

Expediente Núm. 240/2016
Dictamen Núm. 227/2016

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

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 13 de septiembre de 2016 -registrada de entrada el día 21 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de ampliación de cuatro unidades de primaria y aula complementaria en el Colegio Público Juan Rodríguez Muñiz, de las Campas.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la titular de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de 14 de octubre de 2014, se adjudica a la empresa el contrato de ampliación de cuatro unidades de primaria y aula complementaria en el Colegio Público Juan Rodríguez Muñiz, de las Campas, por un precio de 587.262,16 euros -IVA incluido-, con un plazo de ejecución de seis (6) meses.

Con fecha 23 de octubre de 2014 se formaliza el contrato en documento administrativo, en cuya cláusula quinta se establece que "para responder de los compromisos adquiridos por el adjudicatario en relación con el presente contrato se ha recibido documento de depósito de garantía definitiva, por importe de 24.267,03 €".

El mismo día de la formalización del contrato se procede a la comprobación del replanteo. En el acta correspondiente se pone de manifiesto que el proyecto es "no viable" por "no estar aprobado el Plan de seguridad y salud".

Con fecha 28 de noviembre de 2014 se levanta el acta de comprobación del replanteo, que suscriben sin reserva alguna, una vez comprobado que la ejecución del proyecto es "viable", el Director de Ejecución de la Obra, el Director de la Obra y representante de la Administración y el representante del contratista.

2. Obra incorporada al expediente, entre otra documentación, el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato. Su cláusula 18 prescribe que "serán causas de resolución del contrato, además de las previstas en los artículos 223 y 237 del TRLCSP, las siguientes: / 1ª. La desobediencia o inobservancia de las órdenes de la Dirección Facultativa./ Para que la desobediencia o inobservancia constituyan causa de resolución, las órdenes deben expresarse por escrito, a través del libro de órdenes o de cualquier otro medio que permita dejar constancia del contenido de la orden./ Bastará un solo acto de desobediencia o inobservancia cuando la conducta de la empresa o su personal sea intencionada; se apreciará intencionalidad cuando tras una inobservancia por negligencia no se dé cumplimiento a la orden en el menor plazo posible desde que se produzca el correspondiente requerimiento por parte de la Dirección Facultativa./ Cuando la conducta de la empresa o de su personal no sea intencionada, sino negligente, la desobediencia o inobservancia deberán ser reiteradas. En este supuesto, la causa de resolución concurrirá

aunque la empresa haya dado cumplimiento a las órdenes tras los correspondientes requerimientos. Se apreciará reiteración cuando la Dirección Facultativa haya reiterado por escrito órdenes inicialmente observadas en, al menos, tres ocasiones durante el periodo de 6 meses./ 2ª. La suspensión de la ejecución de las obras sin autorización expresa./ Se considerará causa de resolución la suspensión de la ejecución de las obras por parte del contratista sin autorización expresa de la Administración, salvo que obedeciera a una orden de la Dirección Facultativa que tuviera como finalidad evitar daños a las personas, a la propia obra o a otros bienes, o a una orden de la autoridad administrativa o judicial competente”.

3. Mediante Resolución del órgano de contratación de 19 de marzo de 2015 se acuerda la suspensión temporal parcial de las obras y se autoriza, a propuesta del Arquitecto Director de las Obras, la redacción de un proyecto modificado cuya necesidad se justifica señalando que “se propone modificar parte de la cubierta prevista con el fin de agilizar su montaje e impedir que las inclemencias meteorológicas afecten a las aulas que se encuentran debajo de la misma, produciéndose entradas de agua por los huecos de instalaciones actualmente existentes y a través del forjado, y ello a pesar de haberse previsto independientemente de esta obra el realojo temporal de parte de las aulas, para facilitar los trabajos del presente contrato./ Parte de la obra ha resultado accesible únicamente una vez efectuados los primeros trabajos de demolición, por lo que una vez realizados estos se han observado una serie de incidencias que afectan al desarrollo de los trabajos y que eran imprevisibles hasta ese momento. Entre ellos, la flecha alcanzada en los forjados una vez retirada la cubierta actual y que precisa ser medida de forma detallada para confirmar los datos y previsiones del proyecto. Igualmente, en cuanto a la flecha, se hace necesario regularizar la superficie superior de los forjados con un sistema poco pesado y acorde con la previsión de colocación de suelo radiante, lo que implica buscar un sistema menos pesado del previsto y que permita la adecuada

colocación y asentamiento de las placas de poliestireno del sistema del suelo radiante previsto./ En cuanto a los refuerzos a disponer en la estructura, una vez hechos los huecos pertinentes en tabiques e incluso fachada se observa que la estructura no se corresponde fielmente con lo esperado, ya que algún pilar fue sustituido por vigas de canto (imposible de conocer este extremo hasta haber realizado los primeros trabajos de refuerzo), con lo que hay que realizar nuevos ajustes en la estructura, tanto en disposición como en dimensiones./ Las instalaciones actuales de electricidad del centro se han localizado tapadas por la cubierta (aquellas que corresponden a la planta primera del edificio actual), lo que se ha visto una vez demolida una parte de esta. Dicha disposición de la instalación eléctrica no es posible mantenerla, por constituir un incumplimiento de lo previsto en el Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión (REBT), estando obligados a modificar todo su trazado por la cubierta a fin de realizarlo *ex novo* por la planta inferior, anulando esta parte de la instalación actual y cumpliendo el REBT./ El sistema de calefacción empleado actualmente tiene elementos en la zona no accesible hasta ahora de la cubierta, lo que va a implicar actuaciones provisionales en dicho sistema./ Adicionalmente se ha detectado la necesidad de resolver pequeños ajustes en el proyecto derivados del conocimiento exacto de las instalaciones actuales y de los espesores y características de las fachadas que no representan un cambio significativo, pero que ya se dejarían reflejadas". La modificación supone un incremento del precio del contrato en un 8,50% y una ampliación del plazo de ejecución de un mes y medio.

