

Expediente Núm. 172/2017
Dictamen Núm. 158/2017

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 25 de mayo 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 V. E. de 9 de mayo de 2017 -registrada de entrada el día 12 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras contempladas en el proyecto actualizado 2013, acondicionamiento general de la carretera AS-22, tramo Samagán-Lagar.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de 17 de julio de 2015, se adjudica a el contrato de las obras contempladas en el proyecto actualizado 2013, del acondicionamiento general de la carretera AS-22, tramo Samagán-Lagar, por un precio de cuatro millones seiscientos ochenta y tres mil cuatrocientos noventa y seis euros con cincuenta y cinco céntimos (4.683.496,55 €), IVA excluido, y un plazo de

ejecución de treinta meses, debiendo ajustarse su ejecución al pliego de cláusulas y a la oferta presentada. El contrato se formaliza en documento administrativo suscrito por las partes el día 21 del mismo mes.

2. Obra en el expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares rector de la contratación, que es un pliego tipo en cuya cláusula 18 se establece que serán causas de resolución del contrato, “además de las previstas en los artículos 223 y 237 del TRLCSP”, otras como “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”.

En la cláusula 19.1 del mismo pliego se establece que “Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o, en su caso, de los plazos parciales, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, previstas en el artículo 212 del TRLCSP./ Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por ciento del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades”.

En el apartado f) del cuadro resumen de características del contrato se determina el “plazo máximo de ejecución del contrato./ Plazo total: treinta (30) meses./ Plazos parciales, en su caso: No procede./ Partes de la obra que dan lugar a recepciones parciales: No procede”.

3. El día 21 de agosto de 2015, ambas partes suscriben el acta de comprobación del replanteo en la que se refleja que, “de conformidad con las disposiciones en vigor, se procedió (...) a la comprobación del replanteo con arreglo al proyecto aprobado, observándose por ambos la viabilidad de este, no disponiéndose de los terrenos necesarios para la realización de las obras y no estando aprobado el Plan de seguridad y salud se suspende el inicio de las obras hasta la resolución de los problemas indicados”.

4. Con fecha 30 de octubre de 2015, el Jefe del Servicio de Construcción de Carreteras, con el visto bueno del Director General de Infraestructuras y Transportes, suscribe una propuesta de reajuste de anualidades del contrato de referencia, teniendo en cuenta que “al día de la fecha no se dispone de los terrenos necesarios para la ejecución de los trabajos; situación que se mantendrá durante el presente ejercicio presupuestario”. La modificación propuesta supone trasladar la parte de gasto contemplada para 2015 (por importe de 83.473,58 €) al ejercicio 2018, en que se prevé finalizar la ejecución del contrato, manteniéndose invariables el resto de las anualidades.

5. El día 30 de octubre de 2015, el representante de la adjudicataria suscribe un documento en el que manifiesta “su conformidad a la modificación de anualidades presentada por la Administración contratante”, precisando seguidamente que “dicha conformidad se otorga sin renuncia a los derechos que (...) le correspondan de acuerdo con la ley aplicable”. Al escrito se adjunta un programa de trabajos, firmado en idéntica fecha por el representante de la empresa, del que resulta el compromiso de iniciar las obras en enero de 2016.

6. Mediante Resolución de la titular de la Consejería actuante de 17 de noviembre de 2015 se autoriza el reajuste de las anualidades del contrato.

7. Con fecha 4 de mayo de 2016, la Consejera de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente resuelve autorizar el levantamiento de la suspensión temporal del contrato, habida cuenta de que ya se dispone de las fincas "que componen los terrenos necesarios para la realización de las obras", y ordena el levantamiento de un acta de reanudación de los trabajos. La citada resolución se comunica al contratista, mediante fax, el día 5 del mismo mes.

8. El día 13 de mayo de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante de la contratista solicita "la resolución del contrato (...), con base en la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por causas imputables a la Administración, y el pago de la indemnización correspondiente a la resolución establecida en el 3% del precio de adjudicación del contrato, o, en su defecto (...), la resolución por mutuo acuerdo con el abono de los costes incurridos durante el citado periodo, sin contar la estructura de empresa, cuyo cálculo se adjunta y (...) asciende a noventa y un mil quinientos cincuenta y tres euros (91.553,00 €), así como a la devolución en todo caso del aval establecido como fianza definitiva". A este escrito adjunta un cálculo de costes por importe total de 91.553,00 € en el que se incluyen los del personal adscrito a la obra y "restos de gastos de estructura" durante 8 meses, los gastos de "trabajos (de topografía" solicitados por la Dirección de Obra según desglose adjunto y una serie de gastos de "inicio de obra" entre los que se encuentran los "costes de estudio de licitación (...), colocación cartelería obra (...), publicaciones" y costes financieros de seguros y avales.

9. Mediante escrito registrado en la Administración del Principado de Asturias el 20 de mayo de 2016, el representante de la contratista expone que el día 18 del mismo mes han recibido una "carta certificada con acuse de recibo" en la que se nos "requiere comparecer en fecha 18 de mayo de 2016 para suscribir el acta de levantamiento de la suspensión total temporal que se acordó el pasado

21 de agosto de 2015” y de “la resolución por la que, a petición de la Dirección de Obra, se acuerda la aprobación del levantamiento de la suspensión temporal total del contrato de obras (...). Asimismo, se informa que con fecha 5 de mayo de 2016 ha sido notificada por fax la resolución”.

Manifiesta que “evidentemente es imposible que (la contratista) pueda enviar los datos del representante cualificado de la empresa con anterioridad al 18 de mayo de 2016 para asistir a una hipotética firma del acta de reanudación de los trabajos cuando recibe la comunicación ese mismo día, y que por lo tanto es imposible realizar la firma del acta de levantamiento de la suspensión”. Tras indicar que “con fecha 22 de noviembre de 2013” la empresa ya había notificado a la Administración sus datos, “indicando en dicha comunicación tanto la dirección física como los números de teléfono y de fax a disposición de la misma para cualquier notificación, y en los cuales no se ha recibido ningún fax el día 5 de mayo de 2016”, señala que aquella “presentó con anterioridad a la convocatoria recibida escrito de fecha 13 de mayo de 2016 solicitando la resolución del contrato en base al artículo 237.b) del TRLCSP, por lo que no procede la reanudación de los trabajos, y en consecuencia la firma del acta de reanudación de los trabajos, al eliminarse la motivación que lo genera. Al contrario, lo que procede es que la Administración resuelva oportunamente la mencionada solicitud de resolución del contrato”.

