

Expediente Núm. 62/2017
Dictamen Núm. 100/2017

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 abril de 2017, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 14 de febrero de 2017 -registrada de entrada el mismo día-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de construcción de un edificio destinado a centro para el fomento de la innovación y el emprendimiento.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, adoptado en sesión celebrada el día 31 de julio de 2015, se adjudica a el contrato de obras de construcción de un edificio destinado a centro para el fomento de la innovación y el emprendimiento por un precio de tres millones setecientos siete mil cuatrocientos treinta y ocho euros con treinta y cinco

céntimos (3.707.438,35 €) y un plazo de ejecución de doce meses. El contrato se formaliza en documento administrativo el día 25 de agosto de 2015.

2. Obran en el expediente los pliegos de cláusulas administrativas particulares aprobados para regir la contratación de referencia, en cuya cláusula primera se establece que “el edificio a construir está concebido como edificio de consumo de energía casi nulo”, y que es “condición especial del contrato la correcta ejecución de las unidades de obra que puedan incidir directamente en la obtención de la certificación Passivhaus y su acreditación como edificio de consumo de energía casi nulo”.

En la cláusula quinta se declara como primera obligación del contratista la de “ejecutar el objeto del contrato en los términos señalados en el proyecto, en los pliegos y en su oferta -en este caso en todo lo que no esté en contradicción con los anteriores- y dentro del plazo total fijado, con sujeción a los plazos parciales que resulten del contrato y al correspondiente programa de trabajo”.

En la cláusula duodécima, apartado 2, se recoge que “el contrato podrá ser modificado hasta el límite del 20% del precio por la aparición de condicionantes en el terreno que conlleven reconsiderar los sistemas de cimentación y/o estructuras proyectados, o, en el caso de que resulte necesario modificar el diseño de la instalación geotérmica contemplada, como consecuencia de las especiales características del terreno puestas de manifiesto en el estudio geotécnico realizado”.

En la cláusula decimoséptima se señala que las causas de resolución del contrato son, además de las establecidas expresamente en el mismo pliego -entre ellas, “la imposibilidad de obtención de la certificación Passivhaus”-, las “previstas en los artículos 223 y 237 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

3. Con fecha 26 de octubre de 2015 se extiende el acta de comprobación del replanteo sin formulación de reservas por parte del contratista, autorizando la

Dirección Facultativa el inicio de las obras cuyo plazo de ejecución empieza a contarse desde el día siguiente.

4. El día 15 de diciembre de 2015 se recibe en el registro del Ayuntamiento de Oviedo un escrito en el que el representante de la adjudicataria pone de manifiesto que, una vez iniciados los trabajos, se advirtió un “grave problema técnico en la ejecución de las estructuras de contención previas a la excavación consistente en que se han producido desprendimientos en las paredes de las pantallas (...) que han conllevado unos importantísimos sobreconsumos de hormigón no previstos”. Continúa refiriendo que se comunicó la incidencia a la Dirección de Obra, a la que “le fueron entregadas, para su consideración, cuatro soluciones técnicas”, ninguna de las cuales fue tomada en cuenta al estimar que “no concurrían motivos suficientes para proceder a la modificación del contrato puesto que, a su juicio, la solución proyectada inicialmente (...) es adecuada en todo caso para la ejecución de las obras”. Entiende, por el contrario, que resulta pertinente el reformado previsto en la cláusula 12 del pliego de las administrativas particulares para hacer frente al problema, que califica como “sobrevenido” y derivado de “las características propias del terreno que no han podido ser previstas en el estudio geotécnico preliminar dada la complejidad geológica de la parcela”. Manifiesta que “de continuarse con la ejecución de las obras en los términos previstos inicialmente no solo quedaría (...) afectado (entre otros) el elemento estructural de la construcción, sino que también podrían quedar afectadas las estructuras de los edificios adyacentes”, y finalmente advierte que “se verá en la necesidad de paralizar la ejecución de los trabajos en tanto no sea adoptada una solución técnica segura (...), o bien en tanto no se cursen instrucciones claras por parte de la Dirección de la Obra de continuar con la ejecución de las mismas conforme al proyecto aprobado inicialmente (...), asumiéndose, claro está, por la Administración contratante el sobre coste que supondrá el exceso de hormigón utilizado y las posteriores labores de demolición que este lleva aparejado”.

5. Solicitado informe al adjudicatario del contrato de servicios de dirección de las obras, que es también el autor del proyecto, este presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo el día 18 de diciembre de 2015 un informe en el que declara que “el terreno en el que se construye el edificio es el contemplado en el estudio geotécnico” y niega que la Dirección de Obra descartara todas las soluciones planteadas por la empresa constructora, pues aceptó que se ejecutase la primera propuesta, “coincidente con la solución del proyecto”.

Refiere que las “demoliciones de hormigón en los muros pantalla han sido contempladas en el proyecto (...), no pudiendo alegar ahora desconocimiento sobre la posible afección del elemento estructural (...), ya que debería ser perfecta conocedora de las implicaciones que la construcción de un muro pantalla puede tener (en este tipo de terreno y en este lugar) y debería haber valorado las medidas precautorias necesarias”.

Rechaza asimismo que “el problema aparecido ahora” sea de carácter “técnico”, pues “el proyecto recoge tanto la ejecución en terreno con rellenos antrópicos, como el posterior repicado del trasdós del muro pantalla”, y manifiesta que la responsabilidad del contratista fue adquirida “al comprometerse a ejecutar el proyecto y no haber señalado ninguna reserva en el momento de la firma del acta de replanteo”, si bien asume que “el sobrecoste derivado del exceso de medición que pueda producirse en la unidad de repicado de la pantalla será cuantificado y medido tras su ejecución en la obra y se certificará”.

6. El día 22 de diciembre de 2015, la Arquitecta municipal responsable del contrato informa que “no se ha producido hasta la fecha ninguna circunstancia durante la ejecución de las obras que haga necesaria la tramitación de una modificación del contrato, ya que:/ El terreno que aparece en las excavaciones realizadas es el contemplado en el estudio geotécnico realizado./ Los

sobreconsumos de hormigón producidos en la ejecución de los muros pantalla se encontrarían dentro del supuesto contemplado en el artículo 153.1 del RD 1098/2001./ El posterior repicado del muro pantalla que sea necesario ejecutar una vez realizada la excavación se podrá certificar, en su caso, dentro de la medición de la correspondiente partida contemplada en el proyecto”. Entiende que no se ha producido ninguna circunstancia que justifique la paralización de los trabajos, y destaca, en cuanto a las propuestas técnicas realizadas por la empresa para la ejecución de los muros pantalla, que “una de ellas era coincidente con la solución contemplada en el proyecto (con la única diferencia de su valoración económica, que, sin mayor justificación, se cuantificaba en unos 269.000 € más), por lo que la (Dirección Facultativa) optó por dar instrucciones de mantener la solución de proyecto, pero sin admitir la nueva valoración propuesta por la empresa”.

7. Con fecha 22 de diciembre de 2015 el representante de la contratista pone en conocimiento de la Administración que “se ha visto en la obligación de proceder a la suspensión de las obras” por los motivos señalados en su escrito anterior.

8. En respuesta al requerimiento de la Sección de Contratación para que informe sobre el estado de ejecución, el día 29 de diciembre de 2015 el Director de Obra presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo el informe correspondiente al mismo mes en el que refleja que “se han realizado los trabajos correspondientes a la construcción del muro de pantalla (...). Continúan los incrementos de consumo de hormigón como consecuencia de derrumbamientos habidos durante la excavación de las pantallas (...), que conllevarán el consiguiente incremento de la medición del posterior repicado de las pantallas previsto en proyecto./ Se hace notar el retraso existente (...). No ha habido incidencias relativas a la seguridad”.