4. El día 8 de junio de 2015, el titular de la Consejería dicta Resolución por la que se aprueba, previo informe favorable del Servicio de Supervisión e Inspección, el proyecto técnico modificado, al que presta su conformidad el contratista con la misma fecha.

5. Con fecha 30 de julio de 2015, el titular de la Consejería acuerda la suspensión temporal total de la obra, dado que, según informa la Arquitecta encargada de la asistencia técnica a la Dirección de las Obras, no es posible proseguir con la ejecución de los trabajos hasta que el modificado sea aprobado, extendiéndose la correspondiente acta de suspensión con fecha 3 de agosto de 2015.

6. Mediante Resolución de 6 de agosto de 2015 el órgano de contratación autoriza el inicio del expediente de modificación contractual, y el día 10 del mismo mes la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora formula propuesta de aprobación del expediente modificado, que se remite al Servicio Jurídico del Principado de Asturias para informe.

7. Con fecha 30 de septiembre de 2015, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa desfavorablemente la propuesta de aprobación del expediente modificado, razonando que las necesidades de “acelerar el montaje del tejado e impedir que las condiciones meteorológicas afecten a las aulas que están bajo el mismo” y de “encontrar un sistema menos pesado del indicado en el proyecto para la colocación adecuada y asentamiento de las placas de poliestireno del sistema de suelo radiante” no tienen “encaje en ninguno de los casos del artículo 107.1, pues no responden -ya que no se dice así en la petición de autorización del Director de las Obras de 16 de marzo de 2015- ni a errores ni a omisiones en la redacción del proyecto, ni tampoco pueden ser ‘inadecuaciones del proyecto’ debidas a circunstancias que no pudieran verse en principio ‘aplicando la diligencia debida’”.

Por el contrario, afirma que las derivadas de la necesidad de “medir la flecha aparecida en los suelos”, de “hacer ajustes en la estructura”, de “ajustar la instalación eléctrica al Reglamento electrotécnico de baja tensión” y de “actuar sobre el sistema de calefacción” sí pueden considerarse como “una ‘omisión’ del artículo 107.1.a); omisión que se justifica en el hecho de que sus

causas solo se detectaron una vez que se iniciaron las obras, tal y como se indica en la petición de autorización para la redacción del proyecto modificado (...). Desde luego, ninguna de las circunstancias mencionadas en la consideración de derecho anterior, y ello en oposición a lo que dice la propuesta de resolución (que no consta que esté hecha por la unidad administrativa que según el Decreto de estructura orgánica de esta Consejería tiene a su cargo la tramitación de los expedientes de contratación), puede tener encaje en el artículo 107.1.b)“.

Por último, significa que las aseveraciones contenidas en la propuesta de resolución objeto de informe en las que se rechaza que la modificación altere las condiciones esenciales del contrato “no tienen apoyo técnico alguno en el expediente. La petición del Director de las Obras no incluye ningún análisis sobre si se dan o no las circunstancias de los puntos 2 y 3 del artículo 107”.

8. El día 15 de diciembre de 2015, el órgano de contratación, a propuesta del Servicio de Centros de la Consejería instructora, y teniendo en cuenta el sentido desfavorable del informe del Servicio Jurídico, dicta Resolución por la que se acuerda desistir de la tramitación del expediente modificado, lo que se comunica a la empresa adjudicataria el día 5 del mes siguiente.

9. Con fecha 25 de enero de 2016 se extiende el acta de reanudación de los trabajos, en el entendimiento de que han “desaparecido los motivos que originaron la suspensión” acordada con fecha 19 de marzo de 2015. Firman el acta el Director de Ejecución de la Obra, el Director de la Obra y el representante de la contratista, quien manifiesta su disconformidad al considerar que “no han desaparecido los motivos que originaron la suspensión (...). De acuerdo al artículo 220 LCSP, se ha de levantar acta en el que se consignen las circunstancias que han motivado la suspensión y la situación de hecho en la ejecución de aquel. No se ha realizado./ De acuerdo al art 220

TLCSP, el contratista tendrá derecho al abono de los daños y perjuicios sufridos por este por la suspensión. No se ha producido”.

10. El día 28 de enero de 2016, un representante de la Consejería y la Arquitecta a quien corresponde la asistencia técnica a la Dirección Facultativa extienden un acta de visita a la obra en la que ponen de manifiesto que “no se han reanudado los trabajos”.

