

Expediente Núm. 56/2019
Dictamen Núm. 130/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 16 de mayo de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, y la abstención de doña María Isabel González Cachero en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 1 de marzo de 2019 -registrada de entrada el día 7 del mismo mes-, examina el expediente de resolución del contrato de concesión de obra pública de adecuación de edificio en la Universidad Laboral para su uso como hotel, así como su posterior conservación y explotación.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Cultura y Turismo de 9 de noviembre de 2007 se adjudica a, mediante concurso, el contrato de

concesión de obra pública de adecuación de edificio en la Universidad Laboral para su uso como hotel, así como su posterior conservación y explotación. Consta en el expediente que la adjudicataria "oferta la explotación del hotel durante el plazo máximo previsto en el pliego de cuarenta años, de los cuales dos corresponderían a la ejecución de la obra".

Constituida la sociedad comprometida por la adjudicataria y presentada la garantía, con fecha 10 de diciembre de 2007 se formaliza el contrato, en el que se recoge el plazo máximo de duración de 40 años y los plazos parciales, que son de 2 años para la ejecución de la obra, desde la comprobación del replanteo, y 38 para la explotación del hotel, coincidente con lo señalado en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cuya cláusula 2 prevé que "el plazo máximo de ejecución de las obras es de dos años (...), a contar desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo". Asimismo se refleja en el contrato que la mercantil asume una inversión de 13.524.562 €, IVA incluido, de acuerdo con el proyecto técnico aprobado por Resolución de 2 de noviembre de 2007, que ejecutará el contrato a su riesgo y ventura y que extinguida la concesión por cumplimiento del plazo "o por otra cualquier causa" revertirán a la Administración las instalaciones.

En la cláusula 25 del pliego de las administrativas particulares se señala que las obras "se realizarán en el plazo máximo de dos años" y que "cualquier modificación del proyecto deberá ser aprobada por el órgano de contratación"; en la 27 se acoge el principio de riesgo y ventura, y la 15 remite, en cuanto a la resolución del contrato, a lo dispuesto en el artículo 264 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y al procedimiento establecido en el artículo 109 del Reglamento General de la referida Ley.

Consta en las actuaciones que, previa solicitud de la concesionaria e informe de la Directora de Obra, con fecha 26 de mayo de 2011 se autoriza la redacción del proyecto modificado número 1 del contrato (justificado en la adaptación a normas técnicas y el acuerdo de la concesionaria con otra cadena hotelera para la "comercialización de hoteles de alta gama") y se acuerda la suspensión temporal parcial de las obras. La empresa adjudicataria presenta, a

continuación, un proyecto modificado respecto al cual el informe de supervisión, fechado el 18 de agosto de 2011, señala una serie de defectos que deben subsanarse; entre ellos, la necesaria presentación de un acta de precios contradictorios para su valoración y posterior aprobación. Con fecha 23 de septiembre de 2011, la adjudicataria presenta un escrito y diversa documentación dirigida a la subsanación del proyecto modificado. No obstante, nombrado un nuevo Director de Obra se libra un requerimiento a la concesionaria ya que no se justifican, a juicio del responsable del contrato, los precios contradictorios introducidos en el proyecto modificado, pues no se observa relación alguna entre los nuevos precios incluidos y el ámbito definido para las modificaciones planteadas que dieron origen a la autorización del modificado. El día 18 de mayo de 2012 se requiere de nuevo dicha justificación y la empresa aporta más documentos. A la vista de ellos, el responsable del contrato concluye que los precios contradictorios que se remiten no son coincidentes con ninguna de las versiones del proyecto modificado que se habían presentado anteriormente, lo que se comunica por el Director de la Obra a la concesionaria el 5 de junio de 2012. No consta en el expediente ninguna respuesta de la mercantil a la petición formulada por el responsable del contrato, ni remisión de justificación alguna que aclare las diferencias entre el modificado y los precios contradictorios.

Obra en el expediente a continuación un informe de la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería de Economía y Empleo, de 26 de septiembre de 2012, expresivo de que el contrato "adjudicado por la entonces Consejería de Cultura y Turismo (...) entra dentro de las competencias" de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo.

En un informe librado el 25 de septiembre de 2012 por una Técnica de la Consejería de Economía y Empleo se incorpora un cronograma detallado y se pone de manifiesto que "suponiendo que el acta de comprobación del replanteo -que es preciso requerir- se haya suscrito a un mes del inicio el plazo (...) comenzaría a computar a partir del 11-01-2008", y que "la obra se encuentra suspendida únicamente por la parte afectada por el modificado n.º 1 propuesto (pendiente de aprobación). Sin embargo, el plazo para ejecutar la parte de obra

no afectada por el modificado n.º 1 ha transcurrido ya (11-01-2011), por lo que la misma debería haber finalizado al no ser posible solicitar una nueva prórroga una vez vencido el plazo”.

