos y/o mediciones) la necesidad de aplomar y nivelar los pilares de fundición, ejecutar los forros y pletinas que permitan el acople de las distintas piezas, así como realizar las comprobaciones y replanteos necesarios para el correcto montaje en obra de los elementos realizados en taller./ Por tanto, a la vista de lo anterior, se ha necesariamente de concluir que la estructura no ha sido ejecutada y/o montada conforme a las indicaciones del proyecto./ Una vez constatado el

desajuste, tal como expone la DF como por los técnicos de esta Sección, se han mantenido numerosas reuniones con la empresa, con la intención de que esta retomase la continuación de los trabajos que, necesariamente, pasaba por el desmontaje de parte de la estructura ya colocada (...). Desde entonces, la empresa ha manifestado su disconformidad y negativa a realizar el desmontaje solicitado, alegando que dicho desmontaje ha de ser necesariamente valorado y certificado económicamente. Dicha pretensión es reiteradamente denegada, tanto por la DF como por la técnica que suscribe (en calidad de responsable del contrato) por entender, como ya se expuso, que parte del montaje en obra de la estructura realizada en taller no ha sido ejecutada conforme a las previsiones y exigencias del proyecto./ Por tanto, a la vista de las causas anteriormente expuestas, y ante la absoluta paralización de las obras y negativa de la empresa de continuarlas en las condiciones que se le requieren, se da traslado al órgano de contratación para iniciar, en caso de que proceda, la correspondiente resolución del contrato”.

5. En sesión celebrada el día 4 de junio de 2015, la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento imputable a la empresa contratista, “al no haber sido ejecutada y/o montada la estructura conforme a lo señalado en el Proyecto y ante la negativa de la empresa a realizar el desmontaje de algunos elementos y el montaje de tal estructura según lo previsto en aquél, incurriendo en las causas de resolución prevista en la cláusula decimoséptima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”; “prever la incautación de la garantía definitiva constituida, así como la indemnización de posibles daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento”; y dar audiencia a la contratista y al avalista por plazo de diez días. Con fechas 11 de junio y 30 de julio de 2015, respectivamente, se da traslado de la resolución a la empresa adjudicataria y a la entidad avalista.

6. El día 23 de junio de 2015 se recibe en el registro del Ayuntamiento de Oviedo un escrito de alegaciones firmado por el representante de la empresa

contratista en el que manifiesta que “en el proyecto se preveía el desmontaje de la estructura de la cubierta existente para realizarle un tratamiento de limpieza de todos los elementos de fundición, y su posterior montaje utilizando unas nuevas vigas curvadas. Estas debían ejecutarse conforme lo estipulado en el punto 3.01 del proyecto, del que se deduce que, conforme a las mediciones realizadas por la Dirección Facultativa, que eran todas iguales./ De conformidad con el proyecto, una vez ejecutada la nueva estructura esta debía montarse sobre las columnas ya existentes que se encuentran ancladas a la base del quiosco, y que deberían quedar aplomadas”. Continúa relatando que “con la aprobación de la Dirección Facultativa, mi representada se llevó una de las vigas curvadas al taller para utilizarla como plantilla para la ejecución de las ocho nuevas vigas curvas que deberían montarse posteriormente en la estructura./ Sin embargo (...), cuando se procede al montaje, se observa, tras colocar seis de los ocho lados que conforman el perímetro, que los elementos que faltaban por poner deberían ser de mayor dimensión que los que ya estaban colocados, por lo que la estructura no iba a quedar cerrada./ Por ello, y siempre con la aprobación de la Dirección Facultativa, se procedió a la liberación de las columnas existentes en la estructura perimetral del quiosco, para que volviesen a su ubicación original, en lugar de la aplomada, de tal manera que permitiese colocar los elementos estructurales de la cubierta./ Se procede así al montaje de la estructura, manifestando la Dirección Facultativa en su visita del 21 de enero de 2015 que acudiría un ingeniero a la obra para determinar si este desplome, que ya existía con anterioridad y resulta inapreciable a la vista, podría afectar a la estabilidad estructural./ Sin embargo una semana después la Dirección Facultativa cambia de opinión y ordena que se proceda de nuevo al aplomado de las columnas, lo que procede a realizar mi representada. Como consecuencia de lo anterior, al ejecutar el montaje se observa que la separación existente entre los distintos elementos no se puede corregir con forros, tal y como se proponía como solución técnica”. Considera que la “solución” que se le ofrece por la Dirección Facultativa “no es ejecutable” pues “la distancia existente entre los elementos de la cubierta no