11. Con fecha 10 de febrero de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante del contratista explica que cuando se redacta el Plan de seguridad se detecta que el Estudio básico de seguridad y salud del proyecto “no refleja la realidad de las obras a ejecutar, ni las interferencias con la actividad docente del centro escolar, así como tampoco tenía en cuenta las medidas de seguridad específicas a adoptar para el desarrollo de los trabajos tanto en el interior de las aulas existentes como en las cubiertas del centro, las afecciones al Plan de emergencia y evacuación propio del colegio”, y que para “corregir estas deficiencias se redactó un nuevo Plan de seguridad acorde con la realidad de las obras y que reflejaba las unidades reales a ejecutar y las medidas preventivas a adoptar: / Sectorización de las zonas de trabajo, evitando el contacto entre alumnos y obras./ Prolongación de salida de emergencia del centro mediante un itinerario protegido./ Instalación de accesos independientes a los del alumnado./ Colocación de barandillas específicas con protección contra proyecciones en zonas en las que el proyecto no contemplaba afección alguna./ Instalación de andamios con redes de protección como solución de mayor seguridad en las zonas específicas de trabajo, y como solución más adecuada para la posterior ejecución de las obras en condiciones seguras para los usuarios del centro./ Instalación de puertas con avisadores acústicos (...). Una vez incluidas todas estas cuestiones en el Plan de seguridad (...) se obtiene la aprobación del mismo con fecha 27 de noviembre de 2014 (...). Todos estos

trabajos no contemplados son valorados económicamente, y con estimación de los plazos correspondientes, para confeccionar precios nuevos”.

Estima que el desistimiento del modificado “supone, a efectos prácticos, volver al proyecto inicial, con las medidas iniciales, y con el Plan de seguridad y salud anterior (...), poniendo en grave riesgo la seguridad y salud de los trabajadores, así como de los alumnos y el personal del centro educativo donde se realiza la obra”.

Por otra parte, considera que “es palmario” que no procede la modificación del contrato al alterar esta las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación al amparo de lo señalado en el artículo 107.3, letra d), del TRLCSP, pues “el importe de la obra, según consta en la adjudicación, es de 587.262,17 € (IVA inc.), mientras que a fecha de hoy (partidas con IVA inc.):/ Los precios (...) contradictorios firmados en acta y ejecutados ascienden a 77.541,87 €./ Los precios contradictorios no incluidos en el acta, pero sí incluidos en la propuesta de modificado y ya ejecutados por condicionantes de obra ascienden a 51.623,79 €./ Los materiales acopiados en obra y almacenes (y no certificados) (carpinterías metálicas, luminarias, recuperador de calor) ascienden a 44.059,71 €./ Así las cosas, el importe de la obra acumulada no certificada asciende a 173.225,37 €; importe que, a mayores, se ve incrementado diariamente en 183,92 €, dado que se encuentran desplegados en obra medios alquilados por plazo de seis meses, y ese es el precio fijado por día adicional (13.058,62 € a día de hoy, incrementándose en otros 6.253,28 € para la nueva fecha de terminación impuesta por la Administración)./ Esto hace que el importe pendiente de certificar a la fecha ascienda a 192.537,27 €, excluyendo de esta cifra daños y perjuicios y lucro cesante para el contratista, pendientes de valoración”.

Por ello, solicita que se resuelva el contrato, que se le abonen “todas las unidades de obra efectivamente ejecutadas”, más los daños y perjuicios causados por la paralización de la obra y las cantidades que “en concepto de lucro cesante se cuantifiquen una vez se dé lo anterior”. Asimismo pide que,

“como medida cautelar de carácter urgente, se mantenga la suspensión de la obra”.

12. Con fecha 3 de marzo de 2016, el Director de Obra, el Director de Ejecución y la Arquitecta encargada de la asistencia técnica a la Dirección de Obra suscriben una nueva acta de visita a la obra en la que “se constata que sigue sin haber obra en curso, no se han reanudado los trabajos”.

13. El día 9 de marzo de 2016, el Arquitecto Técnico encargado de la Coordinación de Seguridad y Salud de la obra suscribe un informe en el que concluye que “las medidas de seguridad y salud dispuestas a fecha 3 de marzo de 2016 son las adecuadas al estado actual de la obra”, y que, “salvo vicios ocultos, no existen motivos suficientes relacionados con la seguridad y salud que impidan el normal desarrollo de los trabajos según lo previsto en el plan de seguridad vigente de fecha 25 de noviembre de 2014, elaborado por el contratista”.

14. Mediante Resolución del titular de la Consejería de 14 de marzo de 2016 se dispone la remisión del expediente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que está conociendo del recurso presentado por la adjudicataria contra la Resolución de 15 de diciembre de 2015, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se desiste del procedimiento de modificación del contrato.