2. Mediante Resolución del Consejero de Empleo, Industria y Turismo de 9 de mayo de 2018, a propuesta de la Dirección General de Comercio y Turismo, se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato “por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales”. Tras constatarse en el cuerpo de la resolución que “con fecha 20 de octubre de 2009 el concesionario solicita modificación del plazo de ejecución de la obra ampliándolo en 18 meses”, y que “por Resolución de 6 de noviembre de 2009 se prorroga el contrato por el plazo solicitado”, se reseña que la mercantil “ni siquiera llegó a ejecutar la obra que posteriormente debía ser explotada” -consistente en “la adecuación de uno de los edificios (...) para su uso como hotel”-, a lo que se había comprometido en el plazo máximo de “dos años desde el siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo”. Se cita el artículo 243.1.a) del TRLCAP, que establece la obligación de “ejecutar las obras con arreglo a lo dispuesto en el contrato”, y el artículo 264, apartado j), del mismo texto legal, que señala que son causas de resolución “el abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales”. Se puntualiza que “el concesionario presentó un proyecto de modificación de las obras ya iniciadas, si bien la Administración en ejercicio de sus funciones exigió que dicho proyecto modificado fuese corregido al haberse puesto de manifiesto errores relevantes (...). Las obras de construcción se encuentran paralizadas desde entonces./ En esta situación la concesionaria, tras sucesivos intentos por parte de la Administración de continuar con la tramitación del expediente y por, por ende, las obras, no atendió a los requerimientos de información solicitados al objeto de adecuar el proyecto modificado presentado a las indicaciones impuestas por los técnicos informantes./ Se produce pues un abandono de los trabajos sin que hasta la fecha la concesionaria se haya puesto en contacto con esta Administración”.

Se concluye que no se trata de un incumplimiento de plazos, sino de “un abandono completo de la obra” cuya ejecución “es presupuesto básico para la permanencia y despliegue del vínculo concesional, por lo que el desistimiento en su construcción constituye un abandono de la concesión”. Se añade que aunque la causa de resolución debe imputarse al concesionario, “también ha coadyuvado a la producción de la situación actual la pasividad de esta Administración contratante, por lo que los efectos de la resolución del contrato tendrán que atemperarse”.

Constan en el expediente un oficio anterior del Director General de Comercio y Turismo, fechado el 1 de abril de 2017, en el que se interesan los trámites necesarios para conocer la situación del contrato; el subsiguiente requerimiento dirigido al responsable del mismo con el fin de “disponer de una relación valorada y detallada de las unidades de obra ejecutadas y de las pendientes de ejecutar”; la remisión por la concesionaria el 3 de julio de 2017 de una relación valorada de las unidades ejecutadas; el informe del responsable del contrato expresivo de que tal relación no es detallada y que carece de firma de la Dirección de Obra, y el informe del Director General de Comercio y Turismo de 29 de enero de 2018 expresivo de los incumplimientos resolutorios. En este último se indica que “debería haberse ejecutado la parte de la obra no afectada por el modificado, sin que conste en el expediente comunicación alguna de los trabajos realizados”; amén de que el modificado no fue aprobado al no responder la adjudicataria a los requerimientos efectuados para subsanar los defectos advertidos en los precios contradictorios, habiéndose desatendido también el requerimiento dirigido a documentar una relación detallada y valorada de las unidades de obra ejecutadas.

3. Evacuado el trámite de audiencia con la concesionaria y su avalista, la primera presenta un escrito de alegaciones en el que se invocan las dificultades económicas que debido a la crisis financiera han impedido la ejecución de la obra, sin culpabilidad ni abandono por la empresa, que realizó una inversión de 1.838.141,14 €. Se aporta documentación sobre las inversiones efectuadas y se solicita la resolución del contrato por mutuo acuerdo, reseñándose que la

resolución por incumplimiento culpable no se ajusta a las circunstancias ni al principio de proporcionalidad, ante el reconocimiento por parte de la Administración de su propia pasividad. Para el supuesto de resolución por incumplimiento culpable, se interesa la devolución del importe de la inversión realizada para eludir el enriquecimiento injusto de la Administración.