9. En sesión celebrada el día 30 de diciembre de 2015, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda requerir a la constructora para que, “de manera inmediata, proceda a reanudar la ejecución” del contrato en el entendimiento de que no se dan los presupuestos precisos para su modificación de conformidad con lo señalado en los informes técnicos obrantes en el expediente, y “solicitar informe a la Dirección Facultativa y a la responsable del contrato a los efectos señalados en la cláusula decimoctava” del pliego de las administrativas particulares “con objeto de iniciar procedimiento de imposición de penalidades”.

10. El día 11 de enero de 2016 el Director de Obra informa sobre “la dificultad de cumplimiento del programa de trabajo propuesto por la contrata, agravada por la presente paralización de las obras, salvo que en el futuro se trabaje a varios turnos”. En similares términos se pronuncia el Director de Ejecución en un informe fechado el 18 del mismo mes, en el que puntualiza que el sistema de trabajo a turnos en un edificio de estas características “no es aconsejable”.

11. Con fecha 25 de enero de 2016, se recibe en el registro del Ayuntamiento de Oviedo un escrito en el que el representante de la adjudicataria reitera su solicitud de modificación contractual. Señala que en el caso de que la Administración no cambie de parecer se “continuará con las obras (...), si bien de acuerdo con la solución número 1 de las cuatro propuestas a la Dirección de la Obra”, lo que “supondrá unos costes notablemente superiores a los previstos (...) que se reclamarán”. Del mismo modo, anuncia que de proseguir con la ejecución del contrato tal como está proyectado “no podrá en modo alguno hacerse responsable a mi mandante de los eventuales daños”.

A este escrito adjunta varios documentos, entre ellos un informe, sin fecha ni firma, en el que se explica que con independencia de que el terreno sea el contemplado en el estudio geotécnico, lo cierto es que “se comporta mucho peor de lo que cabría esperar”, como evidenciaría el hecho de que “la

magnitud de la sobre-excavación fue muy infravalorada en el propio proyecto de ejecución”, en el que se había considerado un “sobre-consumo” de hormigón de un 11,11%, inferior al real. Entiende quien informa que “no es aplicable (...) el supuesto contemplado en el art. 152.1 del Reglamento General de la LCAP (...), ya que el exceso de hormigón sí está considerado en la descripción de los precios pero en mucha menor cuantía (...). Además este exceso de hormigón no se puede considerar un material necesario para la correcta ejecución de la unidad de obra (...), puesto que hay que demolerlo con posterioridad”.

Refiere a continuación, en cuanto a las “soluciones técnicas para evitar sobre-consumos de hormigón y los problemas que posteriormente surgirían con el repicado”, que la empresa contratista propuso, entre otras alternativas, “el amortizado inicial (es decir una sustitución parcial del terreno)” por ser una solución “más habitual” y “más barata” en estos casos, si bien la propuesta finalmente aceptada sería otra, que “no coincide con la solución del proyecto, pues contempla muchas otras unidades de obra que son necesarias para reparar las afecciones que el proceso de demolición de los excesos de hormigón producirán en la pantalla”, tales como la “reparación de las fisuras que aparezcan en la pantalla” y de las “juntas de hormigonado circulares” tras el proceso de “repicado generalizado”, la “pasivación de armaduras que queden vistas” o la “aplicación de una capa de mortero de protección tixotrópico en capa suficiente como para asegurar la durabilidad del elemento estructural”, incluyéndose, en definitiva, “muchos trabajos nuevos que estaban encaminados tanto a garantizar la estanqueidad del edificio como la durabilidad del elemento estructural”. Respecto a los trabajos de “repicado”, y frente a la afirmación de que las demoliciones estaban contempladas en el proyecto y que “solo es problema de medición y cuantificación de la unidad que se realizará tras la ejecución de las obras”, se significa que “el repicado previsto en proyecto solo es para una superficie de 60,30 m² que representa únicamente el 7% de la pantalla vista tras la excavación. No obstante en la situación actual la superficie a demoler será prácticamente del 100%. Esto hace inviable la demolición

manual. Será necesario demoler por medios mecánicos. La enorme diferencia de porcentajes, así como la necesidad de usar medios mecánicos, implica que este proceso afectará muchísimo más al elemento estructural, de tal manera que producirá efectos muy indeseables, como fisuras y recubrimiento de ferralla que será necesario reparar". Frente a lo señalado en el proyecto, en el que se contemplaba un exceso de hormigón de 5 cm que debía picarse manualmente, afirma el autor del informe que "esto no se corresponde en absoluto con la realidad ejecutada. La cuantía del sobre-consumo fue del 44,07% (...). Pero además se dio otra circunstancia, y es que el terreno inestable estaba desde la cota 0 a la cota -5,50 principalmente (...). Este hecho ha provocado que casi todo el sobre-consumo de hormigón haya ido a parar a la zona que se va a excavar. Considerando que la mitad del sobre-consumo real se hubiera dividido por igual entre el trasdós y el intradós, los espesores medios a demoler en la cara interior serían de 16,1 cm, es decir 6 veces superiores a lo previsto en el proyecto. Aunque lo normal es que se produzca una distribución muy heterogénea con zonas de espesores mucho mayores. Estos grandes espesores no se pueden picar manualmente por el tiempo que llevaría hacerlo, algo de lo que no dispone la obra, pero sobre todo por el gran riesgo contra la salud de los trabajadores provocados por lesiones principalmente en muñecas", por lo que "la solución deseable sería el fresado". Concluye que las circunstancias de que el "sobre-consumo de hormigón" no fuera "cuantificado correctamente en el proyecto" y que la demolición deba efectuarse con "medios muy diferentes a los descritos" evidencian el error de la tesis municipal.

12. El mismo día 25 de enero de 2016, el representante de la contratista presenta en el registro del Ayuntamiento de Oviedo un escrito en el que pone de manifiesto nuevas cuestiones que necesitan de "una solución urgente, ya que de lo contrario (...) no podría continuarse con la ejecución"; entre ellas, la "definición de la viga de coronación oeste, como primer trabajo que se realiza tras la ejecución de las pantallas, o la precisa definición de la geometría de los

anclajes y su posición, puesto que situarlos en la cota definida en el proyecto (...), esto es, por debajo del nivel freático, implicaría variar radicalmente dicho nivel (...), algo que podría afectar de forma severa (a) la estabilidad de las edificaciones colindantes antiguas, al igual que ocurrió en el año 1998 en el mismo barrio". Asimismo, pone de manifiesto la necesidad de modificar "la solución definida por la Dirección de la Obra en cuanto a la cimentación de los pilotes", ya que "por el comportamiento del terreno (...) no puede garantizarse alcanzar la longitud mínima necesaria"; todo ello sin perjuicio de otras cuestiones "de menor envergadura que igualmente es necesario definir con urgencia, pues su ejecución es justamente posterior a la excavación del solar".

13. Con fecha 31 de enero de 2016, los Directores de Obra y de Ejecución libran sendos informes en los que analizan las alegaciones del contratista. En el primero de ellos señalan que los trabajos que se recogen en la solución propuesta por la contrata para hacer frente a los excesos de consumo de hormigón "están incluidos en la correcta ejecución de la unidad proyectada", y cuestionan que el espesor medio de hormigón a demoler sea de 16,1 centímetros como señala la contratista, pues entienden que esto "contradice la propia información del incremento de volumen de hormigón de 44,07%". Calculan que existiría a lo sumo "un sobrecancho de 6 cm sobre lo previsto en el proyecto, frente a los 9,9 cm previsibles con el sobreconsumo del 44,07%".