15. Con fecha 6 de abril de 2016, el Arquitecto Técnico encargado de la Coordinación de Seguridad y Salud de la obra suscribe un nuevo informe en el que analiza las afirmaciones del adjudicatario en el escrito presentado el día 10 de febrero de 2016. En él señala que “el acta de replanteo de fecha 24 de noviembre de 2014 es negativa porque el Plan de seguridad presenta deficiencias -recogidas en escritos enviados a (la contratista) por este

Coordinador de Seguridad y Salud con fechas 19, 21 y 25 de noviembre-, y por ello no recoge los requisitos mínimos para ser aprobado (...). No existen particularidades de suficiente peso argumental como para asegurar que el Estudio de seguridad y salud (...) carece de validez, siendo el estudio un documento inicial que siempre debe ser desarrollado por el contratista./ De hecho, el mayor cambio del Estudio de seguridad y salud realizado por el Plan de seguridad y salud (...) reside en la sustitución de la grúa torre por un montacargas para adaptar el estudio de seguridad a las particularidades productivas de la empresa contratista para esta obra, junto con la ampliación del recinto de la obra al ocupar el aparcamiento posterior del colegio (...). El retraso en la aprobación del Plan de seguridad responde a las deficiencias generalizadas del mismo, explicadas en escritos de correcciones enviados a la contrata y expuestas anteriormente; en ningún caso relacionadas con circunstancias especiales ni imprevistas (...). En ningún caso se redacta Plan de seguridad nuevo, sino que se van corrigiendo las deficiencias encontradas y se refleja la situación real de la obra a ejecutar; hecho este común a todas las obras de construcción que requieren plan de seguridad. Todos los puntos que se exponen como novedosos ya estaban contemplados y eran conocidos al inicio de la elaboración del Plan de seguridad como hechos a tener en cuenta./ Exclusivamente se produce con posterioridad a la aprobación del Plan de seguridad, por Resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte de 22 de mayo de 2015, y previo informe del Coordinador de Seguridad y Salud, la aprobación del anexo I al Plan de seguridad y salud de las mencionadas obras; anexo denominado Instalación de aparatos elevadores (...). La valoración económica de las unidades contempladas en el Plan de seguridad se debaten en las fechas posteriores, habiendo discrepancias respecto a alguno de los puntos. A juicio del Coordinador de Seguridad y Salud, todas estas unidades están contempladas dentro de los distintos documentos que conforman el proyecto de ejecución de la obra y su Estudio de seguridad y salud, o bien asimilables dentro de las unidades que lo componen, siendo las pequeñas

modificaciones aprobadas a conveniencia del método productivo de la contrata. En ningún caso se adoptan medidas que no pudieran realizarse a partir de las unidades previstas./ Es cierto que alguna de las medidas recogida en el Plan, y previamente en el Estudio de seguridad, carecen de asignación presupuestaria dentro del proyecto, como los andamiajes perimetrales y las instalaciones sanitarias y de higiene de los trabajadores, pero no se puede decir que no estuvieran previstas, ya que están incluidas dentro de los documentos que componen el proyecto, p. ej. los planos del estudio”.

Concluye que “no cabe volver a un Plan de seguridad anterior, ya que solo existe uno, el inicial, al que responde la completa ejecución de las obras. La única modificación del Plan responde al anexo I al Plan de seguridad, correspondiente a los trabajos específicos del instalador del ascensor, tal y como se ha indicado anteriormente”.

16. El día 14 de abril de 2016, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante de la contratista solicita “instrucciones precisas sobre cómo proceder con la obra principal, toda vez que, una vez realizadas las unidades del modificado por todos conocidas, se deben constatar las mismas (...), abonarlas y proceder a su demolición, que también será de abono./ Estas unidades han sido ejecutadas por el interés público, y poder mantener el ‘normal’ funcionamiento del centro, pero al desistirse de la tramitación del modificado no solo no tienen cabida en el proyecto principal sino que impiden su desarrollo, no siendo tampoco posible continuar con dicho proyecto principal, aun procediendo a su demolición, por lo que la obra perdería su finalidad, al no resultar posible a estas alturas de la misma, y de acuerdo con lo expresado, que pueda llegar a cumplir su finalidad sin implementar nuevas actuaciones (como las que se incluían en el modificado desistido) (...). Instrucciones precisas sobre cómo proceder con los elementos de seguridad adicional exigidos, constatándose su existencia a la fecha para proceder a su abono de acuerdo a los precios firmados, y proceder a su retirada

inmediata acto seguido, ya que no constan en el proyecto inicial y fueron implementadas, como se ha dicho, en el modificado de cuya tramitación ha desistido esa Administración (...). Tal y como indica la resolución de suspensión total, y es de justo derecho reclamar, solicitamos se cuantifique y abone todo el material acopiado, constatado por ambas partes, y cuyo acopio fue realizado previamente a la suspensión total de las obras (...). Reiterar lo solicitado a la firma en disconformidad del acta de reanudación y en nuestro escrito de fecha 9 de febrero de los presentes, en el que se solicita (además de la resolución del contrato) el resarcimiento de los daños y perjuicios causados de acuerdo con lo establecido en el artículo 220.2 LCSP (...). Reiterar, asimismo nuestra solicitud (...) de que, en cualquier caso, y como medida cautelar de carácter urgente, se mantenga la suspensión de la obra”.

17. Mediante Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 4 de mayo de 2016, se desestima el recurso de reposición interpuesto por la contratista frente al Auto de la misma Sala de 29 de marzo de 2016, por el que se denegaba la medida cautelar de suspensión de la Resolución de la Consejería de 15 de diciembre de 2015.