10. El día 25 de mayo de 2016 se extiende el acta de levantamiento de la suspensión de la obra, una vez “comprobado que están resueltos favorablemente los impedimentos que obligaron a la suspensión de inicio de las obras y que por el órgano de contratación se ha resuelto, en fecha 5 de mayo de 2016, el levantamiento de la citada suspensión”. El contratista suscribe el acta “en disconformidad, dado que presentó escrito en fecha 13 de mayo de 2016 (...) solicitando la resolución del contrato en base al art. 237.b) del TRLCSP y sobre el cual la Administración debe resolver. En consecuencia (...),

los trabajos no pueden ser reanudados en tanto no se resuelva la anterior solicitud de resolución contractual”.

11. Atendiendo a la solicitud cursada por el Jefe del Servicio de Contratación, el 7 de junio de 2016 el Ingeniero Director de las Obras informa sobre el cálculo de costes presentado por la empresa adjudicataria, concluyendo que “los gastos citados no suponen la existencia de obras ejecutadas de ningún tipo y solamente responden de actividades previas a las obras, como son las propias del replanteo”.

12. Con fecha 13 de junio de 2016, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora propone la desestimación de las “solicitudes de resolución del contrato” y que se ordene a la empresa que “proceda (a) la inmediata ejecución” de los trabajos, “al haberse producido el levantamiento de la suspensión del contrato de referencia”. Se razona en la propuesta que “el plazo de inicio de las obras ha variado (...) como consecuencia del reajuste de anualidades aprobado en fecha 17 de noviembre de 2015, en virtud del propio programa de trabajos que presenta el contratista, que fija la fecha de inicio de las obras en enero de 2016”. Significa a continuación que “dicho programa de trabajos es suscrito por el propio contratista, el cual asimismo muestra su conformidad con el reajuste presupuestario. No se puede obviar, en orden a examinar las consecuencias jurídicas de dicha situación, el artículo 96.3 del RGLCAP, que exige la revisión del programa de trabajos en un reajuste de anualidades, y la cláusula 15.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato de obra de referencia, la cual establece que aprobado el programa de trabajo, con las modificaciones que en su caso correspondan, se entenderá parte integrante del contrato a efectos de su exigibilidad. El programa de trabajos presentado por el contratista (...), incorporado a la propuesta de reajuste de anualidades, y que consta en el expediente de contratación, forma a la luz de dichos fundamentos jurídicos

parte del contrato administrativo de obra que nos ocupa, es exigible y modifica de forma indubitada la fecha de inicio de las obras, por lo que en la fecha en que se dicta la Resolución de levantamiento de la suspensión, 4 de mayo de 2016, en la fecha 13 de mayo de 2016 en (la) que se presenta por el contratista el primer escrito de resolución del contrato de obras por suspensión del inicio de las obras, así como en la fecha de 25 de mayo de 2016 de levantamiento del acta de suspensión temporal total que se firma de disconformidad por parte del contratista, no ha transcurrido el plazo de seis meses de suspensión de inicio de las obras, de conformidad con el programa de trabajos mencionado”.

Expresa, por otro lado, que “es preciso tener en consideración una serie de cuestiones e indicios que ponen de manifiesto una transgresión de la buena fe contractual por parte del contratista, generando una duda razonable sobre las intenciones de dicho contratista en la necesaria ejecución de la obra. En este sentido, debemos tener en cuenta lo siguiente:/ Que el contratista podría haber pedido, a la luz de la interpretación que de la situación jurídica del contrato de obra se deduce que realiza en sus escritos, la resolución del contrato por la causa del 237.b) del TRLCSP el 21 de febrero de 2016, ya que el acta fallida de comprobación del replanteo se levanta el 21 de agosto de 2015 sin que conste la presentación de escrito alguno, ni en esa fecha ni en los meses posteriores./ Que curiosamente a raíz del dictado de la Resolución de 4 de mayo de 2016, notificada en fecha 5 de mayo de 2016 al contratista, por la que se acuerda el levantamiento de la suspensión temporal total del contrato, es cuando el contratista presenta su primer escrito solicitando la resolución del contrato de obras de referencia; dicho escrito se presenta en fecha 13 de mayo de 2016./ Que el segundo escrito (...) solicitando la rescisión se presenta el 20 de mayo de 2016, en fecha posterior a que fuera convocado por primera vez por el Director de la Obra un representante del contratista para la firma del acta de levantamiento de la suspensión de la obra; dicha convocatoria fue para el 18 de mayo, sin que se personase ningún representante de la empresa,

justificando su acción la (...) adjudicataria en que recibió el requerimiento el mismo día en que se debía personar un representante de la empresa, por lo que resultaba imposible cumplir el requerimiento (...). Que requerida de nuevo (...) para la firma del acta se persona un representante de la empresa, firmando en disconformidad al considerar, tal y como consta transcrito de forma expresa en el acta, que los trabajos no pueden ser reanudados en tanto en cuanto la Administración no resuelva la solicitud de resolución contractual presentada por el contratista./ Presentado de nuevo un escrito en fecha 25 de mayo de 2016, en idéntica fecha a la del levantamiento del acta (25-05-2016), reiterando su solicitud de rescisión por suspensión del inicio de las obras de referencia”.