En el segundo niegan que sea cierto que "el primer trabajo que se realiza" respecto de la viga de coronación sea en "la pantalla oeste", significando que en el proyecto se contemplan "133 metros lineales de viga de coronación, de los que 32 metros corresponden a la pantalla oeste", por lo que "se podrán ejecutar muchos metros (...) antes de realizar la pantalla oeste". Rechazan que exista "falta de definición de anclajes del muro pantalla", y puntualizan que "los detalles de la viga de coronación (...) fueron enviados por

el Director de Obra con fecha 25-01-2016 al Jefe de Obra, con copia a la responsable del contrato". Manifiestan que corre de cuenta de la contratista "rehacer los cálculos" para solucionar el problema relativo a la longitud de los anclajes, y en cuanto a los pilotes significan que para garantizar la "penetrabilidad en el terreno" necesaria "una opción podría ser mediante perforación helicoidal continua con barrena hueca mejorada". Respecto del resto de "indefiniciones" puestas de manifiesto por el contratista, relativas a "encachado y drenaje, arquetas de bombeo, etc.", afirman que "ninguna de estas actividades está prevista realizar en el programa de trabajo presentado por la contrata antes de (...) 2 meses después de empezada la excavación", por lo que no urgen.

14. El día 5 de febrero de 2016, se recibe en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo un escrito mediante el cual el representante del contratista reitera su pretensión de que el contrato se modifique para hacer frente a los "especiales condicionantes en el terreno aparecidos durante el transcurso de la obra", e interpone recurso de reposición frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de diciembre de 2015.

15. El día 16 de febrero de 2016 la responsable del contrato libra dos informes en los que analiza las alegaciones formuladas por el contratista en sus escritos de 25 de enero de 2016. En el primero de ellos expresa que los "sobreconsumos" de hormigón "se entienden comprendidos dentro del supuesto contemplado en el artículo 153.1 del RD 1098/2001", sin que se pueda compartir la consideración de que el "exceso de hormigón no se puede considerar un material necesario para la correcta ejecución de la unidad". Subraya que las unidades de obra que la empresa estima de necesaria ejecución, tales como "reparación de fisuras y juntas de hormigonado, pasivación de armaduras, aplicación de morteros, etc.", resultan "imposibles de cuantificar *a priori*", y que "únicamente se podrán considerar y, en su caso,

valorar una vez excavada la parcela y procedido a la demolición del hormigón que sea necesario realizar”. Tras poner de manifiesto que “dicha propuesta (...) venía valorada por la empresa en unos 269.000 € de aumento respecto a lo proyectado sin ningún tipo de justificación técnica”, destaca que ha sido “la solución técnica de proyecto” la que “ha sido ejecutada finalmente”. Respecto a la superficie de hormigón a repicar, señala que “dependerá de una serie de factores imposibles de determinar en este momento, como la posición exacta, volumen y superficie donde se hayan producido los excesos”. Rechaza que concurra causa justificativa de la modificación del contrato, pues, “por muy mal que se haya comportado el terreno (...), lo cierto es que dicho terreno no es otro que el definido por el estudio geotécnico”, y niega que la necesidad de proceder a la retirada de una cantidad de hormigón superior a la prevista inicialmente pueda justificar la paralización de los trabajos, “ya que con anterioridad a poder realizar dicha demolición habría que ejecutar previamente la viga de coronación de todo el perímetro de los muros de pantalla ejecutados, proceder a la ejecución de los anclajes de dichos muros y a la posterior excavación del solar”.

En el segundo escrito pone de relieve que la empresa “parece achacar, principalmente, la paralización de los trabajos (llevada a cabo con posterioridad a la ejecución de los muros pantalla realizados) a la indefinición, por parte de la Dirección de Obra, de la viga de coronación de dichos muros”. Frente a ello, afirma que “hay gran parte de la viga de coronación (la correspondiente a tres de los cuatro linderos de la parcela) que está perfectamente definida en proyecto, por lo que se podrían empezar a ejecutar la mayor parte de los metros de viga antes de tener que ejecutar la correspondiente a la pantalla del lindero oeste”. Considera que tampoco las “posibles indefiniciones” de los anclajes pueden considerarse como justificación de la paralización de los trabajos, “ya que con carácter previo a su ejecución ha de llevarse a cabo la ejecución de la viga de coronación”. Todo ello, sin perjuicio de requerir al Director de Obra para que aporte la “justificación del cálculo y la definición

descriptiva y gráfica detallada de dichos anclajes” y de los “elementos de cimentación a ejecutar”, la “definición del drenaje, de las arquetas de bombeo, de la instalación de geotermia, de la línea de tierra y del sistema de recuperación de aguas grises”, y “las posibles consecuencias económicas (aumentos de medición o precios contradictorios, en su caso) que de ello pudieran derivarse”, aun cuando todas estas cuestiones no serían urgentes ni justificarían la suspensión de los trabajos.

16. Con fechas 16 de febrero, 1 y 11 de marzo y 1 de abril de 2016, se reciben en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo diferentes escritos, a los que se adjuntan varios informes periciales, en los que el representante de la adjudicataria alerta sobre diversas deficiencias del proyecto que -a su juicio- hacen necesaria la modificación del contrato. Son las siguientes: a) El diseño del proyecto “no cumple con el estándar Passivhaus”. b) Se aprecia “falta de espacio (...) en las salas de máquinas y en la posición de otros equipos de instalaciones”, así como un diseño de la sala de máquinas fuera de la envolvente Passivhaus que impediría la obtención de la certificación correspondiente. c) Existen errores relativos a “la situación de los ventiladores del garaje, a la sala de máquinas del grupo de presión y del aljibe, a la alimentación eléctrica de los grupos de bombeo, a la situación de los extractores de sobrecarga de las escaleras y vestíbulos de independencia, al dimensionado y paso de los tubos y conductos de ventilación, a los pozos de bombeo del sótano -2 o a la ubicación del equipo de contadores eléctricos”, así como “otros defectos relativos a la instalación eléctrica y de telecomunicaciones que, de no resolverse, impedirán la legalización de la instalación”, y “ciertas deficiencias en el diseño contenido en el proyecto que hacen que la instalación no sea funcional”. d) Se aprecian deficiencias en las “condiciones esenciales que han de cumplirse en materia de seguridad del edificio, como la seguridad en caso de incendios, la seguridad de utilización y accesibilidad para los usuarios y la seguridad para las tareas de mantenimiento”. e) Se han advertido

otros "problemas" que "afectan a las instalaciones de ventilación y climatización del edificio".

17. En escritos de fechas 4, 16 de marzo y 5 de abril de 2016, el Director de Obra niega que proceda la modificación del contrato por supuesto incumplimiento del estándar Passivhaus, por posibles errores en el proyecto de ejecución relativos a la disposición de equipos de instalaciones o por defectos en el proyecto de instalación eléctrica y de telecomunicaciones, y afirma que el proyecto "cumple la normativa y legislación vigente", por lo que no tiene objeto la modificación pretendida. Adjunta a sus escritos diversos informes periciales.