18. El día 18 de mayo de 2016, el Director de la Obra suscribe un informe en el que, en respuesta al escrito presentado por el contratista el 14 de abril de 2016, afirma que “no existen hasta la fecha precios contradictorios aprobados por el órgano de contratación, si bien dichos precios fueron incluidos en el modificado de proyecto básico y de ejecución (...). Que si la empresa ha ejecutado partidas que entiende comprendidas en dichos precios contradictorios lo ha sido bajo su estricta responsabilidad y conveniencia, dado que no existe orden expresa de realización de las mismas, recordando lo que indica la cláusula 17 del (pliego de cláusulas administrativas particulares) que dice: `En ningún caso el contratista podrá realizar modificaciones en la obra que no

estuvieran previamente autorizadas por el órgano de contratación, aunque fueran consentidas, autorizadas u ordenadas por la Dirección Facultativa; el incumplimiento de esta prohibición dará lugar a la responsabilidad del contratista./ Por ello se entiende que cualquier importe relativo a la obra, de iniciarse proceso de rescisión de la misma, habrá de ser convenientemente analizado y valorado bajo la perspectiva de que consta a la Dirección de Obra que se realizaron trabajos con posterioridad al acta de suspensión temporal total de las obras y que se produjo un acopio de materiales en obra también posterior a la misma fecha, los cuales, de ser adecuados a las prescripciones previstas en el proyecto, habrán de ser analizados en cuanto a su correcta y válida ejecución o calidad antes de proceder, si procede, su abono al contratista”.

Entiende que existen motivos para resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista, pues “se ha producido una desobediencia a la orden de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras efectuada con fecha 25 de enero de 2016, en cumplimiento de la Resolución del Consejero de Educación y Cultura de 15 de diciembre de 2015, al constatarse en sucesivas visitas (...) que persisten en la actualidad, según consta a quien suscribe tras visita realizada el 5 de abril de 2016, que existe una suspensión de la ejecución de las obras por parte del contratista sin autorización expresa de la Administración”, por lo que propone el inicio del procedimiento de resolución contractual.

Respecto a la reclamación económica del contratista, adjunta al informe una propuesta de liquidación del contrato “en función de lo realmente ejecutado y acopiado hasta la fecha, con la salvedad de que procedería la reclamación a la empresa de todo aquello que pueda representar vicios ocultos de lo realizado (...). El importe resultante de dicha propuesta supondría el abono a la contratista de la cantidad de 35.845,83 euros (IVA incluido), tras aplicar la baja correspondiente al contrato vigente”.

19. El día 2 de junio de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante de la contratista afirma que “la continuación de las obras en base al proyecto original no es viable, toda vez que han aparecido elementos *a posteriori* que impiden su realización, por lo que esta parte firmó el acta correspondiente en disconformidad”, y que además “existen elementos de seguridad no previstos en el proyecto original, e incorporados en el modificado, de tal manera que continuar la obra en los términos que el primero nos impone supone su retirada, lo que a su vez implicaría la paralización de los trabajos por no cumplir con las medidas de seguridad establecidas”.

Tras reprochar a la Administración que no haya resuelto la solicitud de resolución contractual formulada por su parte ni haya facilitado instrucción alguna relativa a cómo proceder con la ejecución de la obra, manifiesta que se ha “constatado la necesidad de obtener instrucciones de la Dirección de Obra en relación con unidades ejecutadas de modificado no aprobado, o precios contradictorios acordados, firmados y ejecutados” que detalla. Asimismo, destaca que “hay excesos de medición con respecto a proyecto que deberían concretarse, lo que solicitamos se realice a la mayor brevedad”.

20. Mediante Resolución del Consejero de Educación y Cultura de 8 de junio de 2016, se inicia el procedimiento de resolución del contrato “por la causa contemplada en la cláusula 18.1 del (pliego de cláusulas administrativas particulares), esto es, la suspensión de la ejecución de las obras sin autorización de la Administración”.

En los fundamentos de derecho de la resolución se indica que “el presente expediente resolutorio se inicia a solicitud del contratista en su escrito con entrada en el registro del 10 de febrero de 2016, por lo que no es aplicable la caducidad prevista en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

Respecto a la causa resolutoria que motiva la incoación del expediente, se señala que, “de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (...), en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico./ Según lo indicado, la primera causa en el tiempo es la relativa al abandono de la obra (...). Es por ello que debe apreciarse conforme a derecho el análisis de la causa de resolución del contrato por razón de la suspensión de la ejecución de la obra por parte del contratista sin autorización de la Administración, toda vez que esta suspensión coincide en el tiempo con la desobediencia o inobservancia de las órdenes de la Dirección Facultativa, recogida en el acta de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras (...). En el presente supuesto, cuando la empresa contratista se dirige a la Administración contratante en fecha 10 de febrero de 2016 para comunicar la resolución del contrato, ya constaba que se había producido un abandono de las obras, circunstancia que determina que dicha situación sea la relevante a los efectos de operar como causa legal de resolución”.

Igualmente, se razona que el incumplimiento del contratista es “sustancial en la medida en que los trabajos realizados por importe de 402.815,26 € constituyen una parte (68,59%) de los 587.262,16 € en los que fue adjudicado en su día el contrato, por lo que las obras se encuentran inacabadas. Con la certificación ordinaria de obra (...) correspondiente al mes de julio de 2015 y el acta de reanudación (...) de fecha 25 de enero de 2016 se constata por la Dirección Facultativa de la Obra (que) el importe de los trabajos pendientes de certificar ascendía a 184.446,90 € (IVA incluido) y restaba por ejecutarse en torno al 31,41% € de la obra proyectada. Tal incumplimiento, evidentemente, afecta a la pretensión principal del contrato en forma de inobservancia esencial”.