Concluye que “dichas actuaciones, que constan acreditadas en el expediente de contratación, denotan de forma clara una actitud dilatoria por parte del contratista en su obligación de ejecución de la obra, en la medida en que la presentación de una solicitud de resolución de un contrato administrativo no tiene como efecto jurídico la suspensión de un contrato de obras (...), que tiene su fundamento en una necesidad administrativa pública y en un claro interés público, generando de forma indubitada su paralización un daño a dicho interés público. Sin que resulte admisible la interpretación que de contrario realiza la empresa constructora, que no responde a un interés público y carece totalmente de fundamento jurídico, con las consecuencias que dichas circunstancias pueden generar a efectos de los correspondientes daños y perjuicios; el contratista tiene obligación de suscribir el acta de levantamiento de la suspensión, y solo podría negarse a su suscripción si las causas que motivaron la suspensión de la obra no hubiesen desaparecido, sin que quepa alegar de contrario una causa nueva cuya tramitación y resolución seguirá los trámites pertinentes, pero sin que se pueda obviar que en estos momentos la obra está activa y resulta ejecutable”.

13. Remitida la anterior propuesta al contratista, con fecha 21 de junio de 2016 se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un

escrito en el que su representante califica el planteamiento de la Administración de "interpretación interesadamente incorrecta". Manifiesta que la empresa "se encuentra plenamente facultada para solicitar la resolución del contrato en tanto que concurre una de las causas previstas en el TRLCSP, concretamente, el inicio de los trabajos ha estado suspendido durante un periodo mayor de seis (6) meses por causas imputables a la propia Consejería"; que "como consecuencia de esa suspensión de los trabajos por parte de la Administración, y por causas imputables a ella, esta acordó el correspondiente reajuste de las anualidades previstas en el pliego de cláusulas administrativas", y que "el citado reajuste de anualidades en ningún caso elimina la concurrencia de la causa que faculta a (la adjudicataria) para solicitar la resolución del contrato ni (...) supone la renuncia de (la empresa) a ninguno de los derechos que le reconoce la legislación aplicable".

A propósito de esta última cuestión, señala que, "como la Administración bien conoce, la renuncia de derechos en ningún caso se produce de forma tácita, al igual que tampoco resulta admisible una interpretación que, además de errónea, derive en la pérdida de derechos para el administrado, y menos todavía si esa pérdida de derechos deriva de un incumplimiento de la propia Administración (entrega del terreno libre y expedito para la ejecución de los trabajos)".

Finaliza afirmando que "la resolución del contrato solicitada (...) resulta plenamente aplicable. Asimismo, reiteramos que los efectos de la resolución contractual serán los previstos en el artículo 239.3 del TRLCSP, es decir: una indemnización del 3% del precio de adjudicación del contrato, que asciende a la cantidad de ciento cuarenta mil quinientos cuatro euros con ochenta y nueve céntimos (...) (140.504,89 €), todo ello sin perjuicio de los daños y perjuicios que la suspensión ha ocasionado a (la empresa) y por los que deberá ser resarcida".

14. El día 22 de junio de 2016, el Jefe del Servicio de Construcción de Carreteras remite a la Secretaría General Técnica el informe librado por el Ingeniero Director de las Obras con fecha 21 del mismo mes. En él indica que “las labores de seguimiento y control de las actividades del contrato de las obras se siguen realizando por parte del equipo de Dirección de Obra, si bien la empresa adjudicataria no realiza ningún tipo de actividad referida a dicho contrato al entender que el mismo se encuentra denunciado” por ella.

Añade que “existe un contrato de servicios de asistencia técnica para la coordinación de seguridad y salud (...) vinculado con las obras de construcción”.

15. Mediante oficio de 1 de julio de 2016, el Ingeniero Director de las Obras traslada a la Secretaria General Técnica una copia del escrito enviado a la adjudicataria de la obra ese mismo día en el que se expresa que “desde la fecha de la firma del acta de levantamiento de la suspensión de inicio esta Dirección de Obra realiza las labores propias del seguimiento del contrato, con visitas semanales al lugar de ejecución, comprobándose que las obras siguen paralizadas y que la empresa no ha dispuesto ningún tipo de infraestructura de apoyo a la construcción, careciendo de oficina y otros medios habituales en este tipo de contratos. Lo que les comunico a los efectos oportunos”.

16. Con fecha 11 de julio de 2016, el Jefe del Servicio de Contratación suscribe un informe en el que parte del planteamiento de que “estamos ante la interpretación de un contrato de obras, al ser la cuestión debatida el régimen del plazo de ejecución y el tracto temporal del contrato”. En consecuencia, manifiesta librar su informe “de conformidad con lo establecido en el artículo 97.3 del RGLCAP, habiéndose realizado los trámites pertinentes recogidos en dicho artículo, propuesta de la Secretaria General Técnica de la Consejería, trámite de audiencia de la empresa contratista y del órgano gestor del contrato (Servicio de Construcción-Director de Obra)”. Destaca asimismo que “resulta necesario el dictamen del Consejo Consultivo”.

Seguidamente analiza las alegaciones de la contratista, y señala que “tanto el programa de trabajos como el reajuste de anualidades aprobado provocan una variación en el plazo de inicio de la obra y de ejecución del contrato, sin que la cláusula de salvaguarda que se recoge en el conforme del contratista (...) pueda vaciar de contenido el acuerdo suscrito por las partes. Dicha cláusula, aunque no hubiese sido mencionada, resultaría obvia, ya que una Administración pública en el ejercicio de sus potestades está sometida a la ley y al derecho, y en ninguna medida puede dejar de reconocer los derechos que le corresponden a un administrado de conformidad con la ley; ahora bien pretender”, como hace “el contratista, que como consecuencia de dicha cláusula no ha existido una variación del plazo de ejecución de la obra, y que tiene derecho a solicitar la rescisión contractual de conformidad con el plazo primigenio o primero del contrato, anterior al nuevo programa de trabajos y al reajuste aprobado, supone (...) vaciar de contenido dichos actos y la modificación del tracto temporal del contrato de obras que dichos actos han generado. Sin que podamos obviar que dichos actos no tienen carácter unilateral, sino que su tramitación exige la conformidad de las dos partes del contrato, Administración y contratista, que en virtud de la autonomía de la voluntad de cada uno muestran o no su conformidad con dichos actos, suponiendo por tanto una transgresión de la buena fe contractual”.