4. Con fecha 29 de noviembre de 2018, una Técnica del Servicio de Gestión y Calidad Turística libra un informe sobre la documentación y las alegaciones presentadas por la adjudicataria a la vista del emitido previamente por el responsable del contrato. En él, tras detallar las carencias de la documentación aportada para justificar las inversiones, “que no se puede definir como una relación valorada y detallada”, se alude al riesgo y ventura de la concesionaria y a la no imposición de penalidades y multas coercitivas por la Administración cuando hubieran procedido al amparo de los pliegos, dejando así un margen adicional a aquella para que pueda afrontar sus compromisos.

Se justifica la actuación de la Administración en razones de eficacia que han aconsejado agotar los medios para que la contratista pudiera cumplir sus compromisos, postergando la resolución contractual como último recurso, sin que de esa “conducta generosa” quepa deducir una concurrencia de culpas. Se insiste en que el concesionario no ha contestado ni subsanado las irregularidades relativas a la falta de relación entre las modificaciones del proyecto y los nuevos precios incluidos, constatándose en la última documentación que remite que los precios contradictorios no coinciden con ninguna de las versiones del proyecto modificado.

Respecto a la devolución de las cantidades invertidas, se pone de relieve que en el expediente no hay documentos efectivos de pago ni certificaciones de obra que permitan valorar los trabajos ejecutados, sin que pueda atenderse a la petición de resarcimiento sin la previa determinación del valor de lo realizado y sin ponderar que la concesionaria asumió los trabajos a su riesgo y ventura.

Finalmente, se observa que la valoración económica de la resolución del contrato debe ser determinada mediante un procedimiento contradictorio,

complementario del presente, conforme a lo dispuesto en el artículo 266 del TRLCAP.

5. Por Resolución del Consejero de Empleo, Industria y Turismo de 17 de diciembre de 2018, se declara la caducidad del expediente de resolución, ordenándose la apertura de un nuevo procedimiento.

6. Con fecha 19 de diciembre de 2018, el Consejero de Empleo, Industria y Turismo dicta Resolución por la que se inicia un nuevo procedimiento de resolución “por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales” (referido a la falta de ejecución de la obra), incorporándose al cuerpo de la misma los antecedentes anteriores y al nuevo expediente las alegaciones formuladas por la concesionaria y el informe librado al respecto por el Servicio de Gestión y Calidad Turística, lo que se notifica a la contratista y a su avalista con un plazo para efectuar alegaciones.

7. El día 14 de enero de 2019, la mercantil interesada presenta un nuevo escrito de alegaciones en el que se reitera en las ya formuladas y manifiesta su voluntad de aportar la documentación que proceda para determinar el importe de la inversión cuando se inicie el expediente contradictorio de la liquidación de la concesión, subsanando las carencias apreciadas por los técnicos informantes, ya que no le resulta posible “la elaboración y reunión de dicha información” en el plazo concedido para el trámite de audiencia. Solicita y obtiene una copia del informe del Servicio de Gestión y Calidad Turística de 29 de noviembre de 2018.

8. Con fecha 18 de enero 2019, la Jefa del Servicio de Contratación formula propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato por incumplimiento por la concesionaria de sus obligaciones contractuales esenciales, sin que quepa admitir el mutuo acuerdo propuesto por aquella en mérito a la inejecución culpable de las obras. Asimismo, propone que se proceda a la liquidación del contrato en los términos de lo establecido en el

artículo 266 del TRLCAP, en cuyo cauce se ha de pronunciar sobre la incautación de la garantía constituida.

9. Solicitado informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, se libra este con fecha 21 de febrero de 2019 razonándose la concurrencia de la causa de resolución a que se refiere la propuesta de resolución y la improcedencia de la resolución por mutuo acuerdo.

10. El día 26 de febrero 2019, la Jefa del Servicio de Contratación formula una nueva propuesta de resolución en términos similares a la anterior.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de marzo de 2019, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de concesión de obra pública de adecuación de edificio en la Universidad Laboral para su uso como hotel, así como su posterior conservación y explotación, 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 la normativa mencionada, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el caso ahora examinado, si bien la adjudicataria no se opone totalmente a la resolución, pues la admitiría de acordarse de mutuo acuerdo o cuando supusiera para ella el reintegro de las cantidades invertidas, sí manifiesta su disconformidad sobre la causa y consecuencias pretendidas por la Administración. Como hemos señalado en ocasiones anteriores (por todos, Dictamen Núm. 47/2019), la oposición que determina la intervención de este Consejo existe no solamente cuando el adjudicatario manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la misma, la oposición se refiere a sus causas y efectos.