Por lo que se refiere al análisis de la petición de resolución contractual formulada por el contratista, la Resolución se remite al contenido de los

informes del Director de Obra de 18 de mayo de 2016 y del Coordinador de Seguridad y Salud de 6 de abril de 2016, reproduciendo el contenido de este último.

Sobre la solicitud de abono de ciertas partidas, se afirma que “no cabe pronunciamiento alguno en este procedimiento, pues no guardan relación ni traen causa de la resolución contractual pretendida; amén que requerirá de prueba efectiva y documentación suficiente acreditativa a fin de demostrar la efectividad de los abonos que la empresa dice haber asumido y cuyo resarcimiento pretende”.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, dado que la causa que se esgrime para iniciar el procedimiento resolutorio integra un incumplimiento culpable del contratista, se invoca la obligación de este de indemnizar cuantos daños y perjuicios se deriven de la resolución del contrato y se señala, en relación con su cuantificación, que ante “la imposibilidad de conocer con carácter previo a la resolución del contrato el importe de determinados conceptos constitutivos de daños y perjuicios que el incumplimiento del contratista ha acarreado para la Administración, como el incremento de coste que supondrá (...) tener que realizar una nueva contratación, entre otros, conlleva que la garantía definitiva prestada por el contratista deba retenerse con carácter cautelar hasta que sea posible concretar tal cuantía”.

Respecto a la liquidación, se expresa que “deberá (...) efectuarse al tiempo de resolver el contrato (...), y por ello consta en el expediente una propuesta suscrita por la Dirección de Obra a propósito de la liquidación del contrato que arroja un saldo a favor del contratista por un importe de 35.845,83 € (IVA incluido); propuesta que se traslada al contratista para que manifieste su conformidad o (...) los reparos oportunos”.

De la citada resolución se da traslado a la contratista y a la avalista, concediéndoles un plazo de diez días para que formulen “las alegaciones que

estimen pertinentes en orden a la conformidad o desacuerdo con la resolución y los efectos de esta, así como con la propuesta de liquidación”.

21. Con fecha 27 de junio de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante del contratista manifiesta su disconformidad frente a la resolución pretendida. Afirma que “se dan las circunstancias objetivas para entrar a realizar modificaciones sustanciales en la obra (de hecho es imposible continuar la misma sin implementarlas), ya sea mediante el modificado del que finalmente se desiste, ya sea mediante la resolución del contrato, sacando el mismo nuevamente a concurso (por superar el 10% el sobreprecio) o mediante cualquier otro mecanismo”. Añade que “lo que dice el informe del Servicio Jurídico (...), único fundamento utilizado por esa Administración para desistir de un modificado ya tramitado prácticamente en su totalidad, es:/ Que esa Administración no ha seguido el procedimiento formal en la manera exigida por la ley para tramitar el modificado./ Que esa Administración no ha razonado en la petición la concurrencia de los motivos legales./ Que el acto no ha sido dictado por el órgano competente”. Considera que “todo lo anterior es subsanable en derecho siguiendo los cauces legalmente establecidos, pero, sin embargo, la Administración, ignorando las circunstancias objetivas, dicta resolución (se trata de una resolución de contenido imposible) en la que se levanta la suspensión como si fuera posible continuar las obras, lo que (...) es imposible a raíz de las nuevas circunstancias solo constatadas una vez avanzados los trabajos”. Considera que “la propia actuación administrativa en todo momento acredita la imposibilidad de continuar la obra en los términos inicialmente previstos”, pues así resulta -a su juicio- del informe librado el 15 de julio de 2015 por la asistencia técnica a la Dirección de las Obras y de la resolución de suspensión y del acta correspondiente; documentos todos ellos en los que se señala que los trabajos “no se pueden proseguir (...) hasta que el modificado sea aprobado”.

Reprocha a la Administración que “en ningún momento se ha pronunciado sobre las solicitudes de instrucciones indicadas, guardando absoluto silencio, del mismo modo que la Dirección de Obra no ha emitido ninguna orden”, ni ha realizado “requerimiento alguno al contratista con el fin de continuar la obra (de hecho tiene en su poder las llaves de la misma, que solicitó a la firma del acta de reanudación y que aún no ha devuelto), por lo que solo cabe achacar una interpretación absolutamente interesada por parte de esa Administración de las causas por las que invoca la resolución del contrato”.

Respecto a las actas de visita a la obra de fechas 28 de enero y 3 de marzo de 2016, indica que “se han realizado omitiendo las más básicas garantías para el contratista, al que ni tan siquiera se ha convocado a las mismas”, y que “los firmantes” de aquellas “carecen de la condición necesaria para levantar cualquier tipo de acta, ni para dar fe de circunstancia alguna, existiendo medios en derecho para ello a disposición de esa Administración que no han sido utilizados”, por lo que concluye que “son nulas de pleno derecho, careciendo de valor probatorio, al haberse realizado omitiendo las más básicas garantías para el contratista, que, por otro lado, jamás ha abandonado la obra”.

Finalmente, expresa su disconformidad tanto con la retención de la garantía como con la liquidación propuesta por la Administración, y anuncia, respecto de esta última, la próxima aportación de un “informe pericial sobre el particular”.