18. Considerando que los trabajos constructivos están paralizados desde el día 23 de diciembre de 2015, según señalan el Director de Obra y el Director de Ejecución en el informe relativo a la certificación del mes de marzo de 2016, y teniendo en cuenta que "el incumplimiento de los plazos parciales (...) no hace posible el cumplimiento del plazo total", según afirma la responsable del contrato en el informe librado con fecha 4 de marzo de 2016, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda, en sesión celebrada el día 22 de abril de 2016, "iniciar el procedimiento de resolución del contrato por causas imputables a (la contratista) por la presunción de imposibilidad de cumplir el plazo total del mismo", y "prever la incautación de la garantía definitiva constituida para el supuesto de que se acuerde la resolución del contrato por causas imputables a la empresa (...), sin perjuicio de la tramitación de los correspondientes procedimientos para la liquidación de las obras e indemnización de posibles daños y perjuicios (...) en lo que excedan del importe de la garantía incautada". Asimismo se acuerda dar trámite de audiencia a la contratista y "a la entidad avalista" por plazo de diez días hábiles.

En la misma sesión, la Junta de Gobierno Local acuerda "que se desestime el recurso de reposición interpuesto por (la constructora) contra el Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno de fecha 30-12-2015 (...), por no

existir ninguna razón, técnica o legal, justificativa de la paralización unilateral de las obras”.

19. El día 12 de mayo de 2016, se recibe en el Registro General del Ayuntamiento de Oviedo un extenso escrito en el que el representante de la empresa constructora manifiesta su oposición a la resolución contractual propuesta y a sus efectos. Afirma que se vio “en la obligación de suspender los trabajos por razones obvias de seguridad” y que “en ningún momento actuó con voluntad de incumplir el contrato”, pues “ha demostrado en todo momento su plena disposición de continuar con las obras y de ejecutarlas conforme al proyecto aprobado (dentro del plazo establecido), siempre y cuando, a pesar de todo lo expuesto, se le dieran instrucciones claras al respecto y se le exonerase de cualquier eventual responsabilidad derivada de daños y perjuicios que pudieran producirse”. Tras contestar a las afirmaciones de carácter técnico contenidas en los informes de la Dirección de Ejecución y de la Dirección de Obra, así como a los informes de la Arquitecta municipal, insiste en la existencia de “deficiencias tan grandes en el diseño que impiden totalmente la obtención del certificado Passivhaus y la legalización de las instalaciones”.

Discute el adjudicatario que las obras no puedan finalizarse dentro del plazo total previsto, pues puede trabajarse en la obra a “2 y 3 turnos”. Considera que no se da la causa de resolución invocada en el acuerdo de inicio, ya que “en el presente contrato no se han establecido plazos parciales cuyo incumplimiento conlleve en sí mismo la posibilidad de resolver el contrato (...), sino solamente ‘hitos’ (...) en el programa de trabajo para controlar la ejecución del plazo total”, y afirma que el incumplimiento del plazo tampoco sería “relevante”. Manifiesta que de “serle imputable a alguien” la citada demora “bien podría considerarse que lo es a la propia Administración, quien ha contribuido con su actuación a que no se hayan podido reanudar los trabajos por parte de mi mandante”, y que “de existir (hipotéticamente) algún resquicio de culpa en el comportamiento de mi representada esta vendría, en todo caso,

compensada con la actuación propia de la Administración”, por lo que entiende que “no podría en ningún caso acordarse la incautación de la garantía prestada ni la reclamación de eventuales daños y perjuicios”.

Finalmente denuncia que “la auténtica motivación de la incoación del presente expediente de resolución no es, en realidad, que mi representada haya incurrido en una causa de resolución del contrato, sino que más bien parece que nos encontramos ante una voluntad de la Administración de renunciar a la ejecución”.

20. Con fechas 27 de mayo y 6 de junio de 2016 el Director de Obra y el Director de Ejecución libran sendos informes. El primero rechaza que la paralización de las obras pueda vincularse a supuestos defectos en el proyecto, descartando el segundo que existan “problemas” en la obra o que la seguridad de los edificios colindantes pueda verse afectada, para finalizar reiterando que la ejecución de la obra mediante turnos de trabajo “no es aconsejable en este tipo de edificación”.

21. El día 19 de agosto de 2016, la Arquitecta responsable del contrato suscribe un informe en el que refiere que “la empresa paraliza las obras de forma unilateral el 23-12-2016. Las razones para dicha paralización las expone en el escrito de fecha 22-12-2015, que remite al presentado el 15-12-2015 (...). En dicho escrito se exponen como únicas razones para justificar dicha paralización la existencia de importantes sobreconsumos de hormigón, incidiendo en que la demolición de dichos excesos puede afectar a los muros ejecutados (y) a las edificaciones colindantes, por lo que, a su juicio, debe replantearse la solución técnica proyectada y, por tanto, proceder a la modificación del proyecto (...). Posteriormente, el 25-01-2016 (un mes después de la paralización de las obras) la empresa presenta dos escritos (...) donde (...) alega, por primera vez, que existen cuestiones técnicas que, a su juicio, están pendiente de resolución y necesitan una solución urgente por parte de la

(Dirección de Obra), y que básicamente se refieren a la completa definición de la viga de coronación y anclajes de los muros ejecutados, así como (...) de los pilotes a ejecutar (...). En este punto se considera necesario destacar que los detalles pendientes de definir (vigas de coronación, anclajes y pilotes) a los que alude la empresa en sus escritos fueron solicitados por la contrata en la reunión ordinaria de obra del 18-12-2015 (la última antes de la paralización de las obras, que se produjo cuatro días después) sin ningún carácter de urgencia, según consta en el acta de dicha reunión. Desde esa fecha no consta por parte de la empresa ninguna otra solicitud de dichos detalles, a excepción de una solicitud que hace la técnica que suscribe a la (Dirección de Obra) a través de correo electrónico el día 22-01-2016. En respuesta a dicho correo, la (Dirección de Obra) presenta los detalles de la viga de coronación el 25-01-16./ Posteriormente, durante los meses de febrero, marzo y abril, la empresa presenta una serie de escritos acompañados de extensos informes técnicos (...) donde se ponen de manifiesto una serie de deficiencias, omisiones y errores de proyecto que, a su juicio, afectarían a la obtención del correspondiente certificado energético Passivhaus pretendido (...), así como (a) la seguridad de incendios y de utilización del edificio y a legalización de algunas de las instalaciones proyectadas./ A este respecto, se considera por la técnica que suscribe que las cuestiones planteadas en este segundo grupo de informes no son cuestiones que se puedan relacionar directamente con la paralización de las obras llevada a cabo por la contrata, ya que:/ No se han puesto de manifiesto (...) como causa de paralización de las obras hasta casi dos meses después de dicha paralización./ Afectan a unidades de obra de futura ejecución que en ningún caso justifican una paralización en el momento en que esta se produjo./ Por tanto, las posibles deficiencias del proyecto licitado alegadas en estos últimos escritos (...) no pueden entenderse, en modo alguno, como causas que motivaron la suspensión de las obras el pasado mes de diciembre”.