TERCERA.- El contrato que vincula a las partes es de naturaleza administrativa, suscrito al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.2.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, al tratarse de un contrato típico de concesión de obras públicas. Por ello, su régimen jurídico básico es el establecido (en virtud de la Ley 13/2003, de 23 de mayo) en el libro II, título V, del TRLCAP, sus disposiciones de desarrollo y la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a lo dispuesto en dicho título; sin perjuicio de la aplicación al mismo, en su defecto, de las disposiciones relativas a los contratos de las Administraciones públicas previstas en el libro I de la citada norma y en el Reglamento General de dicha Ley (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Sentado, pues, que nos hallamos ante un contrato típico de concesión de obras públicas, debemos puntualizar que por razón del tiempo en que fue adjudicado (9 de noviembre de 2007), tal como se recoge en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares, las prescripciones de los pliegos y demás documentación contractual, resultan de aplicación a su régimen jurídico sustantivo el TRLCAP y el RGLCAP, rigiéndose supletoriamente por las restantes

normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, por las normas de derecho privado. Asimismo, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establece en su disposición transitoria primera que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se registrarán, en cuanto a su extinción, entre otros aspectos, por la normativa anterior - norma de derecho intertemporal que se reitera en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP)-, debiendo tenerse en cuenta que Ley 30/2007 entró en vigor con carácter general el 30 de abril de 2008. Ahora bien, para la determinación de la ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento -en el presente caso el 19 de diciembre de 2018-, fecha en la que estaba ya vigente la LCSP.

En la cláusula 18 del pliego de las administrativas particulares, complementada por la cláusula 15 del mismo, y en reiteración de lo establecido en los artículos 59.1 y 249.1 del TRLCAP, se dispone que el órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la ley, la prerrogativa de acordar la resolución del contrato y determinar los efectos de esta.

El ejercicio de dichas prerrogativas, 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 mencionar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

La instrucción de los procedimientos de resolución contractual iniciados durante la vigencia de la LCSP se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 191 y en los apartados 1 y 8 del artículo 212 de dicha Ley; precepto este 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 procedimentales: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en

caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía; informe del Servicio Jurídico, salvo que no resulte preceptivo atendiendo a la causa resolutoria, y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva “cuando se formule oposición por parte del contratista”.

En el supuesto analizado se ha dado audiencia a la empresa contratista y a su avalista, se han documentado los compromisos adquiridos por la adjudicataria y los requerimientos dirigidos a su cumplimiento, se han incorporado al expediente un informe técnico sobre los incumplimientos y un informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias y se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, lo que es suficiente para la correcta determinación y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución que finalmente ponga fin al procedimiento.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, los artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al “órgano de contratación”. El sometido a nuestra consideración fue adjudicado por la titular de la Consejería de Cultura y Turismo, justificándose en lo actuado la asunción de la competencia por la actual Consejería de Empleo, Industria y Turismo, por lo que habrá de ser el titular de esta última quien dicte la resolución que ponga fin al procedimiento examinado.

Por otro lado, se observa que no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo, puesto que, si bien algunos de estos extremos se deducen de la resolución de incoación -de la que se le dio el oportuno traslado-, dicha comunicación no se ajusta a lo previsto en el artículo citado.

Asimismo, se repara en que en el informe-propuesta de resolución se posterga el pronunciamiento sobre la incautación de la garantía constituida al

ulterior expediente de liquidación. Tal incautación constituye, bajo el régimen del TRLCAP aplicable al contrato que examinamos, un automatismo derivado de sus artículos 113.4 y 266.4 para el supuesto de incumplimiento culpable, si bien, a tenor de lo establecido en el artículo 113.5 del propio TRLCAP y de lo recogido en la cláusula 15.7 del pliego de las administrativas particulares, debe ser objeto de expreso pronunciamiento en el acuerdo de resolución.

Finalmente, debemos poner de manifiesto que la Administración ha de dictar la resolución que ponga fin al procedimiento y notificarla en un plazo máximo de ocho meses desde su inicio, acordado mediante Resolución de 9 de noviembre de 2018, de conformidad con lo señalado en el artículo 212.8 de la LCSP.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, hemos de subrayar, en primer término, que el contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por ello, en caso de incumplimiento de sus obligaciones es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en el mismo.