se puede corregir con forros, y la realización de unas nuevas vigas curvas supone un incremento de costes inasumible para la contratista de conformidad con el precio acordado". Por tanto, entiende que no es imputable a su representada "que no haya podido finalizar la obra, pues desde que surgieron las dificultades tras el aplomado de las columnas, ha mantenido diversas reuniones con la Dirección Facultativa, solicitando a esta que le aportase alguna solución técnica para solventar esta dificultad, sin obtener ninguna respuesta satisfactoria".

7. Con fecha 6 de julio de 2015, la Arquitecta Directora de la obra suscribe un informe en el que analiza las alegaciones de la contratista. Comenzando por la afirmación de la adjudicataria de que del proyecto "se deduce" que las vigas curvadas eran "todas iguales" manifiesta que "tal y como se especifica en proyecto, en la referida unidad de obra 3.01, se proyecta realizar el 'curvado en frío de vigas (...), según plantilla de curvatura extraída de elementos existentes desmontados en obra' (...), así como toma de medidas para ejecución de plantilla con radios de curvatura y suministro a obra'. En ningún caso se habla de plantilla única para todas las piezas en el sentido de que todas las vigas curvas fuesen iguales, ya que la longitud necesaria de cada pieza, tal y como se define en proyecto, es necesario determinarla mediante replanteo en obra. En este sentido se valoran, en mediciones de proyecto, para este concepto 8 unidades, lo que indica claramente que serán todas ellas únicas y exclusivas, por lo que en ningún caso se deduce que todas las vigas hubieran de ser iguales". Señala también que la descomposición del precio de la partida 3.02, kg de acero, "indica la necesidad de emplear más cantidad de material del estrictamente necesario para su colocación, dejando de manifiesto la pérdida de material por ajustes a la obra./ Igualmente en el proyecto y planos se especifica que 'las dimensiones de todos los elementos proyectados deberán replantearse en obra antes de ser ejecutados' y así se solicitó desde el inicio de la obra. Por otra parte, la comprobación de la longitud de las piezas originales no se constata como realizada por parte de la contrata, y tampoco le

exime de las necesarias comprobaciones en obra de las medidas exactas de cada nueva pieza”.

Niega la autora del informe que las columnas se hayan liberado con autorización de la Dirección Facultativa y que los elementos a instalar con los pilares aplomados deban ser “de mayor dimensión que los que ya estaban colocados”. Respecto a la primera de las cuestiones, significa que es la propia representante de la perjudicada en un escrito de 16 de febrero de 2015 la que viene a reconocer que “se nos pide por parte de la DF que las columnas se han de aplomar antes de iniciar los trabajos contratados”, y en cuanto al tamaño de las piezas a colocar señala que “simplemente faltan las cuñas y pletinas a que hace referencia el proyecto para garantizar el ajuste”. Afirmar que “las diferencias de ejecución en origen (distancias entre pilares, posibles deformaciones propias de su ejecución artesanal fechada en 1888 y la diferencia de medida que se ha detectado en una celosía) así como otras deformaciones propias de su antigüedad y que han llevado a plantear su restauración, han de ser absorbidas por cuñas o forros, tal y como viene detallado en los planos de estructuras como ‘pletina continua en forma de cuña de acople geométrico de la estructura (dimensiones a replantear en obra)’. Para ello se prevé en mediciones y presupuesto la partida 03.04 ‘kg de acero cuñas, pletinas y llantas’, valorándose al efecto hasta 16 cuñas (2 por vano) de 14,40 kg, y 64 pletinas (8 por vano) de 1,87 kg”. Manifiesta que “de las explicaciones dadas por la contrata” se deduce que “a fecha actual todavía no se ha ejecutado un replanteo válido de la estructura del quiosco, es decir, sobre cotas de replanteo tomadas directamente de la obra”, con lo que “se desploma hacia el interior toda la estructura porque se procedió a montar forzándola, cerrando la misma entre pilares, sin previsión de pletinas y forros proyectados entre celosías y enanos. Las celosías y vigas superiores presentan falta de alineación tanto vertical como horizontal”.

