Expediente Núm. 1/2016
Dictamen Núm. 15/2016

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 21 de enero de 2016, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

"El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 30 de diciembre de 2015 -registrada de entrada el mismo día-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de rehabilitación del quiosco de la música en un parque público.

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 a la empresa …… el contrato de obras 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 este, 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 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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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 emite informe en el que señala, "ante el estado de total inactividad de las citadas obras durante las últimas semanas", que "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 (Dirección Facultativa), 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 (Dirección Facultativa), 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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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 (Dirección Facultativa), se dan una serie de instrucciones verbales que se concretan en una serie de especificaciones (…) para el nuevo montaje de la estructura que incluye necesariamente el previo desmontaje de algunos elementos ya montados, por considerar que no se ajusta a las previsiones del proyecto./ Desde dicha fecha, tanto por parte de la (Dirección Facultativa) 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 (Dirección Facultativa) 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. Previo informe suscrito el 5 de octubre de 2015 por la Jefa de la Oficina de Contratación, con el visto bueno de la Jefa del Servicio de Interior, la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 9 del mismo mes, acuerda declarar la caducidad de un expediente anterior instruido con idéntico fin e "iniciar

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

nuevo procedimiento de resolución del contrato de las obras de rehabilitación del quiosco de la música del `Paseo del Bombé´, por persistir (…) el incumplimiento imputable a la empresa contratista (…), teniendo en cuenta los informes técnicos y jurídicos emitidos hasta la fecha, dando los mismos por incorporados al nuevo procedimiento". Asimismo, acuerda "prever la incautación de la garantía definitiva e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan de la misma" y "dar audiencia a la empresa contratista (…) y a la entidad avalista (…) por el plazo de 10 días para que aleguen lo que estimen oportuno al respecto".

Entre la documentación remitida constan los traslados del citado acuerdo al contratista, al avalista y a la correduría de seguros del primero, figurando en todos ellos un registro de salida de fecha 19 de octubre de 2015. Los traslados efectuados indican que el acuerdo adoptado agota la vía administrativa y que contra el mismo cabe la interposición, alternativamente, de recurso de reposición o de recurso contencioso-administrativo. No se incorpora al expediente documento alguno que justifique la práctica efectiva de tales notificaciones a los interesados.

6. El día 30 de octubre de 2015, un representante de la empresa contratista presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo un escrito de alegaciones en el que señala que "con fecha 19 de octubre del actual le ha sido notificada la resolución (…) por la que se incoa el procedimiento de resolución contractual". Manifiesta su disconformidad con la incorporación al expediente de resolución contractual de "los informes técnicos y jurídicos emitidos hasta la fecha (…), por causar indefensión", y se muestra en desacuerdo con la resolución del contrato por causas imputables al contratista.

Indica que el plazo de ejecución de la obra finalizaba el 20 de enero de 2015 y que "diversas dificultades ajenas (a la empresa contratista) en la ejecución de los trabajos de ajuste de la estructura obligaron a solicitar una prórroga, que fue informada favorablemente por la Arquitecta de Edificios y

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Patrimonio en su informe de fecha 27 de febrero de 2015, al reconocer que no se habían previsto al elaborar la oferta las razones aludidas por la empresa en su solicitud, y por tanto que no era imputable al contratista./ Extremos todos ellos reconocidos por la Administración actuante".

Explica que "en el proyecto básico y de ejecución (…) se describían los procedimientos a seguir, y más concretamente en el punto 10.9.3 del mismo" se aludía a la "obtención de plantilla de curvado a partir de una de las piezas". Afirma que, a tenor del 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". Por tanto, "de conformidad con lo anteriormente expuesto, y con la aprobación de la Dirección Facultativa, (la empresa contratista) 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 desmontaje 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 (la empresa contratista). Como consecuencia de lo anterior, al ejecutar el montaje se observa que la separación existente entre los distintos elementos no se puede

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

corregir de ningún modo con los forros, cuñas y pletinas, tal y como se proponía como solución técnica en el proyecto. Además, estos elementos no se encuentran dimensionados en el citado proyecto, sino (que) solo se establece su necesidad, por lo que (…) debían ser fabricados una vez montada la estructura y nunca antes, ya que se deberían de ir midiendo una a una las holguras existentes para proceder a su fabricación posterior".

Concluye que la obra se "ha ejecutado (…) siempre de conformidad con las directrices de la Dirección Facultativa del proyecto", que "nunca se opuso ni esgrimió objeción alguna al procedimiento seguido por la empresa para conformar la estructura del quiosco, tanto en la elección de la pieza de la estructura que serviría como plantilla ni en el procedimiento de montaje establecido, y solo una vez comprobado que dicha estructura no podía ser cerrada con las piezas complementarias definidas según proyecto alegó que el montaje (…) no se había realizado correctamente".