Sin perjuicio de lo anterior, y a los efectos de “determinar posibles responsabilidades y penalizaciones al redactor del proyecto”, entiende

“constatadas una serie de deficiencias y omisiones (...), tales como: omisión de algunos tipos de envolventes (especialmente relevante en el caso de las fachadas de muros de hormigón), error en los valores de la conductividad térmica de los muros pantalla y de los coeficientes de resistencia térmica superficial, errores en las superficies de las envolventes, error en los puentes térmicos etc., así como problemas de diseño que repercuten en la estanqueidad del edificio. La consecuencia es que, si (no) se corrigiesen estas deficiencias detectadas, la demanda de calefacción subiría a valores superiores a los mínimos exigidos por el estándar Passivhaus y, por tanto, no podría certificarse el edificio./ No obstante, tal como afirma la constructora, en fechas recientes el Instituto Passivhaus modificó el clima de referencia para Oviedo, permitiendo considerar condiciones climáticas mucho más benignas, lo que hace que los errores constatados en el proyecto tengan a día de hoy menor relevancia negativa de la que podrían tener si se tuviese que mantener el clima anterior”. Significa que “si bien el cumplimiento a día de hoy no se puede constatar” (pues “faltarían por introducir y justificar numerosos datos”), lo cierto es que “el proyecto presentado a licitación contenía una serie de errores y omisiones que, de no ser por la posterior modificación de las condiciones climáticas admitidas por el Instituto Passivhaus, no hubiese hecho posible la consecución de dicho estándar y, dadas las correcciones aún pendientes, puede que sean la principal causa de que definitivamente no pueda cumplirse (...) si previamente no se modifica el proyecto”. Destaca que “ya en octubre de 2015 (incluso antes de que comenzara la obra) la empresa puso en conocimiento de la (Dirección de Obra) y (Dirección de Ejecución), así como de la técnica que suscribe (mediante correo electrónico de fecha 13-10-2015), algunas de las deficiencias detectadas en el cálculo del PHPP del proyecto licitado”, y que “tanto en la reunión del 04-12-15, a la que se hace referencia (en la que esta técnica estuvo presente), como en el acta redactada al efecto (...), se hicieron referencias a la necesaria revisión de algunos conceptos y valores”.

Asimismo, considera "constatadas" las deficiencias puestas de manifiesto por la contrata "en relación a la instalación de climatización, ventilación que se incluyó en el proyecto de ejecución, tales como: espacio de la sala de máquinas, situación de ventiladores de garaje, grupo de presión de incendios y aljibe, bombas de saneamiento, extractores de escaleras y vestíbulos", las relativas "a las instalaciones eléctrica y de telecomunicaciones, tales como: mal diseño de acometidas, incumplimiento en el suministro complementario, incumplimiento en el cableado, omisión de la protección contra el rayo, etc.", las referentes a los sistemas de seguridad y prevención de incendios, los errores, contradicciones y omisiones puestos de manifiesto en relación a la instalación de climatización y ventilación, y apunta que si no se corrigiesen tales deficiencias, "en algunos casos, las instalaciones no se podrían ejecutar por falta de espacio", mientras que en otros se vería afectada la funcionalidad de la construcción e incluso se "impediría la legalización". Reitera, no obstante, que "dichas deficiencias no pueden considerarse en ningún caso como justificación de la paralización de las obras efectuada por la contrata, ya que se alegaron como causas de dicha paralización casi dos meses después de llevarse a cabo y no afectan a unidades de obra de inmediata ejecución".

Respecto a si es posible aún cumplir el plazo total de ejecución incrementando los turnos de trabajo, parte de considerar "lo ajustado del plazo para la ejecución del edificio objeto del proyecto, máxime cuando se trata de un edificio con especiales exigencias energéticas derivadas del cumplimiento del estándar requerido (...), en el que es necesario realizar pruebas específicas de estanqueidad al aire durante la ejecución de las obras (...) que hacen modificar significativamente los tradicionales procesos constructivos y que pueden suponer, en caso de incumplimiento, una importante demora en la marcha de los trabajos como consecuencia de la subsanación de los defectos que pueda originar el fallo de la prueba". Razona que "si bien los cálculos matemáticos sobre el número de horas restantes y el número de operarios necesarios pueden justificarse 'en el papel' realizando la obra pendiente a tres turnos,

(...) `en la práctica´ no se puede asumir (...) que la totalidad de una obra de este tipo pretenda hacerse en tres turnos porque chocaría de plano con la lógica organización de la misma, y entre otros extremos con el cumplimiento de la correspondiente Ordenanza de ruidos municipal”.

Finalmente señala que no se trata de una “obra ordinaria en lo que al cumplimiento de los plazos se refiere, sino que estuvo siempre condicionada, desde su inicio (...), por el estricto calendario de plazos para la obtención de las subvenciones europeas”.

22. En sesión celebrada el día 11 de noviembre de 2016, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual iniciado el 22 de abril del mismo año, “sin que ello suponga excluir que se inicie un nuevo procedimiento al que, en su caso, podrán incorporarse documentos o actuaciones del procedimiento caducado”.

23. Mediante Acuerdo adoptado el día 18 de noviembre de 2016, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda iniciar un nuevo procedimiento de resolución del contrato “por la presunción de imposibilidad de cumplir el plazo total del mismo, fundamentada en el incumplimiento de los plazos parciales resultantes del programa de trabajos, a su vez motivado por la suspensión unilateral e injustificada de aquellos y su no reanudación pese al requerimiento realizado por el Ayuntamiento (...), prever la incautación de la garantía definitiva (...) para el supuesto de que se acuerde la resolución del contrato por causas imputables a la empresa”, y dar audiencia a la contratista y a la entidad avalista por plazo de diez días hábiles.

24. Mediante Decreto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 4 de Oviedo de 23 de noviembre de 2016, se tiene por desistida a la adjudicataria

del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 30 de diciembre de 2015.

25. El día 7 de diciembre de 2016, el representante de la adjudicataria presenta un escrito en el que manifiesta la oposición de su empresa a la resolución pretendida y a sus efectos “remitiéndonos a todo lo expuesto en el escrito presentado el 12 de mayo de 2016”.

26. Con fecha 24 de enero de 2017, la Arquitecta responsable del contrato suscribe un nuevo informe en el que reitera que “las únicas causas alegadas en el momento de la paralización (es decir, exclusivamente las relacionadas con la ejecución de los muros pantalla y los sobreconsumos de hormigón y su posterior demolición) no pueden justificar por sí mismas la necesidad de redacción de un proyecto modificado, ya que (...) entrarían en los supuestos contemplados en el artículo 153.1 del RD 1098/2001 y en el último párrafo del artículo 234.3 del RD Legislativo 3/2011 (variación sobre el número de unidades)”, destacando que, “en todo caso, su verdadero alcance podría valorarse con exactitud (...) cuando se procediese a la completa ejecución de los muros y vigas que permitiese el vaciado de la parcela”.

27. El día 30 de enero de 2017, la Coordinadora de Fondos Europeos informa que “el edificio de consumo energético casi nulo (...) destinado a centro para el fomento de la innovación y el emprendimiento era una actuación incluida en el Área Temática de Medio Ambiente del anexo del Acuerdo de Atribución de Funciones de la Iniciativa Urbana de Oviedo, firmado entre el Ministerio y el Ayuntamiento, y “cofinanciada por la Unión Europea en un 80% con cargo al FEDER”. Señala que “el Ayuntamiento de Oviedo, con motivo del incumplimiento del plazo establecido en el contrato por parte de la constructora (...) perdió una subvención que ascendería a 245.548,22 €”, más una “subvención adicional” de 36.942,52 €.

28. Con fecha 2 de febrero de 2017, emite informe la Jefa de la Oficina de Contratación del Ayuntamiento de Oviedo, a modo de propuesta de resolución, en el que se concluye que “se considera acreditada la imposibilidad racional de cumplimiento el plazo total del contrato por causa solo imputable al contratista, teniendo en cuenta el incumplimiento de los plazos resultantes del programa de trabajos (...). Se considera procedente la incautación de la garantía definitiva (...). Asimismo, se considera procedente requerir a la empresa la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento por el incumplimiento del contrato, para lo que se deberá tramitar el correspondiente procedimiento con audiencia a (la contratista) y a la entidad avalista (...). Una vez resuelto el contrato, deberá tramitarse la liquidación del mismo”.