22. El día 2 de julio de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito al que el representante de la contratista adjunta un “cuadro de liquidación basado en la pericial solicitada por el contratista a los efectos de completar sus alegaciones de 27 de junio de 2016, donde se refleja y desglosa un importe de liquidación provisional del contrato de 295.401,65 €; cantidad esta que podrá sufrir modificaciones en virtud de las partidas que se devenguen hasta la, en su caso, definitiva resolución”.

23. Con fecha 12 de julio de 2016, la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería instructora eleva propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato por causa de incumplimiento culpable del contratista. En ella se parte de considerar que “ambas partes, la Administración y el propio contratista, instan la resolución del contrato, si bien la discrepancia surge en la determinación de las causas de resolución (...), así como a quién resulta imputable el incumplimiento contractual”.

Se expresa, “respecto a las consideraciones que hace el contratista en su escrito de alegaciones sobre el proyecto inicial de obra y su viabilidad, y en particular sobre la aparición de causas nuevas o necesidades técnicas imprevistas que determinan la necesidad de proceder a la modificación del contrato de obras”, que “no cabe pronunciamiento alguno, pues (...) lo contrario sería entrar a prejuzgar la cuestión de fondo de un asunto autónomo y de distintas consecuencias al presente procedimiento de resolución contractual, como es el del desistimiento en la tramitación del modificado y levantamiento de la suspensión de la obra que está siendo objeto de un procedimiento judicial (...) ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Se trata de un recurso contencioso-administrativo diferente cuyo resultado responderá a la dinámica procesal, particularmente a la probatoria, vertida en aquel proceso y sin que pueda resultar extensible al ámbito del procedimiento para la extinción del contrato que nos ocupa./ Por tanto, tampoco cabe la suspensión que solicita el contratista del presente procedimiento de resolución contractual, pues de prosperar su pretensión en el citado recurso contencioso-administrativo esa hipotética sentencia favorable le restablecería en esos derechos que cree lesionados; el acto de desistimiento en la tramitación del modificado quedaría sin efecto y los daños y perjuicios, en su caso, siempre serían indemnizables”.

En cuanto a la pasividad de la Administración denunciada por el contratista, se indica que lo que ha existido, por contra, ha sido una

“desobediencia del contratista a la orden de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras (...). A mayores, es el propio contratista, en sus reiterados escritos quien solicita la rescisión del contrato, y tampoco expresa su voluntad de reiniciarlas o las circunstancias que se lo impidan, más allá, a su juicio, de la necesidad de tramitar un modificado”.

Frente a las afirmaciones formuladas por el contratista sobre la falta de constatación en forma legal del abandono de la obra, señala que este “se desprende de las sucesivas y documentadas visitas a la obra, de las que también se hace eco el informe-propuesta de resolución del contrato emitido por el Director de Obra de 18 de mayo de 2016, siendo la última visita realizada, como se dice en el mismo, el 5 de abril de 2016”. Es más, subraya que la negación por su parte de la paralización de los trabajos no ha sido respaldada por prueba alguna, siendo irrelevante que la Administración no haya avisado al contratista con carácter previo de que las visitas iban a realizarse, pues de haber estado trabajando en el momento de realizarlas el personal de la empresa podría haber recibido a los técnicos intervinientes.

Se afirma que las partidas reclamadas por el contratista “sin perjuicio de la liquidación de la obra, deberán analizarse una vez resuelto el contrato, sin que afecte a las competencias propias del órgano de contratación”.

Finalmente, en cuanto a la liquidación del contrato, se expresa que “deberá (...) efectuarse al tiempo de resolver el contrato (artículo 239.1 del TRLCSP y 172.3 del RGLCAP)”, aunque en “nada afecta a la cuestión principal de la concurrencia de causa de resolución del contrato que está sustanciándose”.

De acuerdo con lo indicado, se propone “resolver el contrato (...) por la causa contemplada en la cláusula 18.1 del (pliego de cláusulas administrativas particulares), esto es, la suspensión de la ejecución de las obras sin autorización de la Administración” y “retener cautelarmente la garantía definitiva constituida (...) por un importe de 24.267,03 euros hasta que sea posible cuantificar el alcance definitivo de daños y perjuicios ocasionados a la

Administración derivados de la resolución del contrato, mediante un procedimiento contradictorio de liquidación de daños y perjuicios que se instruirá a continuación a tal fin”.

24. Mediante oficio de 26 de julio de 2016, la Jefa del Servicio Jurídico del Principado de Asturias remite a la Secretaría General Técnica de la Consejería instructora el informe librado el día anterior por una Letrada de dicho Servicio en el que se concluye que “concorre la causa de resolución del contrato a que se refiere la propuesta de resolución”, y que “no se emite informe en lo relativo a los efectos de la resolución”.

25. En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de septiembre de 2016, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de ampliación de cuatro unidades de primaria y aula complementaria en el Colegio Público Juan Rodríguez Muñiz, de las Campas, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

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

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

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

En el caso ahora examinado existe oposición del contratista, pero no a la resolución del contrato, sino a las causas y consecuencias de la misma, lo que constituye el verdadero objeto de discrepancia. Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no 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.

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 -14 de octubre de 2014-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 del TRLCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar

los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”.