Considera que, a la vista de la inexistencia de propuestas técnicas para solucionar los problemas detectados, y dado que "la realización de unas nuevas vigas curvas supone un incremento de costes inasumible para la contratista de conformidad con el precio contratado", la parálisis de las obras no es imputable a la adjudicataria, sino a la Administración, que "se niega a reconocer el error contenido en la redacción del proyecto y, además, no da con una solución válida a la situación creada".

Solicita la retroacción "al inicio del procedimiento de resolución del contrato de obras como consecuencia de la caducidad producida, no teniendo en cuenta los informes y dictámenes emitidos en el anterior procedimiento", y "que se acuerde el archivo del procedimiento".

7. Previa petición de la Jefa del Servicio de Interior del Ayuntamiento de Oviedo de 3 de noviembre de 2015, el día 11 de diciembre de 2015 la Adjunta al Jefe del Servicio para Edificios y Patrimonio Municipal emite un informe técnico sobre las alegaciones presentadas por la contratista. En él señala que

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

del "procedimiento de rehabilitación de los elementos metálicos (nervios) de cubierta que figura en el apartado 10.9.3", y de "lo reflejado en la unidad de obra 3.01 del proyecto, definida como `curvado en frío de vigas (…) según plantilla de curvatura extraída de elementos existentes desmontados en obra (…)´, en ningún caso se puede deducir la suposición de que todas las vigas eran iguales, ni que solamente fuese necesario hacer una única plantilla". Añade que en el informe emitido por la Dirección de Obra el 4 de julio de 2015 se aclara que "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 el 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".

Por otro lado, en cuanto a la afirmación del contratista de que en el momento en que se comprueba que "la estructura no iba a quedar cerrada (…) 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", con "la aprobación de la Dirección Facultativa", manifiesta que fue la empresa la que "de forma unilateral y sin mediar orden" de la Dirección Facultativa "decidió desplomar los pilares".

Por último, sobre la alegación de la contratista relativa a la imposibilidad de corregir "la separación existente entre los distintos elementos (…) con los forros, cuñas y pletinas, tal y como se proponía como solución técnica en el proyecto", indica que tal desajuste se produjo precisamente porque "se procedió al montaje de la estructura sin el empleo de las piezas complementarias (cuñas, pletinas, etc.) que prescribe el proyecto". Añade que "en el detalle constructivo del proyecto (…) se indica que las dimensiones de las pletinas continuas en forma de cuña para el acople geométrico de la

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

estructura `han de replantearse en obra´; operación que no se realizó, puesto que se montó la estructura sin la colocación de dichas piezas".

Concluye que "la manera con que la empresa pretendió ajustar en obra la estructura realizada en taller no fue a través del aplomado de pilares y necesario empleo (de) forros, cuñas y pletinas" -tal como indicaba el proyecto y ordenó el Director Facultativo-, "sino decidiendo (de forma unilateral) forzar la estructura existente en obra, cerrándola y desplomándola hasta conseguir su encaje con los elementos realizados en taller, lo que originó los desplomes que, tras un análisis posterior", la Dirección Facultativa "calificó de estructuralmente inadmisibles". Por ello, considera que "la estructura no ha sido ejecutada y/o montada conforme a las prescripciones del proyecto e indicaciones" de la Dirección Facultativa.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

8. Con fecha 15 de diciembre de 2015, la Jefa de la Oficina de Contratación del Ayuntamiento de Oviedo, con la conformidad de la Jefa del Servicio de Interior, suscribe un informe en el que indica que la cláusula quinta, apartado A.1.ª, del pliego de las administrativas particulares establece "como obligación del contratista ejecutar las prestaciones objeto del contrato en los términos señalados en el proyecto, dentro del plazo total y con sujeción a los plazos parciales resultantes del contrato y del correspondiente programa de trabajo".

Afirma que en la cláusula décima del citado pliego "se reseñan las funciones de la Dirección Facultativa y del Responsable del Contrato, incluyendo la referencia a las instrucciones en la interpretación del proyecto", y recuerda que "entre las causas de resolución del contrato previstas en la cláusula decimoséptima del (pliego de cláusulas administrativas particulares) se incluye el incumplimiento de las estipulaciones del proyecto o de las instrucciones que, en interpretación del mismo, dé la Dirección Facultativa o el Responsable del Contrato en el ámbito de sus respectivas competencias".

A continuación, tras relatar el procedimiento de resolución contractual, manifiesta que "la resolución por incumplimiento culpable del contratista

requiere el análisis previo de si la significación de lo no ejecutado es de tal relevancia que equivale a la inobservancia total o parcial del objeto del contrato", y que "la ponderación del juicio sobre la entidad del incumplimiento constituye una cuestión eminentemente técnica y su responsabilidad corresponde a la Administración local llamada a satisfacer el interés general al que sirve el contrato".