Pone de manifiesto que “a fecha actual, tal y como se deduce del informe del Director de la Obra de fecha 1 de julio de 2016 (...), no existe ejecución de obra por parte de la empresa contratista, siendo esta una decisión unilateral de dicha empresa”, debiendo “tener en cuenta que en fecha 4 de mayo de 2016 se dictó Resolución de levantamiento de la suspensión temporal del contrato de obras (...), que fue notificada a la empresa contratista en fecha 5 de mayo de 2016; acto administrativo que no consta que haya sido recurrido de contrario y que (...) ha devenido firme y es plenamente ejecutivo, suscribiéndose el acta de levantamiento de la suspensión de la obra de disconformidad por la empresa, pero siendo decisión de esta el abandono de la

obra, con las consecuencias que dicha situación puede generar para el interés público y el erario público”.

Concluye que “deben ser desestimadas las solicitudes de rescisión del contrato (...) presentadas por el contratista”.

17. El día 13 de julio de 2016, la titular de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente dicta resolución por la que se acuerda “la suspensión del plazo de tres meses para resolver y notificar el procedimiento de interpretación del contrato de las obras (...) por el tiempo que medie entre la solicitud del preceptivo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias y la recepción del mismo”. Con idéntica fecha se da traslado de la Resolución a la empresa contratista y se remite el expediente a la Presidencia del Principado de Asturias al objeto de que se formule la solicitud del preceptivo dictamen.

18. El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el 7 de septiembre de 2016, dictamina que, “pese a los términos formales en los que se ha planteado, la consulta se refiere, desde un punto de vista sustantivo, no a la interpretación del contrato, sino a su resolución, la cual constituye el objeto del procedimiento incoado a instancia del contratista y sobre el que la Administración está obligada a resolver”, y que, en consecuencia, ha de retrotraerse el procedimiento al objeto de recabar el preceptivo informe del Servicio Jurídico, que había sido omitido en la consideración de que aquel debía configurarse como de interpretación contractual.

El día 3 de octubre de 2016, una Letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa que no concurre la causa de resolución del contrato invocada por la adjudicataria. Afirma que “las partes acordaron no iniciar la ejecución del contrato hasta el mes de enero de 2016, tramitándose el correspondiente reajuste de anualidades (...), por lo que ambas partes

modificaron voluntariamente la fecha de inicio de las obras, y a dicha obligación quedan vinculadas tanto la Administración -que por lo tanto no podría incoar el expediente correspondiente para la imposición de penalidades administrativas por demora en el inicio de las obras- como la empresa adjudicataria, que en buena lógica no podía plantear, en los términos pretendidos, la resolución del contrato por la suspensión durante un plazo superior a seis meses”.

Con fecha 11 de octubre de 2016, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora suscribe propuesta de resolución desestimatoria de las “solicitudes” de resolución contractual formuladas por la adjudicataria, que se comunica a la contratista el 18 del mismo mes dándole audiencia por plazo de diez días naturales.

El día 28 de octubre de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante de la contratista reitera las alegaciones formuladas en el presentado el 21 de junio de 2016.

Con fecha 4 de noviembre de 2016, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora suscribe propuesta de resolución desestimatoria de las solicitudes de resolución contractual en la que se reproducen los fundamentos de la elaborada el 13 de junio de 2016.

Planteada nueva consulta al Consejo Consultivo, este dictamina en sesión celebrada el 7 de diciembre de 2016 que no procede acordar la resolución contractual instada por el adjudicatario, habida cuenta de que cuando solicita desvincularse del contrato no existe circunstancia alguna que impida la ejecución de la obra.

Mediante Resolución de la Consejera de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de 28 de diciembre de 2016, se desestiman las solicitudes de resolución contractual formuladas por el adjudicatario y se ordena a la empresa “que proceda a la inmediata ejecución de las obras”, lo que se le notifica el día 3 del mes siguiente.

Con fecha 3 de febrero de 2017, el representante de la contratista formula recurso de reposición frente a la citada resolución desestimatoria. En él, tras reproducir la argumentación ya expuesta en el curso del procedimiento que da lugar al acto recurrido, pone de relieve que, recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias la Resolución de 4 de mayo de 2016, por la que se dispone la reanudación de los trabajos previamente suspendidos por la Administración, con solicitud de adopción de medidas cautelares consistentes en “la suspensión de la citada resolución en tanto en cuanto no finalizara al expediente administrativo de resolución de contrato”, el día 6 de septiembre de 2016 dicho Tribunal dicta un Auto por el que se acuerda la suspensión solicitada.

Mediante Resolución de la Consejera de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de 2 de marzo de 2017, se desestima el recurso de reposición. En sus fundamentos jurídicos se deja constancia de que el Auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia “adoptando medida cautelar sobre dicha Resolución quedó supeditado a la previa presentación de aval de 1 millón de euros, sin que se tenga constancia del depósito del mismo por parte de la empresa”.

19. Obra incorporado al expediente el Auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias el 6 de septiembre de 2016 en el que se dispone “adoptar la medida cautelar de suspensión de la resolución de fecha 4 de mayo de 2016 de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, impugnada en los autos principales, que ha sido interesada en esta pieza separada por (el representante de la empresa contratista) si presta aval o garantía por importe de un millón de euros”.