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

La instrucción de los procedimientos de resolución contractual se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 211 y en 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; informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria, y dictamen “del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados. Ahora bien, hemos de advertir sobre la aparente contradicción que encierra la resolución de inicio del procedimiento resolutorio, en la que se señala que tal incoación se produce “a solicitud del contratista en su escrito con entrada en el registro del 10 de febrero de 2016” y, no obstante, no se identifica como causa resolutoria la aducida por el adjudicatario, sino la de suspensión de la ejecución de las obras sin autorización de la Administración. Para superar tal incongruencia podría pensarse que el citado acto está dando cobertura -aun cuando no lo señale expresamente- a la tramitación acumulada, en aras del principio de eficacia, de

dos procedimientos resolutorios entre los que existe íntima conexión: el iniciado mediante la solicitud presentada por el contratista con fecha 10 de febrero de 2016 y otro que se incoa de oficio una vez constatada la suspensión de los trabajos el día 8 de junio del mismo año. Ahora bien, si esta hubiera sido la voluntad de la Consejería actuante la propuesta de resolución que analizamos contendría en buena lógica el pronunciamiento correspondiente a las pretensiones deducidas en los procedimientos acumulados; sin embargo, no es así, pues la Administración pretende concluir el procedimiento que dice haber iniciado a solicitud del interesado sin decidir sobre su objeto, esto es, sin pronunciarse acerca de si concurre o no la causa resolutoria invocada por el adjudicatario, aduciendo además para ello un motivo -la pendencia del procedimiento judicial entablado frente a la resolución de desistimiento del modificado- que no puede amparar legítimamente el silencio administrativo. Según el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), que resulta aplicable al procedimiento sometido a nuestra consideración de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, "La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación"; y no puede entenderse que la existencia de un proceso contencioso-administrativo en curso contra actos conexos, o incluso frente al acto presunto finalizador del mismo procedimiento, suspenda tal obligación, pues de lo contrario carecerían de sentido las previsiones contenidas en el artículo 36 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Pero la Administración no solo ha de resolver expresamente sobre la pretensión deducida por el adjudicatario para atender a la citada obligación legal. El análisis de la pretensión del contratista -que conlleva determinar si la prestación puede ejecutarse en la forma inicialmente convenida una vez que se

ha apreciado la inviabilidad de la modificación propuesta motivadamente en su día por el Arquitecto Director de las Obras- constituye un *prius* respecto del resto de cuestiones que plantea el asunto de referencia, pues si el contrato que no puede ser modificado tampoco pudiera ejecutarse en los términos pactados entraría en juego la causa de resolución del artículo 105.1 del TRLCSP, a cuyo tenor, "Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107./ En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro contrato bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III". Tal causa sería, además, la primera en producirse en el tiempo, ya que, decidido que la modificación no resulta viable el día 15 de diciembre de 2015, la suspensión de los trabajos no se constata hasta el día 28 del mes siguiente.

Falta por tanto en el expediente que analizamos la justificación técnica de si la ejecución del contrato puede efectuarse prescindiendo de la realización de cambios en la estructura del tejado, de la regularización de la superficie de los forjados, de ajustes en los trabajos de refuerzo de la estructura y de modificaciones en las instalaciones eléctrica y de calefacción; justificación que, habida cuenta del carácter automático de la causa de suspensión contemplada en el artículo 105.1 del TRLCSP, ya debería haberse incorporado al procedimiento antes de decidir sobre la continuidad en la ejecución de las obras.

Por ello, nuestro pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada no resulta posible en el estado actual de tramitación. En otras circunstancias cabría que la Administración consultante retrotrajera el procedimiento al objeto de recabar cuantos informes técnicos resultasen

precisos para aclarar el aspecto antes mencionado, y una vez emitidos y realizadas, en su caso, las actuaciones que se derivasen de ellos, incluida la celebración de un nuevo trámite de audiencia y la elaboración de otra propuesta de resolución, debería recabarse de este Consejo el preceptivo dictamen de mediar oposición del contratista. Sin embargo, puesto que el procedimiento incoado mediante Resolución de 8 de junio de 2016 no puede considerarse iniciado sino de oficio, ya que su objeto no es decidir sobre la pretensión formulada por el contratista sino sustanciar la iniciativa resolutoria articulada por la propia Administración, tal retroacción ya no es posible. En efecto, a la fecha de solicitud del dictamen de este órgano consultivo ya habría transcurrido el plazo máximo de tres meses establecido en el artículo 42.3 de la LRJPAC, y puesto que no nos consta que se haya acordado la suspensión del procedimiento en legal forma, resulta que se ha producido su caducidad de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:643-, Sección 4.ª, y 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, entre otras), que considera aplicable a esta clase de procedimientos la previsión contenida en el artículo 44.2 de la misma Ley.

En consecuencia, en acatamiento de la jurisprudencia citada y para garantizar el respeto al principio de seguridad jurídica, procede declarar la caducidad del procedimiento sometido a nuestro dictamen. Todo ello sin perjuicio de que la Administración consultante 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 en su caso de la situación de hecho a la fecha en que se instruya, y en el que, previa la oportuna audiencia a la interesada y formulada nueva propuesta de resolución, se recabe dictamen de este Consejo de mediar oposición del contratista.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la caducidad del presente procedimiento de resolución del contrato de obras de ampliación de cuatro unidades de primaria y aula complementaria en el Colegio Público Juan Rodríguez Muñiz, de las Campas, adjudicado a

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.