A modo de conclusión reitera que “la Dirección Facultativa no aprobó liberar las columnas, cuya decisión fue tomada unilateralmente por el contratista, que incumplió la orden expresa dada por la Dirección Facultativa

de aplomar las columnas y enanos (existentes en prolongación de las mismas) de fundición, previamente a la implantación de la nueva estructura de cubierta, en cumplimiento de las prescripciones del proyecto que así lo establecen y que hacen precisa la utilización en obra de las piezas complementarias (cuñas, pletinas, etc.) indicadas en el proyecto como necesarias para absorber la falta de uniformidad de cada uno de los elementos de apoyo y los desajustes entre estos y los elementos fabricados o restaurados en taller que se han de apoyar sobre ellos”, y significa que “la DF no indicó en ningún momento que fuese necesaria la realización de nuevas vigas curvas, sino la adaptación de las realizadas a las medidas requeridas en obra (o longitud necesaria de la pieza a definir mediante replanteo en obra). Lo que indica que, de haberse seguido las instrucciones dadas por la Dirección Facultativa y establecidas en el proyecto, de replantear en obra todos los elementos, hubiera sido evitable la realización de nuevos ajustes”.

8. Con fecha 27 de julio de 2015, la Arquitecta Adjunta al Jefe de Servicio para Edificios y Patrimonio Municipal suscribe un informe en el que tras señalar que “tal como exponen la DO y DEO en sus respectivos informes, (...) fue la empresa, de forma unilateral y sin mediar orden de la DF al respecto, la que durante el montaje decidió desaplomar los pilares (incumpliendo la orden previa dada por la DF de aplomarlos para poder proceder al montaje de la estructura)”, y que según “afirma la DO en su informe, (...) el desajuste al que hace referencia la contrata se debe a que se procedió al montaje de la estructura sin el empleo de las piezas complementarias (cuñas, pletinas, etc.) que prescribe el proyecto”, concluye que “la estructura no ha sido ejecutada y/o montada conforme a las prescripciones del proyecto e indicaciones de la DF”.

9. El día 10 de agosto de 2015, la Jefa de la Oficina de Contratación libra un informe, a modo de propuesta de resolución, en el que estima procedente la resolución del contrato “por causas imputables a la empresa” al haber

incumplido esta "las obligaciones contractuales relacionadas con la ejecución del contrato conforme a lo que resulte del proyecto y pliegos, así como las indicaciones dadas por la Dirección de obra en el ejercicio de sus funciones". Respecto a los efectos de la resolución contractual entiende que procede, en primer lugar, la "incautación automática de la garantía definitiva por tratarse de resolución por culpa del contratista" en aplicación del criterio que viene siguiendo el Ayuntamiento de Oviedo en los procedimientos de análoga naturaleza. Asimismo informa que "procede iniciar el procedimiento para determinar los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento con motivo de la resolución, a indemnizar por el contratista en lo que exceda del importe de la garantía definitiva. Para la determinación de los daños y perjuicios deberán informar el responsable del contrato y la Oficina Presupuestaria y se deberá tener en cuenta lo que resulte de la nueva licitación (...), siendo procedente, a estos efectos, la retención cautelar de la garantía definitiva, con advertencia de que, en el caso de que la garantía no sea bastante para cubrir las responsabilidades de la empresa, el cobro de la diferencia sería mediante procedimiento administrativo de apremio con arreglo a lo establecido en las normas de recaudación". Finalmente apunta que, acordada la resolución contractual, "procederá tramitar una nueva licitación para la ejecución de las obras incluidas en el objeto del contrato, salvo que se considere procedente simultanear el procedimiento de resolución con el de la nueva licitación hasta la fase de la adjudicación".

10. En un informe suscrito con fecha 19 de agosto de 2015 la Directora General de Asesoría Jurídica manifiesta su conformidad con el informe emitido por la Jefa de la Oficina de Contratación de 10 de agosto de 2015. En cuanto a los efectos resolutorios entiende que "la incautación de la garantía en casos de resolución por incumplimiento de las obligaciones del contrato es una consecuencia del art. 225 TRLCSP, y de conformidad a lo dispuesto en los arts. 100, 102, 212.4, 225.4 y 310.3 del mismo texto legal", por lo que considera que procede la "incautación automática" de aquella "resarcido a la

Administración de daños y perjuicios que, aunque evidentes, son de imposible o muy difícil valoración, como los retrasos en la consecución de los objetivos perseguidos con el contrato o los costes indirectos en la tramitación del expediente”. Asimismo señala que procede “iniciar el procedimiento para determinar los daños y perjuicios ocasionados al Ayto. con motivo de la resolución, a indemnizar por el contratista en todo lo que exceda de la garantía definitiva”. Por último apunta que “acordada la resolución del contrato procede tramitar una nueva licitación para la ejecución de las obras incluidas en el objeto del contrato (art. 224 TRLCSP)”.