29. El día 8 de febrero de 2017, la Directora General de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Oviedo emite un informe en el que “muestra conformidad” con el librado por la Jefa de la Oficina de Contratación.

30. Con fecha 10 de febrero de 2017, la Intervención General informa favorablemente la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista con incautación de la garantía definitiva.

31. En sesión celebrada el día 10 de febrero de 2017, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda “dar traslado del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para la emisión del preceptivo informe” 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, sin que tal suspensión pueda exceder de tres meses”, lo que se notifica al contratista y al avalista.

Con la misma fecha, la Jefa de la Oficina de Contratación comunica a los interesados la remisión a este Consejo del expediente “finalizando el plazo para resolver el procedimiento el día 18 de febrero de 2017”.

32. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de febrero de 2017, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la resolución del contrato de obras de construcción de un edificio destinado a centro para el fomento de la innovación y el emprendimiento, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente en soporte digital.

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”.

En el asunto ahora analizado existe oposición del adjudicatario, quien rechaza que concurra la causa de resolución invocada y niega asimismo que deba responder de las consecuencias de la extinción contractual pretendida.

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 -31 de julio de 2015-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 del TRLCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

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

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

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados. 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 que analizamos, debemos hacer notar que en el expediente únicamente consta el traslado al adjudicatario del acuerdo adoptado, sin que obre entre la documentación remitida elemento alguno que justifique la práctica efectiva de las notificaciones a los interesados. En el caso del contratista resulta obvio que se realizó, puesto que presenta las consiguientes alegaciones. 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 también de otros dictados a lo largo del procedimiento resolutorio, nos induce a pensar que es posible que las mismas 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, nos conduce a entrar en el estudio del 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.

Observamos asimismo que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 18 de noviembre de 2016, la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el cómputo del plazo máximo de tres meses para resolver y notificar establecido en el artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), al objeto de evitar la caducidad del procedimiento que se produciría por transcurso de dicho plazo el día 18 de febrero de 2017, teniendo en cuenta que tal precepto es de idéntica redacción a la del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que el Tribunal Supremo ha venido considerando aplicable a esta clase de procedimientos (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:643-, 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, y 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 22.1.d) de la LPACAP, la acordó el órgano de contratación el día 14 de febrero de 2017. Constan en el expediente los traslados del acuerdo de suspensión al contratista y al avalista, así como de las notificaciones cursadas por la Jefa de la Oficina de Contratación a ambos interesados en las que se informa de la solicitud de dictamen a este Consejo. Advertimos que la redacción de las notificaciones citadas en último lugar podría confundir a los interesados acerca de la fecha en que se produce la caducidad del procedimiento, pues en ellas se señala que el plazo para resolver finaliza el 18 de febrero de 2017; no obstante, puesto que simultáneamente se les ha dado traslado del acuerdo de suspensión del procedimiento en el que se acota aquella al “tiempo mediante entre la petición del informe al Consejo Consultivo y la recepción del mismo, sin que tal suspensión pueda exceder de tres meses”, consideramos que el posible equívoco podría ser fácilmente superado mediante el examen atento por su parte del contenido de los actos trasladados. Con todo, recomendamos a la Administración consultante extremar el celo a la hora de redactar las correspondientes notificaciones al objeto de permitir a los interesados la correcta identificación del momento en que finalizará el plazo máximo para resolver y notificar.

Igualmente se aprecia que, iniciada la suspensión del procedimiento en la fecha en que se registra de salida la petición de nuestra consulta, esto es, el día 14 de febrero de 2017, cuando se reanude el cómputo del plazo máximo para resolver a la fecha de recepción de nuestro dictamen quedarán solo cuatro días para resolver y notificar antes de que se produzca la caducidad del procedimiento; extremo este que deberá tener en cuenta la autoridad que formula la consulta.

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. 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. Sería conveniente que esa Administración revisara sus procedimientos al objeto de hacer coincidir ambos datos, como ya habíamos recomendado en su día a esa misma autoridad.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de subrayar, en primer lugar, que el contratista está obligado a realizar la prestación que constituye el objeto del contrato no solo en la forma convenida sino también en el plazo establecido para ello, con arreglo a lo dispuesto en el TRLCSP, en el RGLCAP, en el clausulado del propio contrato y en las de los pliegos aprobados, así como en su oferta y en el plan de trabajo, que también tienen carácter contractual.

A las consecuencias de tal incumplimiento temporal se refieren el artículo 212 del TRLCSP -en el que se faculta a la Administración para resolver el contrato o bien decidir su continuación con imposición de penalidades en los casos de demora en el cumplimiento del plazo total o de los plazos parciales; en el último caso cuando tal consecuencia se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos hiciera presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total- y el artículo 223 de la misma norma, al que se remite el pliego de cláusulas administrativas aprobado para regir la contratación, del que resulta que es causa de resolución del contrato, según lo señalado en su letra d), "La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista".

La resolución contractual propuesta en este caso, a la que aluden el acuerdo de incoación del expediente resolutorio y el informe librado a modo de propuesta de resolución por la Jefa de la Oficina de Contratación, se fundamenta en la "presunción de imposibilidad de cumplir el plazo total" a causa del "incumplimiento de los plazos parciales resultantes del programa de

trabajos". Ahora bien, convenido por las partes contratantes un plazo total de ejecución de un año a contar desde el día siguiente al de la comprobación del replanteo, que tuvo lugar el día 26 de octubre de 2015, y puesto que no constan suspensiones o prórrogas del mismo, resulta evidente que dicho plazo se había consumido ya el día 18 de noviembre de 2016; fecha en la que el órgano de contratación acuerda iniciar el procedimiento resolutorio que nos ocupa. Tal circunstancia hace que resulte innecesario analizar en el momento actual si el contrato incluye plazos parciales de ejecución que hayan resultado incumplidos y si la imposibilidad de ejecutar la prestación dentro del plazo total puede inferirse razonablemente del citado incumplimiento.

Constatado objetivamente que el contratista ha desatendido su obligación de finalizar la obra dentro del plazo de ejecución establecido, y siendo indiscutible la relevancia del citado incumplimiento, ya que no se trata de un mero retraso sino de su paralización antes de culminar las tareas preparatorias de la cimentación del inmueble que se había comprometido a edificar, con la consiguiente pérdida de las ayudas comunitarias previstas para llevar a cabo el proyecto, debemos examinar si puede achacársele la falta de ejecución de los trabajos en plazo o si -como él mismo afirma- fueron los vicios de aquel los que imposibilitaron la continuación de la obra en los términos contratados. Al adentrarnos en dicho análisis hemos de comenzar por señalar que las razones que aduce el adjudicatario para suspender la ejecución de las tareas fijadas varían en su discurso a lo largo del tiempo.