Con arreglo al marco normativo antes señalado, el TRLCAP rige la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato. Por tanto, las causas de resolución aplicables son las recogidas en el artículo 264 de la citada norma que determina los supuestos que dan lugar a la resolución del contrato de concesión de obras públicas, entre ellos, "el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales" -apartado j)-, sin perjuicio de la remisión a "cualesquiera otras causas expresamente contempladas en esta u otra Ley o en el contrato"-(apartado k)-. Entre las consignadas en el propio TRLCAP aparecen las de su artículo 95 que, tras plasmar la obligación del contratista de "cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva" -apartado 1-, establece que la

Administración estará facultada para proceder a la resolución o acordar la imposición de penalidades “cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total”. Asimismo son resolutorios, a tenor de lo establecido en el artículo 252.3 del TRLCAP, los “incumplimientos graves (...) en los casos previstos en el correspondiente pliego”. En cuanto a las causas recogidas en el contrato, este se remite a los pliegos, resultando que el de cláusulas administrativas particulares nos reenvía, a su vez, a las consignadas en el artículo 264 del TRLCAP. En unos y otros casos las consecuencias de la resolución por incumplimiento culpable son las mismas: la incautación de la garantía constituida y la indemnización de los daños y perjuicios en lo que excedan de aquella, por imposición expresa del artículo 266.4 del TRLCAP, al que también se remite específicamente la cláusula 15 de las administrativas particulares.

En el supuesto aquí analizado hemos de partir de los incumplimientos resolutorios invocados en el acuerdo de incoación del procedimiento, fechado en diciembre de 2018, que se fundamenta en el “incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales” en cuanto que las obras se encuentran paralizadas desde el año 2011, y si bien en mayo de ese año se autorizó la redacción de un modificado parcial con suspensión temporal de parte de los trabajos -no del todo- la modificación nunca llegó a ser aprobada al no cumplimentarse por la concesionaria los requerimientos de subsanación, permaneciendo la obra inejecutada en sustancia a pesar de haberse rebasado ampliamente el plazo de dos años estipulado para su terminación.

Pues bien, a la luz de lo actuado resulta evidente que se ha incumplido una obligación contractual esencial -en cuanto atañe a la inejecución misma de la obra pública destinada a la posterior explotación-, sin que el adjudicatario cuestione la entidad ni la realidad de ese incumplimiento. Ninguna duda cabe de que, entre todas las obligaciones contractuales, la de realizar la prestación que constituye el objeto mismo del contrato se erige, de modo primario, en una obligación esencial -en el supuesto examinado consiste en la adecuación de un edificio público de cara a su ulterior explotación- que el contratista ha incumplido. En efecto, aun considerando la prórroga de 18 meses sobre el

inicial plazo de 2 años (cláusula 2 de las administrativas particulares, que se reproduce en el contrato) las obras deberían haber concluido en el año 2011 -como se razona en el informe técnico librado el 25 de septiembre de 2012-, constatándose sin controversia que la mercantil ni siquiera llega a ejecutar la obra al tiempo de incoarse el expediente resolutorio. Como se recoge en el cuerpo de las resoluciones por las que se inician los procedimientos de resolución (tanto el caducado como el que aquí se dictamina), en 2011 “el concesionario presentó un proyecto de modificación de las obras ya iniciadas” y la Administración “exigió que dicho proyecto modificado fuese corregido al haberse puesto de manifiesto errores relevantes”, resultando que “las obras de construcción se encuentran paralizadas desde entonces” y la concesionaria no atendió a los sucesivos requerimientos dirigidos a la adecuación del modificado a las indicaciones de los técnicos informantes, produciéndose un “abandono de los trabajos”. Esa realidad denota, a juicio de este Consejo, la voluntad de la empresa de incumplir el contrato en los términos en que se pactó -tratándose de un negocio jurídico de resultado, a plazo fijo, en lo que incumbe a la obra de adecuación del edificio- y, en consecuencia, la inobservancia sustancial de lo estipulado merece la calificación de incumplimiento contractual esencial, tal como se acredita con la mera comparación entre la inversión comprometida (13.524.562 €) y la efectivamente ejecutada (1.838.141,14 €, según la propia empresa).