11. El día 25 de agosto de 2015, la Intervención General muestra su parecer favorable a la declaración de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía definitiva e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan de la misma.

12. En sesión celebrada el día 28 de agosto de 2015, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, vistas las actuaciones obrantes en el expediente, de las que “resulta la procedencia de la resolución del contrato por incumplimientos imputables al contratista, por concurrir en la causa de resolución prevista en la cláusula decimoséptima del pliego de cláusulas administrativas particulares”, acuerda dar traslado del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias y acordar la suspensión del plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución, por el tiempo que medie entre la petición de dictamen y su recepción, sin que tal suspensión pueda exceder de tres meses. Se anota en el extracto de secretaría remitido a este Consejo junto con el expediente administrativo que “dicho acuerdo fue notificado a la empresa contratista (1-09-2015) y a la responsable del contrato (Sección de Patrimonio, 2-09-2015)”.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de septiembre de 2015, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de rehabilitación del quiosco de la música del Paseo del Bombé en el Campo de San Francisco, adjuntando a tal fin una copia del expediente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

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

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -26 de septiembre 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”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 211 y el apartado 1 del artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo contenida en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria. Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención, a tenor de lo establecido en el artículo 114 del TRRL. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

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

Ahora bien, respecto al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, se aprecia, en primer lugar, que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

En segundo lugar, advertimos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 4 de junio de 2015, la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el cómputo del plazo máximo de tres meses para resolver y notificar 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), al objeto de evitar la caducidad del procedimiento que se produciría el día 4 de septiembre de 2015 por el transcurso de dicho plazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.2 de la citada Ley que el Tribunal Supremo juzga aplicable a este tipo de procedimientos (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -Sección 4.ª-, de 9 de septiembre de 2009 y 8 de septiembre de 2010-Sección 6.ª-, de 28 de junio de 2011 y de 20 de abril de 2015 -Sección 7.ª-, entre otras).

La suspensión señalada, motivada por la solicitud de nuestro Dictamen y fundada en el artículo 42.5 c) de la LRJPC, la acordó el órgano de contratación el día 28 de agosto de 2015, y la solicitud de la consulta, que suscribió la autoridad consultante el 3 de septiembre de 2015, se registró de salida en el Ayuntamiento el mismo día, recibándose en este Consejo al día siguiente, esto es, el día 4 de septiembre de 2015.

La cuestión del cómputo de los plazos de suspensión en el supuesto de solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución y, más concretamente, la determinación del *dies a quo*, constituye una cuestión controvertida, sobre la que no existe un criterio jurisprudencial claramente definido ni unanimidad doctrinal. Aunque algún órgano consultivo autonómico ha considerado que el plazo de suspensión comienza en la fecha en la que se acuerda aquella (por ejemplo, el Consejo Consultivo de Castilla y León, entre otros en el Dictamen 650/2011), la mayoría de los órganos consultivos entienden, de acuerdo con el tenor literal del 42.5 c) de la LRJPAC, que el *dies a quo* de tal plazo corresponde al día de la "petición" del informe o dictamen, por más que no exista consenso en la determinación de cuál es aquel momento, que unas veces se ha identificado con el de entrada en el registro del órgano informante -así el Consejo Consultivo de las Islas Baleares (Dictamen 21/2013), el Consejo Consultivo de Canarias (Dictamen 423/2006), o este mismo Consejo Consultivo (Dictámenes 211 y 266/2012)-, otras con el de la "orden de remisión" del expediente -en este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en el Dictamen 318/2012- o, más frecuentemente, con la fecha del registro de salida del órgano petionario del informe, en el entendimiento de que las posibles demoras en la recepción del expediente por parte del informante no deben influir en el cómputo el citado plazo y dado que esta otorga mayores garantías de control -así, el Consejo Consultivo de Madrid (Dictamen 556/2013), el Consejo Jurídico de la Región de Murcia (Dictamen 181/2009), o el Consejo Consultivo de la Rioja (Dictamen 3/2003)-. Esta última es también la tesis que sostiene el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7, de 30 de junio de 2008.