Señala que, conforme a lo dispuesto en "el artículo 225 del TRLCSP" y en el "artículo 113 del RGLCAP", que prevén el abono de daños y perjuicios a la Administración "en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista", en el presente supuesto habrá de tenerse en cuenta que "deberá tramitarse un nuevo procedimiento de licitación del que resultará un nuevo adjudicatario cuya oferta podría ser superior a la de la (empresa contratista). En este caso se podría cuantificar el importe de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento atendiendo a la diferencia en más entre el precio según la oferta de la citada empresa y la que resulte adjudicataria del nuevo contrato". Advierte que "se deberá determinar si se derivan daños y perjuicios para el Ayuntamiento por no haberse ejecutado el contrato en los términos en los que fue adjudicado conforme a las previsiones presupuestarias consideradas en su día", y pone de relieve que "la Responsable del Contrato no ha informado sobre posibles daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento por la resolución del contrato".

En cuanto a la "procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía definitiva", explica que "el Servicio de Abogacía Consistorial, en informe de fecha 07-02-2014, emitido en relación (a otro expediente), y previo análisis de lo dispuesto en los artículos 100 (responsabilidades a las que están afectas las garantías), 102 (devolución y cancelación de garantías), 212.4 (sobre demora en la ejecución de los trabajos), 225.4 (efectos de la resolución, ya reseñado), 271.4 (efectos de la resolución de las concesiones e incautación de garantía) y 310.3 (sobre subsanación de errores y corrección de deficiencias e incautación de garantía)

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

del TRLCSP, del criterio seguido por algunos órganos consultivos de oposición a la subordinación de la incautación de la garantía a una concreta determinación de los daños (Dictámenes 208/11 y 89/12, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia; Dictamen 298/10 del Consejo Consultivo de Andalucía), así como de varias Sentencias" (de los Tribunales Superiores de Galicia de 31 de mayo de 2012, de Castilla-La Mancha de 21 de enero de 2013 y de Extremadura de 26 de noviembre de 2013), "consideró como tesis a adoptar por el Ayuntamiento la de la incautación automática de la garantía definitiva en caso de resolución por culpa del contratista; idea que, además, simplifica la tramitación de los procedimientos de resolución contractual y resarce a la Administración de unos daños y perjuicios evidentes pero de imposible o muy difícil valoración, tales como los retrasos en la consecución de los objetivos perseguidos con el contrato o los costes indirectos en disposición de medios y personal municipal en la tramitación del expediente de contratación que deviene ineficaz. Este criterio ha sido mantenido por el Ayuntamiento en la resolución (del contrato citado), y ha sido seguido a partir del mismo en los casos de resolución contractual por causa imputable a la empresa contratista, incluido el primer procedimiento de resolución del contrato de referencia declarado caducado".

Estima que "la empresa contratista no ha justificado la indefensión invocada en su escrito de alegaciones como consecuencia de la incorporación al nuevo procedimiento de resolución de los informes técnicos y jurídicos emitidos hasta la fecha. Todos esos documentos forman parte del expediente contractual y están directamente relacionados con las causas y circunstancias concurrentes en el desarrollo de las obras que han motivado la incoación del procedimiento de resolución. Por otro lado, la propia empresa hace remisión a lo ya alegado por ellas en anteriores ocasiones y fundamenta su posición en los informes y actuaciones anteriormente realizadas".

Por último, realiza una advertencia sobre "la situación jurídica" de la empresa contratista. Así, señala que "se ha tenido conocimiento de la

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

publicación" en el Boletín Oficial del Estado N.º 264, de 4 de noviembre de 2015, "de los autos seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Gijón (…), de los que resulta que con fecha 9-10-2015 se ha dictado Auto de declaración de concurso voluntario de (la empresa contratista), acordándose la intervención de las facultades de administración y disposición, que pasan a ser ejercidas por el Administrador Concursal designado". Añade que ni el representante de la empresa, "que firmó en su nombre las alegaciones registradas con fecha 30-10-2015, es decir, una vez dictado el Auto del Juzgado N.º 3 de Gijón y antes de la publicación" en el Boletín Oficial del Estado, ni el Administrador Concursal designado se han dirigido a la Oficina de Contratación para poner en su conocimiento la situación concursal de la empresa".