20. Con fecha 8 de marzo de 2017, el Director de las Obras suscribe un informe en el que pone de manifiesto que “con fecha 20 de enero de 2017, una

vez constatado que el contratista no ha iniciado las obras, se le insta nuevamente a iniciar las obras de manera inmediata./ Con fecha 8 de febrero de 2017, al constatar nuevamente que el contratista no se ha personado ni iniciado las obras, se da traslado de la correspondencia habida al Servicio de Contratación para que tome las medidas legales que estime oportunas./ Con fecha 16 de febrero se recibe escrito del contratista que se adjunta. En él se manifiesta, con carácter marcadamente contradictorio, la improcedencia de iniciar las obras y, al mismo tiempo, que va a iniciar las denominadas `labores preparatorias, sin fijar calendario ni aportar ningún dato en relación con la planificación de las obras./ Con fecha 21 de febrero de 2017 se da cumplida respuesta al escrito citado que se adjunta. Se le otorga un nuevo plazo de 3 días para aportar la documentación precisa para el inicio de las obras (...), instándole `nuevamente´ para el inmediato inicio de las mismas./ Con fecha 27 de febrero de 2017 se recibe escrito dando contestación al requerimiento de esta Administración de fecha 21 de febrero de 2017 que se adjunta. Al respecto, le informo lo siguiente:/ El programa de trabajos que adjunta es un simple esquema simplificado de ejecución de obras. No se detallan las mínimas unidades necesarias para poder comprender los trabajos que se proponen ejecutar, ni en qué tajos; por tanto, no es el documento que se le requirió. Sin embargo, el programa de trabajos fija la fecha de inicio de los trabajos para el día lunes 6 de marzo de 2017./ Las inversiones que arroja el programa de trabajos presentado, con una inversión del 17,7% para el primer ejercicio y del 82,3% para el segundo, con plazos similares, no son realistas ni coherentes./ No se aporta el resguardo de haber constituido el aval necesario para hacer efectiva la medida cautelar invocada de fecha 6 de septiembre de 2016 (han transcurrido 5 meses)./ Realizadas visitas por personal de este Servicio al emplazamiento de las obras, los días lunes 6 de marzo y martes 7 de marzo de 2017, se constata una vez más que el contratista no ha iniciado los trabajos”.

21. Mediante Resolución del órgano de contratación de 14 de marzo de 2017, se inicia el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista al amparo de lo establecido en el artículo 212.4 del TRLCSP y lo señalado en la cláusula 19.1 del pliego de las administrativas particulares, en la que se establece que “Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o, en su caso, de los plazos parciales, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, previstas en el artículo 212 del TRLCSP”, teniendo en cuenta que, “a mayores, la cláusula 18.1 del (pliego de cláusulas administrativas particulares) establece como causa de resolución (...) `La suspensión de la ejecución de las obras sin autorización expresa´”.

22. Con fecha 20 de marzo de 2017, el Ingeniero Director de las Obras, con el visto bueno del Ingeniero Jefe del Servicio de Construcción de Carreteras, remite dos informes a la Secretaria General Técnica. En el primero de ellos señala que, “toda vez que las obras no han comenzado su ejecución, la liquidación por obra ejecutada supone un importe de cero euros con cero céntimos (...). Los daños y perjuicios a considerar a la fecha actual debieran contemplar los gastos realizados en el contrato de la asistencia técnica de seguridad y salud vinculada al contrato de las obras, así como los gastos de conservación realizados por el Servicio de Conservación y Explotación de Carreteras durante el periodo en que las obras no estaban suspendidas y cuya obligación de conservación debiera corresponder al contratista adjudicatario de las citadas obras. Estos gastos no pueden precisarse a la fecha actual por cuanto aún no ha sido resuelto el contrato”. En el segundo se precisa que “igualmente debieran valorarse los gastos generados a la Administración contratante en cuanto a dedicación de personal propio desde las labores de licitación hasta las de seguimiento y control del contrato./ En particular, en

cuanto al personal del Servicio de Construcción de Carreteras, se incluirían las horas dedicadas por el Ingeniero Director del Contrato en las diferentes actuaciones, que abarcan desde la asistencia a las mesas de contratación y elaboración de informes, hasta las visitas al lugar de las obras para el seguimiento de las expropiaciones y la modificación de servicios afectados, las comprobaciones de diversa índole para contestación de alegaciones realizadas por los propietarios afectados, la revisión y toma de datos previos al inicio de las obras. Las horas dedicadas por el Ingeniero Técnico de Obras Públicas adscrito a la Dirección de las Obras para comprobación del estado real de los terrenos afectados previa al inicio de las obras y para investigación de posibles servicios afectados no detectados y control de las zonas donde debiera producirse el talado de árboles que despejaran la traza a construir. Las horas dedicadas por el Ingeniero Técnico Topógrafo adscrito a la Dirección de las Obras para la comprobación y marcaje de replanteos, toma de datos específicos previos al inicio de las obras y toma de datos para la contestación de alegaciones realizadas por los propietarios afectados por las obras. Las horas dedicadas por los vigilantes adscritos a la Dirección de las Obras en sus labores habituales de visita al lugar de las obras para realizar el seguimiento de los cambios de servicios afectados, ayuda al resto de equipo técnico de la Dirección de Obra./ Estos gastos no pueden precisarse a la fecha actual por cuanto aún no ha sido resuelto el contrato y alguno de ellos no dejará de producirse hasta la total resolución de la situación actual”.

23. El día 22 de marzo de 2017, el Jefe del Servicio de Contratación informa, respecto a los daños y perjuicios que ocasiona la resolución contractual, que en el momento presente solo pueden fijarse los “vinculados con los gastos de personal que la Administración tuvo que asumir para adjudicar el contrato de obras”, quedando pendientes de valorar otras cuestiones como “los gastos que tendrá que asumir la Administración en orden a licitar nuevamente este contrato, la diferencia de coste entre el importe de adjudicación del contrato de

obras resuelto y el que se adjudique en un futuro, labores de conservación ordinaria del contrato (...). Gastos cuya producción y cuantificación (...) dependen de acontecimientos futuros, por lo que su determinación en este momento resulta imposible, y que resulta necesario tener en cuenta que dichos gastos pueden en todo caso provocar que los daños y perjuicios generados superen la cuantía de la garantía constituida”.

24. Con fecha 29 de marzo de 2017, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería instructora libra un informe en el que cuantifica los gastos de personal necesarios para la adjudicación del contrato en 744,76 €.