La aplicación al caso que examinamos de la tesis mayoritaria, conforme a la cual el cómputo del plazo se inicia en la fecha en que la petición de dictamen sale de la Administración consultante, que es la que ahora entendemos más acertada, nos lleva a considerar que la suspensión se habría producido el 3 de septiembre de 2015; esto es, a falta de un solo día para la terminación del plazo cuyo transcurso determina la caducidad del

procedimiento, plazo que, por otro lado, comenzaría a correr nuevamente en la fecha en que la Administración consultante recibiera este Dictamen.

Ahora bien, con independencia de lo hasta ahora señalado, observamos que no consta en el expediente remitido que se haya realizado la preceptiva comunicación a los interesados (contratista y avalista) del momento en que se inicia el cómputo del plazo de suspensión, y sucede que aquella comunicación, según hemos señalado ya en nuestro Dictamen 124/2015 y sostiene el Tribunal Supremo en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secciones 3.^a y 5.^a, respectivamente, de 20 de diciembre de 2011 y 11 de septiembre de 2014, constituye un requisito esencial sin el cual la suspensión no puede entenderse válidamente producida. Incluso se ha llegado a considerar en ocasiones (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a, de 6 de abril de 2004) que la comunicación habría de producirse antes del vencimiento del plazo para la resolución y notificación del procedimiento, de modo que si la notificación no se produce antes de que aquel plazo finalice se entiende que la suspensión no produce efectos.

Tal deber de comunicación es lógica consecuencia de la posición de los interesados en el procedimiento, del que son protagonistas, y por ello la LRJPAC (artículos 42.4, 42.5 letras b) y c), y 46) impone a la Administración la carga de informar a aquellos del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, de los efectos que pueda producir el silencio administrativo, de las suspensiones y ampliaciones del plazo máximo que acuerde la Administración y de las ampliaciones de los plazos parciales del procedimiento que pudieran disponerse. La obligación de comunicar tales extremos a los interesados ha de observarse con el mayor celo en los procedimientos como el que analizamos, en los que el transcurso del plazo máximo sin haberse notificado la resolución produce como efecto su caducidad y ello, precisamente, en garantía de los interesados, sobre los que no debe pender indefinidamente la consecuencia desfavorable anunciada al iniciar el procedimiento. En definitiva, la Administración no cumple con su

obligación limitándose a comunicar a los interesados la causa de las suspensiones de plazo que pudiera acordar, sino que también ha de informarles de las fechas en que se suspende y reanuda el cómputo del plazo máximo para resolver y notificar. Sólo así dispondrán aquellos de la información precisa para poder cuestionar en la vía que resulte procedente la validez de las correspondientes resoluciones.

No se han incorporado al expediente que analizamos los documentos que acreditan la notificación a los interesados (contratista y avalista) de la fecha de suspensión del cómputo del plazo máximo de duración del procedimiento. Por otra parte, en el extracto de secretaría únicamente se da cuenta de la notificación del acuerdo de suspensión a la empresa contratista y a la responsable del contrato -de la que no existe constancia en la documentación remitida- con fechas 1 y 2 de septiembre de 2015.

Ante el desconocimiento por nuestra parte de si se ha comunicado efectivamente a los interesados la fecha en la que queda suspendido el plazo máximo de tramitación del procedimiento, hecho este que resulta esencial para decidir la cuestión sometida a nuestra consulta, no podríamos emitir nuestro parecer sobre el fondo de la cuestión planteada sin antes evacuar el trámite de devolución al que se refiere el artículo 42 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo. Ahora bien, la consideración de la premura con la que deben despacharse los asuntos como el que ahora nos ocupa, los cuales requieren de una tramitación urgente de conformidad con lo previsto en el artículo 109.2 del RGLCAP, por razones de interés general, nos conduce a entrar a examinar el fondo del asunto no sin antes ilustrar a la Administración consultante sobre cómo proceder correctamente en este caso.