Manifiesta que, "según lo señalado en la cláusula decimoséptima del (pliego de cláusulas administrativas particulares), son causas de resolución del (contrato) las previstas en los artículos 223 y 237 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el primero referido a las causas generales de resolución y el segundo a las causas específicas en el caso de los contratos de obras./ Entre las causas generales, en el apartado b) del artículo 223 se hace referencia a la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento". Sostiene que "la empresa adjudicataria ha instado la declaración de concurso voluntario de acreedores"; que "de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo (…) se regirán por lo establecido en su legislación especial"; que "el concurso de acreedores es una causa de resolución de los contratos administrativos que solo opera automáticamente cuando se produce la apertura de la fase de liquidación, de manera que hasta ese momento la Administración puede optar entre resolver el contrato o continuarlo siempre y cuando el contratista presente las garantías que la propia Administración le requiera"; que "antes de que se dictase el auto de declaración de concurso

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

voluntario de acreedores y se procediera su publicación en el (Boletín Oficial del Estado) el Ayuntamiento ya había procedido a iniciar el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones contractuales por causas imputables a la empresa contratista (ello sin entrar a considerar el procedimiento anterior declarado caducado)", y que "la declaración concursal (…) no justifica el desplazamiento de la resolución por incumplimiento contractual, dado que la operatividad real de tal causa de resolución se verifica cuando aquel no existe, pues la finalidad a que atiende la resolución constante el concurso es, precisamente, la de precaver el riesgo de incumplimiento contractual antes de su materialización".

En atención a lo señalado, propone "la resolución del contrato por causas imputables a la empresa", la "incautación automática de la garantía definitiva por tratarse de resolución por culpa del contratista", iniciar el "procedimiento para determinar los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento", tramitar una nueva licitación" una vez "acordada la resolución del contrato", remitir "el expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias "dada la oposición (…) manifestada por la empresa contratista" y acordar "la suspensión del plazo máximo para resolver por el tiempo que medie entre la petición de informe al Consejo Consultivo y la recepción del mismo".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

9. Ese mismo día, la Directora General de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Oviedo emite un informe en el que señala que concurren "razones más que evidentes para la resolución del contrato vinculadas a la demora en el cumplimiento de los plazos e incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones contractuales esenciales (art. 223 TRLCSP) y cláusula decimoséptima del pliego de condiciones administrativas particulares del contrato./ No puede admitirse la existencia de razones de fuerza mayor, ya que (…) el contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista, sin que por elementales perjuicios al interés público pueda pretenderse una paralización y

suspensión indefinida de una obra, como concurre en el caso enjuiciado". Asimismo, considera que procede la incautación de la garantía definitiva prestada "en casos de resolución por incumplimiento de las obligaciones del contrato" y manifiesta que "consta en el expediente examinado el cumplimiento del trámite de audiencia de la resolución propuesta a la contratista".

10. Con fecha 17 de diciembre de 2015, la Adjunta al Jefe del Servicio de Fiscalización, en nombre del Interventor General, suscribe un informe en el que pone de manifiesto que "concurren varios tipos de incumplimientos que constituyen asimismo causa de resolución del contrato:/ a) El incumplimiento de las estipulaciones del proyecto o de las instrucciones que, en interpretación técnica de este, dé la Dirección Facultativa o, en su caso, el Responsable del Contrato, dentro de su respectiva competencia -artículo 223.h) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (…) y cláusula decimoséptima del pliego de cláusulas administrativas particulares (…)-./ b) Como consecuencia de lo anterior, el incumplimiento del objeto del contrato".

Afirma que "del informe de 11 de diciembre de 2015 de la Arquitecta Responsable del Contrato se desprende que la obra no ha sido ejecutada conforme a las prescripciones del proyecto e indicaciones de la Dirección Facultativa", y que "tales incumplimientos se consideran plenamente acreditados y (…) se trata de incumplimientos relevantes y no nimios y sin trascendencia, de acuerdo con la realidad del contrato".

Propone la "resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía definitiva y (que) se proceda a la determinación de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado al Ayuntamiento para la indemnización de los que excedan de dicha garantía".

11. La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 18 de diciembre de 2015, acuerda aprobar la propuesta formulada por la Oficina de Contratación

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

el día 15 del mismo mes, según la cual "se considera acreditado el incumplimiento" por parte de la contratista, por lo que procede "la resolución del contrato por causas imputables a la empresa", la "incautación automática de la garantía definitiva por tratarse de resolución por culpa del contratista", la iniciación del "procedimiento para determinar los daños y perjuicios ocasionados", tramitar una vez "acordada la resolución del contrato (…) una nueva licitación de las obras", remitir "el expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias" y acordar "la suspensión del plazo máximo para resolver por el tiempo que medie entre la petición del informe al Consejo Consultivo y la recepción del mismo".

Consta en el expediente el traslado del citado acuerdo al contratista, registrado de salida el día 23 de diciembre de 2015. En él se indica que el acuerdo adoptado agota la vía administrativa y que contra el mismo cabe la interposición, alternativamente, de recurso de reposición o de recurso contencioso-administrativo. No obstante, no se observa entre la documentación remitida justificante de la práctica efectiva de tal notificación.