25. El día 3 de abril de 2017, la Secretaria General Técnica propone resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista. En la propuesta señala, respecto a la causa de resolución, que “serán causas de resolución del contrato las establecidas en la cláusula 18 del (pliego de las administrativas particulares), además de las causas de resolución aplicables a los contratos de obras recogidas en el artículo 237 del TRLCSP, sin perjuicio de la remisión general de este precepto al artículo 223 del mismo cuerpo legal./ De conformidad con el apartado d) del citado artículo 223, es causa de resolución del contrato ‘La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista’ (...). A mayores la cláusula 18.1 del (pliego de las administrativas particulares) establece como causa de resolución la siguiente ‘La suspensión de la ejecución de las obras sin autorización expresa’”. Considera la autora de la propuesta que “de lo actuado (...) efectivamente puede imputarse al contratista el incumplimiento culpable del contrato, y que este incumplimiento es sustancial en la medida en que no se ha ejecutado nada en la obra, pese a los requerimientos reiterados de la Administración (...), siendo motivo de resolución del contrato en base al artículo 223.d) del TRLCSP, esto es ‘la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista’”.

Añade que “la decisión administrativa de resolver el contrato requiere la previa ponderación de la entidad del incumplimiento que se achaca al contratista para determinar si concurre en él la esencialidad que justifica el ejercicio de la potestad resolutoria (...). El incumplimiento del contratista afecta a elementos esenciales del contrato (tanto objeto como plazo), y es de tal calado y trascendencia que su actuación no puede reputarse como un mero retraso en la ejecución de la obra, sino (...) que es manifiesta de una inobservancia esencial de las prestaciones y de una voluntad clara del contratista de no atender los compromisos contraídos; lo que es bastante para habilitar a esta Administración para optar por la resolución del contrato en vez de recurrir a la imposición de penalidades. Una pervivencia del contrato únicamente abocaría a prolongar en el tiempo una situación de incumplimiento del adjudicatario./ Asimismo, se trata de un incumplimiento imputable al contratista y que puede calificarse de culpable, ya que (...) no ha demostrado causa objetiva alguna que le exonere de la imputación del incumplimiento de la prestación”.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, significa que, “puesto que no ha habido cumplimiento del plazo de ejecución del contrato, su incumplimiento acarrea la resolución del contrato y su liquidación, que deberá (...) efectuarse al tiempo de resolver el contrato (artículo 239.1 del TRLCSP y 172.3 del RGLCAP); y por ello consta en el expediente la liquidación del contrato con un saldo a cero euros, importe que deviene lógico ya que por parte del contratista no se ha iniciado la ejecución de la obra”.

Propone, asimismo, “incautar parcialmente en la cantidad de 744,76 € la garantía definitiva constituida (...) por importe de 234.174,83 € (...), de forma que deba retenerse cautelarmente dicho importe (234.174,83 €) 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 la liquidación de daños y perjuicios que se instruirá a continuación”.

26. Trasladada el día 7 de abril de 2017, la anterior propuesta al contratista y al avalista para que formulen las alegaciones que consideren oportunas, con fecha 12 del mismo mes un Letrado, que actúa en representación de la adjudicataria, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones. En él parte de considerar que es “absolutamente improcedente la resolución del contrato por causa culpable de (su representada) en tanto que el mismo ya debió encontrarse resuelto a instancia del propio contratista, y ello por cuanto (...) el contrato se encuentra incurso en la causa de resolución prevista en el artículo 237.b) del RD 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (...). Como consecuencia de lo anterior (la adjudicataria) solicitó pertinentemente su resolución, si bien la Administración incomprensiblemente ha resuelto desestimar dicha solicitud, por lo que habrá de ser el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias quien dictamine la procedencia de esa solicitud”.

Reitera que la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración es causa resolutoria, y argumenta, respecto al incumplimiento del plazo de ejecución, que, “aunque admitiéramos a efectos dialécticos la existencia de un incumplimiento, no puede hablarse en ningún caso de incumplimiento total del contrato, puesto que (la empresa) se encontraba llevando a cabo las labores de preparación de los trabajos y acababa de remitir a la Consejería un plan de obra conforme a lo requerido previamente por ella, tal y como se puso de manifiesto en el escrito que (...) presentó como contestación al requerimiento efectuado por la Consejería en fecha 23 de febrero de 2017”. Además, entiende que “el supuesto incumplimiento no sería grave, aun siendo cierta la existencia de un retraso en el cumplimiento de los plazos previstos para la ejecución de la obra”, dado que “nos encontramos en una obra en la que existe un desfase de más de 9 meses respecto del plan inicial bajo el que fue adjudicada, y ello por causas

estrictamente imputables a la Consejería". Finalmente, considera que el "alegado incumplimiento no es en modo alguno culpable", pues "habría tenido lugar en una obra que lleva suspendida más de 9 meses, lo que, sin lugar a dudas, tiene un grave impacto en el momento de reactivar los trabajos".

Tras señalar que "no todo incumplimiento del contrato (en este caso, por el supuesto retraso en la ejecución de las obras) determina la resolución del mismo, sino solo aquellos incumplimientos sustanciales que sean relevantes e imputables al contratista (por haber mantenido una actitud obstativa y rebelde al cumplimiento prolongada en el tiempo), debiendo atenderse por exigencia del principio de proporcionalidad a las circunstancias del caso concreto a la hora de decidir sobre una consecuencia tan grave como es la resolución de un contrato./ Por ello, la resolución del contrato se reserva para los casos más graves de incumplimiento, sin que baste un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones del contratista para determinar dicha resolución, requiriéndose una actitud dolosa o culposa de aquél que impida la realización de las prestaciones del contrato de forma definitiva./ Tal y como se ha expuesto anteriormente, en el presente caso estaríamos ante un incumplimiento de carácter leve, parcial y no imputable al contratista, que carece de la relevancia necesaria para poder determinar la resolución del contrato./ Así, el incumplimiento leve del plazo de ejecución, que además pudiera ser recuperable, no puede ser causa de resolución del contrato por vulnerar el principio de proporcionalidad, en cuya virtud solo pueden dar lugar a la resolución de los contratos los incumplimientos de carácter grave y esencial".