De hecho, la mercantil admite pacíficamente el sustrato objetivo que fundamenta la resolución, cuestionando solo lo relativo a su “culpabilidad” en mérito a las dificultades económicas “que debido a la crisis financiera han impedido la ejecución de la obra”. Frente a ello, invocan los sucesivos informantes el principio de riesgo y ventura que preside la concesión, conforme a la ley y a los pliegos. Al respecto debe observarse que el artículo 239.1 del TRLCAP explicita que las obras “se construirán a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 98 y 144 de esta ley”; asunción de riesgos que solo cede en los supuestos de fuerza mayor o causa imputable a la Administración, que no son los aducidos por la mercantil. Esta parece aludir a la doctrina del riesgo imprevisible en el entendimiento de

que la “crisis financiera” debe erigirse en tal, justificando una suspensión o retardo de los trabajos difícilmente sostenible cuando excede ya de ocho años. Sin embargo, hemos de rechazar de plano esa interpretación extensiva del concepto mismo de “riesgo imprevisible” que constituye una excepción al principio de riesgo y ventura que preside la ejecución del contrato, y que como bien recuerda el Informe de la Abogacía del Estado 1/2019, de 1 de febrero, es precisamente la técnica que trata de corregir el desequilibrio económico del contrato en aquellos supuestos en que el mismo deriva de hechos o acontecimientos imprevistos o imprevisibles al tiempo de la celebración del contrato, que resultan completamente ajenos a la Administración contratante y que encuentra su correlato en el derecho privado en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Es más, sin entrar siquiera en disquisiciones abstractas sobre el encaje de la situación financiera sobrevenida en los institutos invocados, hemos de reparar en que tal subsunción choca frontalmente con las expresas indicaciones del pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que se recoge que “el contrato se ejecutará a riesgo y ventura de la sociedad concesionaria” y se tasan los supuestos de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión con referencia a la dinámica del servicio, una vez realizadas las obras (cláusula 12). A la vista de las condiciones asumidas por la adjudicataria, y de la naturaleza misma de los mercados financieros, no cabe ahora acudir a los invocados mecanismos de revisión contractual por alteración extraordinaria de las circunstancias. Conviene puntualizar, tal como señalamos en el Dictamen Núm. 268/2009, que “las restricciones en el acceso al crédito derivadas de la coyuntura económica presentan dos notas que las alejan de la idea del riesgo imprevisible: una, su relatividad, pues no comportan un cierre absoluto sino dependiente de la concreta situación de la empresa, y otra, su carácter cíclico o recurrente, que no permite tacharlas de evento imprevisible”. En suma, cualquier licitador diligente sabe que, incluso antes de presentar su proposición, debe tener decidida la financiación del proyecto, pues de resultar adjudicatario tendrá que ejecutarlo en el tiempo y forma comprometidos en su oferta.

Apreciada la concurrencia de la causa de resolución examinada -ex artículos 264, apartado j), y 95.3 del TRLCAP-, se observa que no procede ya la resolución por mutuo acuerdo que el contratista promueve, y conviene despejar la confusión a que pudiera inducir alguna referencia al “abandono” de aquel, como la contenida en la resolución de inicio cuando se alude a la inexecución de las obras para concluir que “el desistimiento en su construcción constituye un abandono de la concesión”. Es claro que no debe considerarse articulada aquí, en rigor, la causa resolutoria relativa al “abandono” del concesionario, pues faltan *corpus derelictionis* y *animus derelinquendi*, en la medida en que la adjudicataria solo interesa el inicio del expediente contradictorio de liquidación de la concesión en tanto no se estime que media su incumplimiento culpable o se moderen sus consecuencias, pudiendo deducirse, a lo sumo, una renuncia al plazo de explotación pero no un abandono de la concesión.

Hemos de subrayar, por último, que lo actuado pone de manifiesto que el interés público presente en la ejecución de la obra exige ahora la resolución del contrato, habida cuenta de que la adjudicataria explicita su voluntad de no continuar con los trabajos y proceder a la liquidación, al igual que en estadios anteriores ese mismo interés público justificó la prolongación de los plazos a disposición de la empresa frente a la alternativa de abrir una nueva licitación. Hemos de convenir con los preinformantes en que de esa dilación o “pasividad” en la reacción administrativa solo se deducen ventajas para el concesionario, que encuentra a su disposición un plazo mucho más amplio que el otorgado *ab initio* para la ejecución de lo convenido, sin que en modo alguno pueda transfigurarse en un factor que module o atempere las consecuencias del incumplimiento.

En definitiva, estimamos que concurre causa legal para disponer la resolución del contrato a tenor de lo argumentado en el presente dictamen con incautación de la garantía constituida y posterior liquidación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 266 del TRLCAP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución con incautación de garantía, por incumplimiento del contratista, del contrato de concesión de obra pública de adecuación de edificio en la Universidad Laboral para su uso como hotel, así como su posterior conservación y explotación, sometida a nuestra consulta.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.