12. El día 28 de diciembre de 2015, el Concejal de Gobierno Interior del Ayuntamiento de Oviedo propone "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 mediante entre la petición del informe al Consejo Consultivo y la recepción del mismo".

13. Con la misma fecha, la Jefa de la Oficina de Contratación emite un informe en el que señala que la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 18 de diciembre de 2015, acordó aprobar "el informe emitido por quien suscribe" el 15 de diciembre de 2015. Explica que la "notificación" del citado acuerdo practicada "a los interesados" incluye "la calificación" del mismo "como acto que agota la vía administrativa, así como los recursos procedentes contra el mismo (recurso de reposición y/o recurso contencioso-

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

administrativo)./ Constatado el error de tramitación del procedimiento de resolución del contrato, dado que en él se requiere la remisión al Consejo Consultivo del Principado de Asturias previamente a la adopción de acuerdo por parte del órgano de contratación, procede dejar sin efecto el acuerdo de fecha 18 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 105 de la Ley del Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común".

14. La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 30 de diciembre de 2015, aprobó el "informe-propuesta" elaborado por la Oficina de Contratación el 18 de diciembre de 2015. Constan en el expediente los traslados del citado acuerdo, registrados de salida en la misma fecha, al contratista, a su correduría de seguros y al avalista. No obra entre la documentación remitida justificante de la práctica efectiva de las notificaciones.

15. En la misma sesión, la Junta de Gobierno Local acordó aprobar la propuesta del Concejal de Gobierno de Interior de 28 de diciembre de 2015, y así dar traslado del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para la emisión del preceptivo dictamen y suspender "el plazo máximo para resolver el procedimiento de resolución por el tiempo mediante entre la petición del informe al Consejo Consultivo y la recepción del mismo". Obran en el expediente los traslados del acuerdo adoptado, registrados de salida el mismo día 30, al contratista, a su correduría de seguros y al avalista. No consta justificante de la realización de las correspondientes notificaciones.

16. Mediante oficio de 30 de diciembre de 2015, registrado de salida en la misma fecha, la Jefa de la Oficina de Contratación comunica a la contratista, al avalista y a la correduría de seguros de la primera que en la referida fecha se traslada el expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias. No consta acreditación de la práctica de tales notificaciones.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

17. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de diciembre 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 un expediente en formato electrónico integrado por documentos dotados de un código de validación.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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

Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solamente cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la citada resolución, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la misma. En el caso ahora examinado, las alegaciones presentadas en

nombre de la empresa manifiestan inicialmente un "desacuerdo con la resolución del contrato por causas imputables al contratista", y consideran que es la Administración la que "se niega a reconocer el error contenido en la redacción del proyecto y, además, no da con una solución válida a la situación creada". Del contenido de lo alegado parece desprenderse que el contratista se muestra conforme con la resolución del contrato, pero no con que esta lo sea por causas que le resulten imputables. No obstante, el escrito de alegaciones concluye solicitando "el archivo del procedimiento", lo que pone de manifiesto una oposición a la propia resolución contractual y no únicamente a las causas invocadas por la Administración para justificar su procedencia. En cualquier caso, y con independencia de cuál sea la posición definitiva del contratista, resulta clara la intervención preceptiva de este Consejo Consultivo.

Ahora bien, debemos analizar si la oposición manifestada lo es por quien está autorizado para ello. Las alegaciones presentadas el día 30 de octubre de 2015 están suscritas por quien dice actuar en nombre y representación de la empresa contratista, coincidiendo tal persona con el administrador de la sociedad -según asume el Ayuntamiento de Oviedo a lo largo de todo el expediente de contratación-. Sin embargo, no debemos olvidar que mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Gijón de 9 de octubre de 2015, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de noviembre del mismo año, se declara el concurso voluntario de la empresa contratista y se acuerda "la intervención de las facultades de administración y disposición, que pasan a ser ejercidas por el Administrador Concursal designado". Así las cosas, resulta que el trámite de alegaciones ha sido correctamente tramitado por el Ayuntamiento, que se dirige al administrador de la empresa antes de la publicación del Auto referido en los boletines oficiales correspondientes, y las alegaciones fueron presentadas por el administrador de la sociedad una vez dictado el auto pero antes de su publicación. Sobre este extremo, debemos señalar que el artículo 21.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, dispone que el "auto producirá sus efectos de inmediato (…) y será ejecutivo