El Ayuntamiento deberá verificar, a la recepción de este Dictamen, si efectivamente ha cumplido con el deber de notificar a los interesados tanto la suspensión del procedimiento como la fecha en que aquella produce efectos que, como antes hemos señalado, ha de ser la del registro de salida de la solicitud de nuestra consulta. En caso afirmativo, el Ayuntamiento dispondrá de solo un día para dictar la resolución finalizadora del procedimiento y

notificarla en plazo. Si por el contrario no ha observado tal deber, o bien estima que no puede en tiempo tan exiguo resolver y notificar, deberá proceder a la declaración de terminación del procedimiento por caducidad en los términos señalados en el artículo 42.1 de la LRJPAC. Todo ello sin perjuicio de que, declarada la caducidad, pueda acordar la iniciación de un nuevo procedimiento resolutorio en el que, con conservación y expresa incorporación de los antecedentes y trámites de aquel que puedan mantenerse por persistir -y así declararse- su vigencia fáctica y jurídica, quede constancia de la situación de incumplimiento a la fecha en que se instruya, y en el que, previa la oportuna audiencia al interesado y formulada nueva propuesta de resolución, se recabe dictamen de este Consejo. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, debemos indicar que, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCSP. Por tanto, son causas de resolución, además de las establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, las recogidas los artículos 223 y 237 del citado Texto Refundido, que, por lo que ahora interesa, establece en el apartado h) del artículo 223 que lo serán “Las establecidas expresamente en el contrato”.

La cláusula decimoséptima del pliego de las administrativas particulares establece que será causa de resolución el “incumplimiento de las estipulaciones del proyecto o de las instrucciones que, en interpretación

técnica de éste, dé la dirección facultativa o, en su caso, el responsable del contrato, dentro de su respectiva competencia”.

Admiten ambas partes que una de las obligaciones del contratista establecidas en el proyecto, una vez desmontada la cubierta original para realizar la limpieza de los elementos de fundición, es la de proceder al montaje del quiosco empleando unas nuevas vigas curvadas de manera que la nueva estructura quede a plomo. Así viene a reconocerlo la propia adjudicataria en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia en el que señala que “de conformidad con el proyecto, una vez ejecutada la nueva estructura esta debía montarse sobre las columnas ya existentes que se encuentran ancladas a la base del quiosco, y que deberían quedar aplomadas”.

Tampoco existe discusión sobre el hecho de que la estructura armada por la contratista se encuentra desplomada al haberla montado sobre los pilares en “su ubicación original, en lugar de la aplomada”, como ella misma admite en el escrito de alegaciones a que antes se ha hecho referencia. Por tanto, constituye un hecho no controvertido que la empresa adjudicataria ha incumplido las prescripciones establecidas en el proyecto sobre el modo en que se han de ejecutar los trabajos.

No obstante, la contratista niega que tal incumplimiento le resulte imputable pues lo achaca a un error del proyecto del que, según afirma, “se deduce” que las ocho vigas curvadas que forman parte de la estructura son de igual tamaño. Actuando en tal creencia, la contratista da la orden al taller de fabricar todas las vigas según las dimensiones de una de ellas, que es utilizada como plantilla, y es en el momento de realizar el montaje cuando advierte que con tales piezas la estructura no puede quedar “cerrada”, por lo que, según afirma, con la aprobación de la Dirección Facultativa, procede al desplome de las columnas ancladas a la base del quiosco para poder montar sobre ellas, si bien desnivelados, los elementos estructurales de la cubierta. Entiende que la única solución al desplome de la estructura pasa por la fabricación de nuevas vigas curvadas de mayor tamaño que las ya colocadas, y que esta no puede

imponérsele dado su elevado coste, al que no puede hacer frente dado el precio ofertado.

Los servicios técnicos informantes niegan haber autorizado el montaje desplomado de la estructura y advierten que, pese a lo afirmado por la adjudicataria en el escrito de alegaciones, esta habría reconocido en un escrito anterior de fecha 16 de febrero de 2015 -que no obra en el expediente- la orden de la Dirección Facultativa relativa a que “las columnas se han de aplomar antes de iniciar los trabajos contratados”. Afirman que la falta de alineación de los elementos que conforman la instalación no se debe a un error del proyecto que, pese a lo señalado por el contratista, no contempla que los elementos de fundición que integran el quiosco sean de homogénea dimensión, antes al contrario, aquel documento recoge expresamente la obligación del contratista de replantear en obra todos los elementos proyectados antes de ser ejecutados y contempla la utilización de cuñas, pletinas y forros que resultan imprescindibles para poder solventar las distancias entre pilares, las diferencias de medidas detectadas en alguna pieza y las deformaciones propias de la ejecución artesanal de la estructura, que ha sido construida hace más de un siglo. Afirman que las deficiencias en la ejecución del montaje se deben a la ausencia del necesario replanteo previo en obra de la estructura del quiosco por parte del contratista y a que este no ha utilizado las pletinas y forros contempladas en el proyecto para corregir la falta de uniformidad de cada uno de los elementos de apoyo y los desajustes entre estos y los elementos fabricados o restaurados en el taller que han de reposar sobre ellos.