Considera que "dada la escasa gravedad del supuesto incumplimiento y los antecedentes acontecidos, hubiera resultado más adecuada en el presente caso la imposición de penalidades al contratista si se hubiese considerado que estamos ante un retraso imputable" a la empresa. Afirma que "si la Administración optara por la vía de imponer penalidades se acabarían las obras antes de que se alcanzara el primer 5 por 100 del importe del contrato, esto es, no llegaría a incurrirse en causa de resolución./ Sin embargo, la conducta de la

Consejería denota de manera palmaria su voluntad de expulsar al contratista del contrato resolviéndolo de plano, sin atender a las solicitudes, propuestas y alegaciones del contratista, con el claro fin de adjudicarlo a otra empresa, lo que supone una indudable desviación de poder”.

27. El día 12 de abril de 2017, la Jefa del Servicio Jurídico del Principado de Asturias traslada a la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora una copia de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 10 de abril de 2017, por la que se desestima el recurso formulado por la adjudicataria frente a la Resolución de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de 4 de mayo de 2016, que autorizaba el levantamiento de la suspensión temporal total del contrato.

28. Con fecha 24 de abril de 2017, el Jefe del Negociado de Registro de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente extiende diligencia en la que hace constar que “habiendo sido requerida documentación a (la entidad avalista) el día 04-04-2017, resolución contrato obras proyecto actualizado 2013 en la AS-22 Samagán-Lagar por incumplimiento culpable del contratista (...), no ha presentado ningún tipo de documentación”.

29. El día 25 de abril de 2017, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora suscribe propuesta de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista. En ella señala, respecto al procedimiento, que “en este caso no resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, en virtud del artículo 213 del TRLCSP, dada la causa de resolución contractual propuesta, que es la demora en el cumplimiento de los plazos de ejecución por parte del contratista”. Destaca que la misma es causa legal de resolución, y que “a mayores la cláusula 18.1” del pliego de las administrativas particulares “establece como causa de resolución la siguiente ` La suspensión de

la ejecución de las obras sin autorización expresa’”. Significa que “los elementos fácticos que constan en el expediente (...) denotan de forma indubitada la clara voluntad del contratista de no ejecución de la obra”, y pone de manifiesto que “las cuestiones planteadas por la empresa a lo largo del presente expediente han sido objeto de la tramitación procedimental pertinente y del dictado de las correspondientes resoluciones, existiendo ya una sentencia del Tribunal Superior de Justicia que desestima su pretensión planteada frente al levantamiento de la suspensión de la obra”. Considera que “pretender otorgar a las actuaciones de inejecución total de la obra realizadas por la empresa (...) el carácter de incumplimiento leve y no culpable del contratista no cabe”. Señala que el contratista pretende evidenciar “su actitud de buena fe y en ningún caso contraria a la ejecución del contrato de obras cuando sus actos ponen de manifiesto claramente lo contrario, al ser la empresa la que en primer lugar planteó ya en el año 2016 la resolución del contrato y (...) la única culpable de que a fecha actual, desde la fecha de levantamiento de la suspensión, 4 de mayo de 2016, a la fecha de dictado del presente documento, no se haya ejecutado nada del contrato de obras”.

En cuanto a la disyuntiva “entre imponer penalidades o resolver el contrato en caso de demora en la ejecución del plazo”, afirma que “es una opción que queda a voluntad de la Administración, tal y como se deduce de lo establecido en el artículo 212.4 del TRLCSP, y por supuesto estamos (...) completamente de acuerdo con la empresa contratista (en) que dicha decisión debe ser motivada y proporcionada al incumplimiento producido, resultando en este caso, tal y como se concluye de todos los argumentos anteriormente expuestos, que el incumplimiento además de probado es lo suficientemente claro e indubitado para acordar la resolución, en la medida (en) que afecta a la totalidad de la ejecución del contrato de obras, y de los antecedentes de hecho mencionados (...) se considera claramente probada la voluntad inequívoca del contratista de no ejecución de la obra”.

Por ello, propone resolver el contrato e “incautar parcialmente en la cantidad de 744,76 € la garantía definitiva constituida por (...) importe de 234.174,83 € (...), de forma que deba retenerse cautelarmente dicho importe (234.174,83 €) 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 la liquidación de daños y perjuicios que se instruirá a continuación”.

30. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de mayo de 2017, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la resolución del contrato de obras contempladas en el proyecto actualizado 2013, acondicionamiento general de la carretera AS-22, tramo Samagán-Lagar, 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 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 las normas citadas, la consulta preceptiva a este Consejo sobre la 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 sus causas y consecuencias, 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.- El contrato sometido a nuestra consideración es de naturaleza administrativa; más concretamente, se trata de un contrato administrativo de obras.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -17 de julio de 2015-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), 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 19.2 del TRLCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta, dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”.

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

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en 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. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

En el caso que analizamos se ha dado audiencia al contratista y al avalista, no habiéndose recabado el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, según se expresa en la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración, en el entendimiento de que aquel no resulta preceptivo "dada la causa de resolución contractual propuesta, que es la demora en el cumplimiento de los plazos de ejecución por parte del contratista".

Al objeto de verificar si la Administración consultante ha observado las normas de procedimiento y, más concretamente, si el citado informe debe recabarse o no, hemos de comenzar por analizar cuál o cuáles son los motivos sobre los que se articula la resolución propuesta. Tanto en la resolución de inicio como en la propuesta de resolución se identifican dos causas resolutorias: por un lado, la del artículo 223.d) del TRLCSP, consistente en la "demora en el

cumplimiento de los plazos por parte del contratista”, y, por otro, la causa especial de resolución a que se refiere la cláusula 18.1 del pliego de las administrativas particulares, esto es, la “suspensión de la ejecución de las obras sin autorización expresa”. La primera de las citadas se articula como causa principal en la medida en que ha determinado el procedimiento a seguir, mientras que la segunda se esgrime “a mayores”.