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

aunque no sea firme". De ello resulta que en la fecha de presentación de las alegaciones, y con independencia de que el auto aún no hubiera sido objeto de publicación, se había producido ya la intervención de las facultades del administrador societario. Por tanto, aunque se ha formulado oposición, no se ha acreditado la autorización o conformidad con la misma del Administrador Concursal, cuya intervención ha de exigirse, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 40 y 54.2 de la Ley Concursal, en el ejercicio de acciones de índole patrimonial. A pesar de ello, tal y como hemos manifestado en nuestro Dictamen Núm. 55/2009, dado que el pronunciamiento de este Consejo viene a representar una garantía adicional para los interesados en el procedimiento, nada obsta a la emisión del dictamen solicitado.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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 -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.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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. Sin embargo, y en relación con la práctica del trámite de audiencia concedido a los interesados (contratista y avalista) tras la incoación del procedimiento de resolución contractual, debemos hacer notar que, si bien constan en el expediente los traslados del acuerdo adoptado con los correspondientes registros de salida, no obra entre la documentación remitida ningún elemento que justifique la práctica efectiva

de aquellas notificaciones. En el caso del contratista resulta obvio que se realizó, puesto que presenta las consiguientes alegaciones y además manifiesta en ellas haber sido notificado "con fecha 19 de octubre del actual". Sin embargo, no podemos afirmar lo mismo respecto a la entidad avalista, de la que desconocemos si su incomparecencia en el procedimiento es voluntaria o debida a la ausencia de notificación. El carácter preceptivo de la práctica de tal notificación y la indefensión que podría generar su ausencia habrían de conducirnos a la necesaria retroacción del expediente y a la imposibilidad de pronunciarnos sobre el fondo de la consulta planteada. No obstante, la condición electrónica de los documentos remitidos, y, sobre todo, el hecho de que no conste en el expediente la acreditación de la práctica de las notificaciones a los interesados no solo de este acto, sino de ninguno de los dictados a lo largo del procedimiento de resolución contractual -de los que, por el contrario, sí figuran los correspondientes traslados debidamente registrados de salida e incluso, en algún caso, la comparecencia del interesado-, nos induce a pensar en la posibilidad de que tales notificaciones se hubieran llevado a cabo aunque sin dejar constancia de ellas en el formato electrónico del expediente que se nos remite. La existencia de esta hipótesis razonable, unida a la consideración de la premura con la que deben despacharse los asuntos como el que ahora nos ocupa -que 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 recordar a la Administración consultante que deberá proceder a la comprobación de tal extremo, en cuya ausencia el procedimiento administrativo seguido no podrá considerarse conforme a derecho. 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.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Sobre el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de octubre de 2015, por el que se declara la caducidad del expediente anteriormente seguido, se incoa un nuevo procedimiento de resolución contractual, se prevé la incautación de la garantía definitiva y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda de aquella y se concede la preceptiva audiencia a los interesados, también debemos señalar que los traslados que se efectúan indican que el acuerdo adoptado agota la vía administrativa y que contra el mismo cabe la interposición, alternativamente, de recurso de reposición o de recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, únicamente el acto relativo a la declaración de caducidad del primero de los expedientes incoados para la resolución del contrato responde a tales características, puesto que la calificación que se hace de la naturaleza jurídica de los restantes actos aprobados y la indicación de los recursos procedentes contra los mismos no son conformes con su carácter de actos de trámite. Siendo así, resulta recomendable que en el caso de adopción en un mismo acuerdo de actos jurídicos de distinta naturaleza se proceda a individualizar el señalamiento de la condición de cada uno de ellos para identificar correctamente los recursos que, en su caso, procedan.

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.

Advertimos asimismo que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de octubre de 2015, la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el cómputo del plazo máximo de tres meses para resolver y notificar

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

establecido en el artículo 42.3 de la LRJPAC, al objeto de evitar la caducidad del procedimiento que se produciría el día 9 de enero de 2016 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 13 de marzo de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:643-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª; de 9 de septiembre de 2009 -ECLI:ES:TS:2009:5567- y 8 de septiembre de 2010 -ECLI:ES:TS:2010:4766-, Sección 6.ª, de 28 de junio de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:4151- y 20 de abril de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:1690-, 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 LRJPAC, la acordó el órgano de contratación el día 30 de diciembre de 2015. Constan en el expediente los traslados del citado acuerdo a los interesados -registrados de salida en la misma fecha-, pero no la práctica efectiva de su notificación a aquellos. La solicitud de la consulta se suscribió por la autoridad consultante y se registró de salida en el Ayuntamiento el mismo día 30, recibiéndose en este Consejo también en esa fecha. Conforme a lo señalado en nuestro Dictamen Núm. 161/2015, el criterio adoptado por este Consejo sobre el momento en que se producen los efectos de la suspensión identifica aquel con la fecha del registro de salida de la petición de consulta. Se constata en el expediente remitido que con la misma fecha se traslada a los interesados (contratista y avalista) la comunicación del momento en que se inicia el cómputo del plazo de suspensión; sin embargo, no obra en aquel ningún documento que justifique la práctica efectiva de tales notificaciones. Ante el desconocimiento de si se ha comunicado efectivamente a los interesados la adopción del acuerdo de suspensión y la fecha de sus efectos, hechos que resultan esenciales 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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Funcionamiento del Consejo. Ahora bien, las mismas consideraciones que realizamos respecto a la ausencia de justificación de la práctica efectiva de la notificación del acto administrativo de apertura del trámite de audiencia nos llevan a analizar 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 esta produce efectos. En caso afirmativo dispondrá de diez días para dictar la resolución finalizadora del procedimiento y notificarla en plazo. Si por el contrario no ha observado tal deber, o estima que no puede en el tiempo restante 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.