Acreditado por tanto que el montaje de los elementos que conforman la estructura del quiosco no se ha efectuado según el proyecto, y que tal resultado no se debe más que a la voluntad del adjudicatario que, incumpliendo tanto lo establecido en el proyecto como las órdenes de la Dirección Facultativa, no ha procedido al replanteo de cada una de las piezas de nueva construcción ni se ha servido de los elementos previstos para corregir las deformaciones de la estructura derivadas de la antigüedad, estado

de conservación y método artesanal de construcción del quiosco, debe concluirse que procede la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, quien no puede desvincularse de los compromisos asumidos aduciendo que no puede asumir el coste derivado de la corrección de las deficiencias de ejecución que le son imputables, pues la obligación de cumplir con lo comprometido no se enerva por tal causa. El adjudicatario tiene la obligación de cumplir el contrato conforme a lo comprometido, aun en el hipotético supuesto de que pudiera incurrir en pérdidas.

Una vez determinado que procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, hemos de ocuparnos de los efectos de la resolución contractual. A propósito de esta cuestión, ha de estarse a lo señalado en el artículo 225.3 del TRLCSP, a cuyo tenor "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 del de la garantía incautada".

La propuesta de resolución que analizamos asume una interpretación del régimen de los efectos de la resolución contractual en el TRLCSP, según la cual aquel régimen, pese al tenor literal del artículo 225.3 que acabamos de transcribir, es en realidad idéntico al aplicado durante la vigencia de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), y luego del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), de modo que en los supuestos de resolución por incumplimiento culpable del contratista procede la incautación automática de la garantía definitiva y la exigencia al contratista de los daños y perjuicios ocasionados en cuanto al exceso no cubierto por aquella. Tal tesis, que cuenta con el respaldo de un autorizado sector doctrinal en el marco de un intenso debate que se ha prolongado durante más de siete años, y sobre el que aún no se ha pronunciado el Tribunal Supremo, resulta

no obstante contraria a la que mantienen este Consejo Consultivo (entre otros, Dictámenes núm. 182/2012, 198/2012 y 290/2012), el Consejo de Estado (Dictamen Núm. 352/2013, de 6 de junio, entre otros) y los órganos consultivos autonómicos de Castilla-La Mancha (entre otros, el Dictamen 54/2012), Castilla y León (Dictamen 301/2012), Comunidad Valenciana (Dictamen 992/2011, entre otros), Islas Baleares (Dictamen 31/2011), La Rioja (Dictamen 3/2010) y Madrid (Dictamen 339/2010, entre otros), que consideran que la incautación de la garantía definitiva solo resulta procedente en la medida en que resulte necesario para cubrir los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento culpable del contratista.

Ahora bien, aun admitiendo que la discrepancia de la Administración consultante en un asunto tan controvertido como este resulta legítima, no podemos dejar de advertir sobre la incongruencia que supondría acordar en el mismo acto la “incautación automática” de la garantía definitiva y su “retención cautelar” al objeto de cubrir las responsabilidades del adjudicatario en lo que excedan del importe de la garantía incautada, según resulta del informe librado a modo de propuesta de resolución por la Jefa de la Oficina de Contratación el día 10 de agosto de 2015. Asimismo, a falta de específica previsión al respecto en la citada propuesta, hemos de recordar al Ayuntamiento que a la hora de efectuar la liquidación de los daños y perjuicios sufridos, habrá de guiarse por lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, con lo que deberá garantizar en cualquier caso la audiencia del contratista en la determinación del *quantum* indemnizatorio, y podrá atender para fijar su importe, entre otros factores, “al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de ese dictamen, procede la resolución, por incumplimiento culpable del contratista, del contrato de rehabilitación del quiosco de la música del

Paseo del Bombé en el Campo de San Francisco, sometido a nuestra consulta, con los efectos anteriormente señalados.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
EL PRESIDENTE,