En relación con la primera, debemos señalar que lo dispuesto en el artículo 223.d) del TRLCSP ha de ponerse en relación con lo establecido en los artículos 212.4 y 212.6 del mismo texto legal. Aunque estos últimos preceptos no tienen carácter básico, resultan de aplicación en defecto de normativa autonómica propia, y además en el asunto de que se trata su contenido ha sido incorporado a la cláusula 19.1 del pliego de las administrativas particulares. La demora en el cumplimiento de los plazos englobaría así tres submotivos resolutorios distintos: el incumplimiento del plazo total, el incumplimiento de los plazos parciales cuando este supuesto se haya contemplado en los pliegos y la imposibilidad de cumplimiento del plazo total razonablemente apreciada como consecuencia del incumplimiento de los plazos parciales. En definitiva, el incumplimiento temporal que habilita a la Administración a proponer la resolución contractual no ha de entenderse referido a la mera demora o retraso en el cumplimiento de un plazo, como podría desprenderse de una lectura aislada del artículo 223.d) del TRLCSP, sino que exige, siguiendo una interpretación integradora del precepto, la constatación del incumplimiento de un plazo, sea el total o los parciales de ejecución. Ello solo podrá tener lugar cuando el plazo para la ejecución de la prestación correspondiente haya finalizado o cuando, acreditado el vencimiento de los plazos parciales, pueda racionalmente presumirse que el contrato no podrá ejecutarse completamente antes de que expire el plazo total.

En el caso examinado, parece que el término que se reputa incumplido es el total, pues tanto la resolución de inicio como la propuesta de resolución invocan únicamente la aplicabilidad del artículo 212.4 del TRLCSP (referido al

incumplimiento del plazo total), sin mención alguna del artículo 212.6 del mismo cuerpo legal (relativo al incumplimiento de los plazos parciales). Además, del pliego resulta -apartado f) del cuadro resumen de características del contrato- que no existen plazos parciales en la contratación de referencia. Aunque la falta de señalamiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de plazos parciales de ejecución no impediría que pudiera articularse la resolución del contrato sobre el incumplimiento de tales plazos, pues, como ya señalamos en el Dictamen Núm. 10/2015, el incumplimiento de los hitos resultantes del plan de trabajo puede justificar la resolución del contrato al amparo del artículo 212.6 del TRLCSP siempre que aquel haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total, sucede en el caso analizado que la justificación técnica de la presumible imposibilidad de terminar la obra en plazo como consecuencia del retraso acumulado en la consecución del plan de trabajo brilla por su ausencia. A mayor abundamiento, de la actuación de la Administración, que requiere reiteradamente al contratista para que inicie la ejecución de las obras en los meses de enero y febrero de 2017, solo puede inferirse racionalmente que en la fecha de incoación del procedimiento todavía resultaba posible ejecutar el contrato dentro de plazo. Al respecto, no desconocemos que el Director de las Obras informa, a la vista del programa de trabajos presentado por el contratista el 27 de febrero de 2017, que "las inversiones que arroja (...), con una inversión del 17,7% para el primer ejercicio y del 82,3% para el segundo, con plazos similares, no son realistas ni coherentes"; no obstante, tal afirmación (en la que se destaca el carácter defectuoso del nuevo programa de trabajos aportado) no alcanza a acreditar la imposibilidad de ejecutar la obra en plazo como consecuencia del incumplimiento de los hitos parciales comprometidos por el adjudicatario.

Así, resulta que de las causas cuya aplicabilidad valorábamos al comienzo solo quedan dos: el incumplimiento del plazo total y la suspensión de la ejecución de las obras sin autorización expresa. Puesto que de conformidad con lo señalado en el artículo 213.1 del TRLCSP podrá prescindirse del informe del

Servicio Jurídico en los casos de demora en la ejecución contemplados en el artículo 212, solo si resultara viable articular la pretensión resolutoria sobre la base del incumplimiento del plazo total podría considerarse que el procedimiento ha sido correctamente tramitado. Sin embargo, no es así.

El plazo total de ejecución no puede entenderse incumplido, pues siendo de treinta meses aún no habría finalizado a fecha actual. En efecto, dado que su cómputo se inició en mayo de 2016, y considerando que la medida cautelar de suspensión adoptada en vía judicial no ha tenido efecto por falta de constitución por parte del contratista de la garantía impuesta, pues así resulta del artículo 133.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el plazo total de ejecución no expirará hasta el mes de noviembre de 2018.

Siendo evidente, por tanto, que no procede resolver el contrato por incumplimiento del plazo total de ejecución, y considerando que la articulación del procedimiento resolutorio sobre la causa de suspensión no autorizada de las obras impone solicitar el informe del Servicio Jurídico con carácter preceptivo, no procede que nos pronunciemos en el momento actual sobre el fondo de la cuestión planteada, debiendo la Administración retrotraer el procedimiento al objeto de recabar la emisión del referido informe. Una vez incorporado este al expediente y formulada nueva propuesta de resolución, deberá solicitarse nuevamente de este Consejo el preceptivo dictamen. A tal efecto, recordamos a la autoridad consultante que las actuaciones citadas y la ulterior resolución y notificación deberán completarse en el plazo que resta para la conclusión del plazo máximo establecido al efecto, que es de tres meses contados desde su inicio -el 14 de marzo de 2017-, de conformidad con lo señalado en el artículo 21.3.a) de la LPAC, de aplicación supletoria a falta de un plazo máximo establecido en la legislación sectorial específica. De lo contrario se producirá la caducidad del procedimiento al tratarse de un procedimiento iniciado de oficio en el que la Administración ejercita potestades de intervención susceptibles de

producir efectos desfavorables o de gravamen, de acuerdo con lo dispuesto el artículo 25.1.b) de la LPAC.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de practicar cuanto queda expuesto 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. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.