Sobre el transcurso de la práctica totalidad del plazo para resolver en el momento de la solicitud de este dictamen, debemos poner de manifiesto que a ello ha contribuido el excesivo tiempo empleado, superior a un mes, en informar las alegaciones presentadas por la empresa, habida cuenta de que el artículo 109.2 del RGLCA considera urgentes y de despacho preferente todos

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

los "trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos".

En cuanto a la tramitación realizada, no debemos olvidar que el presente procedimiento trae cuenta de otro seguido con anterioridad para la resolución del contrato que nos ocupa y cuya caducidad fue declarada por acuerdo del órgano de contratación de fecha 9 de octubre de 2015. Siendo así, el citado órgano acordó, en la misma sesión, la apertura de un nuevo procedimiento, señalando que tendría en cuenta "los informes técnicos y jurídicos emitidos hasta la fecha, dando los mismos por incorporados al nuevo procedimiento". El contratista manifiesta su disconformidad con este aspecto y considera que le causa "indefensión". Sin embargo, este Consejo ya manifestó en su Dictamen Núm. 161/2015 -relativo al procedimiento caducado- la posibilidad de "conservación y expresa incorporación de los antecedentes y trámites (…) que puedan mantenerse por persistir -y así declararse- su vigencia fáctica y jurídica". Si bien el acuerdo por el que se declara la conservación de actos podría haber descendido a la enumeración e individualización de cada uno de los informes incorporados, consideramos que el mismo resulta conforme en lo sustancial con el principio de conservación de actos y en modo alguno genera indefensión al contratista, que se encuentra advertido de la incorporación al nuevo procedimiento de todos los informes emitidos en el anterior.

Por último, el formato electrónico en el que se nos remite el expediente pone de manifiesto contradicciones entre la fecha señalada gráficamente en algunos documentos y la de su firma electrónica, verificable al validar los respectivos códigos de identificación. Sería conveniente que esa Administración revisara sus procedimientos al objeto de hacer coincidir ambos datos. A tal efecto, se advierte que las fechas que se toman en consideración en este dictamen son las identificadas tras la validación de la codificación de cada documento.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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 en los artículos 223 y 237 del citado Texto Refundido, que, por lo que ahora interesa, dispone 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 determina que será causa de resolución el "incumplimiento de las estipulaciones del proyecto o de las instrucciones que, en interpretación técnica de este, 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 no ha sido ejecutada o montada de forma correcta ni con carácter definitivo. Así lo reconoce también la contratista cuando señala en sus alegaciones que ha solicitado a la Dirección Facultativa que le indique cómo ha de proceder. Por tanto, constituye un hecho no controvertido la existencia de discrepancias

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

entre el montaje realizado y las prescripciones establecidas en el proyecto sobre el modo en que se han de ejecutar los trabajos.

No obstante, la contratista niega que tales circunstancias le resulten imputables, pues lo achaca a un error del proyecto del que -afirma- se deduce que las ocho vigas curvadas que forman parte de la estructura son de igual tamaño. Así, señala que el apartado 10.9.3 del proyecto indica que la obtención de la "plantilla de curvado" se obtendrá "a partir de una de las piezas". Actuando en tal creencia, la contratista dio 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 indica- 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.

La empresa contratista explica que, ante la posterior orden de la Dirección Facultativa, procede de nuevo al aplomado de las columnas. Como consecuencia de ello, "al ejecutar el montaje se observa que la separación existente entre los distintos elementos no se puede corregir de ningún modo con los forros, cuñas y pletinas, tal y como se proponía como solución técnica en el proyecto". 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 con el precio ofertado.