En el escrito presentado a modo de aviso de la suspensión el día 15 de diciembre de 2015, al que se remite en el formulado a la fecha de comunicación de la paralización, aquella se relaciona con la necesidad de actuar sobre un terreno más inestable de lo esperado a la luz del estudio geotécnico; circunstancia que -según señala- advierte durante la construcción de las pantallas de contención previas a la excavación, en cuyas paredes se producen desmoronamientos con el consiguiente riesgo para la seguridad estructural del edificio a construir y de los adyacentes. Para solventar tal inconveniente se

ofrecen por parte de la constructora cuatro alternativas distintas, las cuales implican -a su juicio- la modificación del proyecto. La primera de las propuestas supone ejecutar pantallas de mayor grosor que el proyectado con el consiguiente incremento de hormigón respecto al contemplado en la descomposición de precios, y consecuentemente de los trabajos de posterior picado del exceso. Para la adjudicataria la construcción de estas pantallas de mayor anchura a la prevista supone la necesidad de acometer “muchos trabajos nuevos” y unidades de obra no incluidas en el proyecto inicial (picado con medios mecánicos y tareas de afianzamiento de las estructuras) que implican la necesidad de modificar el contrato. La Dirección de Obra y la Arquitecta municipal responsable del contrato, que no achacan las dificultades técnicas puestas de manifiesto por el contratista a una ejecución deficiente de los trabajos o a otras circunstancias de las que aquel pudiera ser responsable, con lo que implícitamente asumen que las mismas se deben a que la inestabilidad del terreno es mayor de la que cabría esperar a la luz de lo proyectado, asumen que la solución citada es la idónea para solventarlas desde el punto de vista técnico, si bien rechazan que la misma conlleve necesariamente su reforma. En el transcurso del debate sobre si procede o no modificar el contrato y una vez finalizada la construcción del muro pantalla la adjudicataria decide paralizar la obra cuya ejecución ya nunca reanudará. Mediante Acuerdo de 30 de diciembre de 2015 el órgano de contratación insta al contratista a la continuación de los trabajos en los términos fijados, resolviendo con ello las solicitudes de modificación contractual presentadas hasta la fecha en sentido desestimatorio. Esta decisión es recurrida por la adjudicataria en vía administrativa y posteriormente en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, si bien el adjudicatario terminará por consentirla al desistir del recurso.

A lo largo de los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2016 la empresa comunica a la Administración que ha advertido numerosas indefiniciones y deficiencias en el proyecto que impiden -según indica- la continuidad de los trabajos. La realidad de muchos de aquellos defectos acaban

siendo asumidos por parte de la Arquitecta municipal responsable del contrato en su informe de 19 de agosto de 2016, quien llega a hacer alusión a “posibles responsabilidades y penalizaciones al redactor del proyecto”, si bien entiende que tales cuestiones no pueden amparar la suspensión producida en diciembre de 2015, pues fueron puestas de manifiesto con posterioridad y “afectan a unidades de obra de futura ejecución”. A tal efecto destaca que algunos de los inconvenientes aducidos, como los relativos a la indefinición de ciertos conceptos y valores del proyecto Passivhaus y de los detalles de las vigas de coronación, anclajes y pilotes, ya los conocía la adjudicataria y así se lo había hecho saber a la Administración antes de paralizar los trabajos e incluso con carácter previo a su inicio (en el caso de los que afectan al cumplimiento del estándar Passivhaus), aunque nunca había afirmado que los mismos impidiesen la ejecución de la obra o que su solución implicase una modificación contractual, y significa que el día 23 de diciembre de 2015, momento en el que el contratista paraliza las labores, ninguna circunstancia impedía la continuidad de la obra, pues ni la inicial indefinición de una parte de la viga de coronación o de los anclajes, ni los errores advertidos en el proyecto relativos al sistema de cimentación, a las instalaciones de garaje, eléctrica, de telecomunicaciones, ventilación y climatización, o los referentes al diseño del edificio y en materia de prevención de incendios y seguridad, podían afectar a la inmediata ejecución de las tareas. Particularmente en lo que se refiere a la viga de coronación, a la que el contratista alude como causa fundamental para la suspensión de los trabajos en el escrito presentado el día 25 de enero de 2016, destaca la citada funcionaria que los detalles pendientes de definir no impedían el inicio de la construcción de estas estructuras. En efecto, de los 133 metros lineales que comprendía la viga de coronación solo 32 estaban incluidos en la zona pendiente de definición, según señalan los Directores de Obra y de Ejecución en su informe de 31 de enero de 2016, en afirmación que no ha sido controvertida por la empresa constructora. Pero es que, además, el citado inconveniente habría tenido carácter meramente temporal, pues a partir del día

25 de enero de 2016, fecha en la que el Director de Obra facilita la definición de los detalles pendientes, según indica la responsable del contrato en su informe de 16 de febrero de 2016, ya no existía ningún impedimento para la continuidad de los trabajos. Tampoco se había producido incidencia alguna de seguridad, como destaca el Director de Obra con fecha 29 de diciembre de 2015, sin que el resto de indefiniciones y deficiencias advertidas por el contratista y reconocidas por la responsable del contrato obstaculizasen en aquel momento la marcha de la obra por afectar a fases posteriores de la ejecución.

En definitiva, no ha acreditado el contratista que los vicios del proyecto le impidieran avanzar en la ejecución. De lo actuado en el procedimiento resulta, por el contrario, que fue el adjudicatario quien decidió paralizar la obra pese a que no existía ningún inconveniente para su continuación, al menos en el corto plazo, y, por tanto, no se puede negar la existencia de un incumplimiento contractual a él imputable. Por todo ello, entendemos que la Administración ha procedido correctamente al identificar como causa de la resolución propuesta la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. Ahora bien, sin perjuicio de la imputabilidad de la citada causa al adjudicatario, han de ponerse de relieve otras circunstancias que pudieran confluír, junto con la culpa del contratista, en la frustración de la consecución del objeto contractual.

En efecto, el Ayuntamiento -a través de la responsable del contrato- ha terminado por reconocer, si bien muy tardíamente (en agosto de 2016, esto es, cuando solo faltan tres meses para que finalice el plazo total de ejecución), que el proyecto, elaborado por un tercero, resulta muy defectuoso, hasta el punto de incurrir en vicios graves que afectan a su desarrollo, de modo que para poder emprender la ejecución de ciertos elementos e instalaciones, obtener la legalización de la construcción o incluso conseguir la certificación Passivhaus -lo que se erige en condición especial del contrato- debía acometerse su modificación. Algunos defectos los conocía el Ayuntamiento desde antes de que

se paralizaran los trabajos e incluso desde antes de iniciarse la obra, según ha reconocido la responsable del contrato, y, pese a que debía ser sabido también que para la viabilidad de la obra era necesaria su reforma, el Ayuntamiento no solo renuncia a poner en marcha el procedimiento de modificación contractual sino que también omite el análisis de las implicaciones que para la vida del contrato pudieran deducirse de aquel extremo, las cuales resultan de capital importancia a la hora de depurar las posibles responsabilidades derivadas del fracaso de la obra. Frente a las reiteradas solicitudes del contratista de que se modificara el proyecto para corregir sus múltiples defectos, que tuvieron lugar en los meses de enero, febrero y marzo de 2016, la Administración debería haber comenzado por dilucidar si el reformado era necesario, lo que -como decimos- solo admitiría muy tardíamente, y si además resultaba jurídicamente viable a la vista de las limitaciones establecidas en el artículo 107 del TRLCSP, pues en el caso de que la respuesta a esta pregunta fuese negativa habría concurrido junto con la causa resolutoria antes señalada otra, la contemplada en el artículo 223.g) del TRLCSP, con efectos radicalmente distintos. Si, por el contrario, el contrato podía modificarse, debería haberse aclarado si la tramitación del reformado habría determinado la suspensión de la ejecución y por cuánto tiempo, teniendo en cuenta que la suspensión del contrato por plazo superior a 8 meses acordada por la Administración también constituye causa de resolución contractual según el artículo 237.c) del TRLCSP. Asimismo, y al objeto de determinar la relevancia del incumplimiento imputable al contratista y establecer las consecuencias resolutorias correspondientes, debería haberse fijado qué porcentaje del total de la obra habría podido realizar el adjudicatario antes de que su continuidad deviniera imposible, en su caso, por los defectos señalados; qué repercusiones habría tenido la necesidad de tramitar el reformado en la obtención de la financiación comunitaria, y qué responsabilidad cabría exigir al autor del proyecto.