Por su parte, los servicios técnicos informantes niegan haber autorizado el montaje desplomado de la estructura y sostienen que del procedimiento previsto en el apartado 10.9.3, así como de lo "reflejado en la unidad de obra 3.01 del proyecto, definida como `curvado en frío de vigas (…) según plantilla de curvatura extraída de elementos existentes desmontados en obra´, en ningún caso se puede deducir la suposición de que todas las vigas eran iguales, ni que solamente fuese necesario hacer una única plantilla". Sobre la

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

imposibilidad alegada por la contratista de cerrar el montaje con forros, cuñas y pletinas, exponen que el desajuste al que hace referencia la contrata se debe, precisamente, a que "se procedió al montaje de la estructura sin el empleo de las piezas complementarias (cuñas, pletinas, etc.) que prescribe el proyecto (…). En el detalle constructivo del proyecto (…) se indica que las dimensiones de las pletinas continuas en forma de cuña para el acople geométrico de la estructura `han de replantearse en obra´; operación que no se realizó, puesto que se montó la estructura sin la colocación de dichas piezas".

Es cierto, como indica el contratista, que el proyecto describe en su apartado 10.9.3 el procedimiento a seguir para la restauración y rehabilitación de las estructuras metálicas, especificando que deberá realizarse la "obtención de plantilla de curvado a partir de una de las piezas". Sin embargo, también lo es, como señalan los informes técnicos emitidos, que el mismo proyecto se refiere en la unidad de obra 3.01 a una plantilla de curvatura extraída de "elementos existentes desmontados en obra". En los mismos términos se expresa la unidad de obra 3.02, relativa al "arco rebajado de cubierta en acero", que aclara que "el suministro a obra será del material con la longitud requerida en obra". Igualmente, el proyecto se refiere en todo momento a la realización de replanteos que, según los informes técnicos, la empresa contratista no ha hecho. De ello se desprende que la interpretación del modo en que deban obtenerse las plantillas de los arcos metálicos y de la forma en que deba efectuarse su montaje no puede deducirse únicamente de lo dispuesto en un solo apartado del proyecto -como pretende el contratista-, sino que resulta necesaria una visión global del mismo, lo que, como indican los informes técnicos, pasa por la realización de unas mediciones y replanteos no ejecutados por el adjudicatario, y por la utilización de unos elementos accesorios a la colocación de las estructuras metálicas que tampoco fueron empleados por aquel.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Acreditado por tanto que el montaje de los elementos que conforman la estructura del quiosco no se ha llevado a cabo 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 le resulta inasumible 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.

Asimismo, no puede ignorarse que en la misma fecha en que el órgano de contratación acuerda el inicio del procedimiento de resolución contractual -9 de octubre de 2015- el Juzgado de lo Mercantil N.º 3 de Gijón dicta auto de declaración de concurso voluntario de la empresa contratista. A tal efecto, debemos recordar que el artículo 223.b) del TRLCSP prevé como causa de resolución del contrato la "declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento". No obstante, el artículo 224.2 del mismo cuerpo legal añade que la "declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato./ En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma".

La resolución que se insta se fundamenta únicamente en el incumplimiento culpable por parte del contratista. Este Consejo entiende correcta la posición adoptada por la Administración, que, por una parte, en la

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

fecha de adopción del acuerdo desconocía la situación concursal declarada -el auto correspondiente no se publica en el Boletín Oficial del Estado hasta el 4 de noviembre de 2015 y en el Boletín Oficial del Registro Mercantil hasta el 25 de ese mes, y tampoco consta que haya sido objeto de notificación al Ayuntamiento de Oviedo- y, por otra, no se encuentra ante una causa de resolución automática en tanto no se proceda a la apertura de la fase de liquidación. Desconocemos si en algún momento posterior a la recepción del expediente por este órgano se ha procedido a la apertura de la citada fase o si la misma se producirá con carácter anterior a la resolución del contrato. En el caso de que así fuera, 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 próximas en el momento de su manifestación, ya que el principio de buena fe impone 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 por parte del contratista se produce con anterioridad a la apertura de la fase de liquidación concursal, si esta se hubiera producido, por lo que la causa de resolución aplicable será la prevista en el artículo 223.h) del TRLCSP, en relación con la cláusula decimoséptima del pliego de las administrativas particulares.

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".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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, 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, 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 se encuentra cumplidamente justificada y explicada en el informe emitido por la Jefa de la Oficina de Contratación -en relación a otro evacuado por la Directora de la Asesoría Jurídica en fecha 7 de febrero de 2014-, por lo que este Consejo, como ya indicó en su Dictamen Núm. 161/2015, a pesar de la discrepancia mantenida en esta materia con la Administración consultante, no tiene nada que objetar.

Ahora bien, 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 -declarado en situación concursal- 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 atendidas las observaciones esenciales, y consideradas las demás contenidas en el cuerpo del presente dictamen,

procede la resolución, por incumplimiento culpable del contratista, del contrato de obras 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,

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.