Puesto que las anteriores incógnitas no se han desvelado, la resolución del contrato con imputación de la total responsabilidad al adjudicatario y

abstracción de las que deben exigirse al proyectista o las derivadas de la propia conducta de la Administración, que consciente de la necesidad de modificar el contrato no inicia siquiera el procedimiento correspondiente, podría afectar seriamente a los principios de equidad y de buena fe que han de regir las relaciones contractuales de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 del Código civil, aplicable aquí con carácter supletorio. En otras palabras, existiendo dudas sobre si, en el caso de que el adjudicatario no hubiera paralizado la obra, el contrato hubiera podido ejecutarse igualmente dentro de plazo y financiarse en la forma prevista, no resulta justo hacer pechar a la empresa constructora en exclusiva con las consecuencias derivadas de la resolución contractual.

En este sentido, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 7 de noviembre de 1987 -ECLI:ES:TS:1987:7041-, Sección 1.ª; de 19 de mayo de 1998 -ECLI:ES:TS:1998:3266- y de 14 de junio de 2002 -ECLI:ES:TS:2002:4346-, Sección 5.ª, y de 25 de enero de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:278-, Sección 4.ª), como la doctrina de los órganos consultivos (entre ellos, Dictámenes Núm. 420/1992, 1641/1992, 3782/1997, 1758/2001 y 476/2015 del Consejo de Estado; Dictamen Núm. 53/2000 del Consejo Consultivo de Baleares; Dictamen Núm. 60/2001 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña; Dictamen Núm. 342/2004 del Consejo Consultivo de Andalucía; Dictamen Núm. 186/2004 del Consejo Consultivo de Canarias; Dictamen Núm. 169/2004 del Consejo Consultivo de Extremadura, y Dictamen Núm. 92/2011 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha), vienen reconociendo la necesidad de moderar los efectos que derivarían de una aplicación automática de las consecuencias de la resolución contractual cuando el incumplimiento imputable al contratista concurre con una actuación administrativa irregular que también ha contribuido a frustrar el objeto del contrato, en aras de la justicia del caso concreto y la preservación de los principios de buena fe y equidad anteriormente señalados.

Los razonamientos empleados para alcanzar tal solución son variados, aunque no siempre se explicitan. En algunos casos se parte de la apreciación de una culpa o responsabilidad concurrente de las dos partes contratantes sobre la base de la constatación de incumplimientos en ambas (este sería el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005, antes citada) que vendrían a neutralizar, por compensación, las responsabilidades de cada una de ellas. En otros, aun admitiendo que la actuación administrativa no sana ni compensa la culpa del contratista (Dictamen del Consejo de Estado de 17 de septiembre de 1981, expediente número 43604), o declarando incluso que la resolución se debe a la culpa exclusiva del adjudicatario (Dictamen del Consejo de Estado Núm. 420/1992), se llega a la consideración de que deben atemperarse las consecuencias que lleva aparejado el incumplimiento del contratista mediante la ponderación de ciertas circunstancias que le son ajenas; entre ellas, la existencia de deficiencias del proyecto no achacables al adjudicatario o la falta de una actitud colaboradora de la Administración en la solución a los problemas derivados de la ejecución.

No debe ignorarse que el apoyo de unas y otras tesis podría tener en su origen la adhesión a diferentes concepciones sobre la naturaleza jurídica de la garantía, de modo que cuando se estima que hay compensación de culpas se está partiendo probablemente de la consideración de la fianza como cláusula liquidatoria de los daños causados por el contratista, y que cuando se alude a la culpa exclusiva del adjudicatario se puede estar defendiendo, por el contrario, una consideración punitiva de la misma (lo que se evidenciaría, por ejemplo, en el Dictamen Núm. 169/2004 del Consejo Consultivo de Extremadura).

Ahora bien, partiendo de planteamientos distintos, las diferencias entre los pronunciamientos aludidos se difuminan del lado de las consecuencias, alcanzando a la cancelación de la garantía definitiva, la exclusión de la indemnización de daños y perjuicios o bien a ambas. Ello se realiza a su vez de dos maneras: excluyendo directamente alguna de las citadas consecuencias

resolutorias (Dictamen Núm. 342/2004 del Consejo Consultivo de Andalucía, respecto de la indemnización de daños, o Dictamen Núm. 60/2001 de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, en cuanto a la incautación de la garantía), o todas ellas (en este sentido, toda la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada; los Dictámenes Núm. 1641/1992, 3782/1997 y 1758/2001 del Consejo de Estado; el Dictamen Núm. 53/2000 del Consejo Consultivo de Baleares, y el Dictamen Núm. 186/2004 del Consejo Consultivo de Canarias), o bien proponiendo la cuantificación de los daños y perjuicios de los que deba responder el contratista (así, los Dictámenes de 17 de septiembre de 1981 y de 20 de mayo de 1982 y los Núm. 2457/1997 y 476/2015 del Consejo de Estado y el Dictamen Núm. 92/2011 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha).

La última de las soluciones se vincula, en algunas ocasiones, a la existencia de dudas sobre la incidencia que la intervención de la Administración haya podido tener en la frustración del fin del contrato, si bien en la actualidad debe conectarse igualmente con la interpretación del régimen de los efectos de la resolución contractual durante la vigencia del TRLCSP que sostienen, entre otros, los citados órganos consultivos, y que resulta contraria a la que mantiene al respecto la Administración consultante.

El acuerdo de incoación del procedimiento de resolución contractual y la propuesta de resolución que analizamos asumen en este sentido una interpretación del régimen contenido en el artículo 225.3 del TRLCSP según la cual aquel precepto, pese a su diferente tenor literal, 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 el 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 motivada 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, que se cita en el informe señalado-. En anteriores ocasiones (Dictámenes Núm. 161/2015 y 15/2016) este Consejo ya manifestó que, a pesar de la discrepancia mantenida en esta materia con la Administración consultante, tratándose de una cuestión sumamente controvertida, no tenía nada que objetar. Una actuación municipal consecuente con tal planteamiento en el presente caso habría de conllevar la cancelación de la garantía definitiva constituida por el adjudicatario para afianzar su responsabilidad, excluyendo asimismo la liquidación de los daños y perjuicios que pudieran exceder de aquella.

Consideramos que tal conclusión puede alcanzarse sin necesidad de dilucidar si la conducta de la Administración, que aprueba un proyecto con graves deficiencias y renuncia a acometer a la mayor brevedad la modificación del contrato a sabiendas de que el contratista no podría ejecutarlo en los términos contratados, alcanza a compensar la culpa propia del contratista; cuestión esta que la instrucción efectuada durante la tramitación del procedimiento no ha permitido aclarar. Concluimos entonces que, sin perjuicio de la culpa correspondiente al adjudicatario, la actitud de la Administración que omite el análisis de la incidencia que su propia conducta y la del proyectista hayan podido tener en el fracaso del proyecto se compadece mal con los principios de equidad y buena fe que han de presidir las relaciones contractuales, lo que debe trasladarse al menos a los efectos resolutorios, por lo que no procede incautar la garantía definitiva ni proceder a la reclamación de los daños y perjuicios que pudieran exceder de aquella. 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.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendidas las observaciones esenciales contenidas en el cuerpo de este dictamen, procede la resolución por incumplimiento culpable del contratista del contrato de obras de construcción de un edificio destinado a centro para el fomento de la innovación y el emprendimiento, sometido a nuestra consulta, con los efectos expuestos en el cuerpo del presente dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.