

Expediente Núm. 116/2019
Dictamen Núm. 145/2019

V O C A L E S :

García García, Dorinda,
Presidenta en Funciones
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 29 de mayo de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 17 de mayo de 2019 -registrada de entrada el día 20 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de adecuación ambiental del entorno y accesos al Centro de Arte Rupestre de la Cueva de Tito Bustillo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 13 de marzo de 2018, la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Ribadesella y el representante de la UTE suscriben el contrato de obras de adecuación ambiental del entorno y accesos al Centro de Arte Rupestre de la Cueva de Tito Bustillo por un importe de doscientos nueve mil novecientos noventa y cinco euros (209.995 €), más IVA, y que debe ser ejecutado en el

plazo de "6 meses". Consta en el mismo documento que el expediente de contratación se inició por Resolución de 18 de octubre de 2017; que su aprobación, así como la de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, tuvo lugar mediante Resolución de 28 de diciembre de 2017, y que el contrato se adjudicó por Resolución de 9 de marzo de 2018.

Obra incorporado al expediente el pliego de cláusulas administrativas particulares rector de la contratación que establece, en cuanto al plazo de ejecución, que "se contará desde la formalización del contrato", y que "es posible que deba acordarse la suspensión de las obras por las siguientes razones (...): Coordinación de la ejecución de la obra con la realización por el Principado de Asturias de la obra de sustitución del saneamiento (...). Trabajos de desvío de redes de servicios (...). Del 15 de julio al 15 de septiembre por coincidir con la temporada turística de Ribadesella".

2. El día 4 de diciembre de 2018, se recibe en el registro del Ayuntamiento de Ribadesella un escrito en el que los Arquitectos contratados para llevar a cabo la Dirección Facultativa de la Obra informan sobre el estado de los trabajos "ante los continuos incumplimientos de plazo y la calamitosa ejecución que de manera reiterada se viene observando en la práctica totalidad de las partidas". En él señalan que, si bien deberían haberse terminado "la totalidad de las obras", solo "se han ejecutado (...) partidas concretas", algunas de las cuales deben ser reparadas debido a su "incorrecta ejecución", aludiendo asimismo a otros incumplimientos, "tanto de aspectos de organización, seguridad como de la propia ejecución", y a "la falta de profesionalidad y ausencia de un jefe de obra por parte de la empresa que se responsabilice de que lo ejecutado se corresponda con lo proyectado".

Afirman que puesto que "la última certificación aprobada y abonada (...) asciende a la cantidad de 131.380,00 €, más IVA", quedarían por ejecutar 78.615,00 €, y consideran que "mantener y prolongar las obras, dado que la penalización establecida en el pliego resulta insignificante para el perjuicio que

se está ocasionando y que por tanto no parece que pueda ser disuasoria en este caso, no creemos que sea aconsejable”.

Al informe adjuntan otro sobre el estado de las obras a “15 de octubre de 2018” que, según explican, había sido redactado a petición municipal en el curso de un procedimiento anterior de resolución contractual.

3. Atendiendo a la solicitud de la Alcaldesa del Ayuntamiento de Ribadesella, con fecha 19 de diciembre de 2018 el Secretario General informa sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para resolver el contrato.

4. El día 11 de enero de 2019, el Arquitecto Municipal libra un informe en el que pone de manifiesto que “las obras permanecen sin apenas actividad durante numerosos días a lo largo de los últimos meses, con un ritmo de ejecución anormalmente lento./ El plazo del 26 de noviembre propuesto por la UTE (...) ha sido ampliamente sobrepasado sin que sea posible vislumbrar una fecha, siquiera aproximada, para la finalización de las obras./ Las labores y personal adscrito a la obra es mínimo o inexistente en toda la ejecución, y únicamente con las subcontrataciones puntuales (en ningún caso adecuadamente comunicadas a la Dirección Facultativa) se han ejecutado algunas partidas concretas./ El proceso de ejecución de la pasarela no se ajusta a lo ofertado y su proceso de montaje no solo es caótico, sino que se está haciendo por operarios en absoluto cualificados (...). La pavimentación realizada en hormigón en el tramo del vial situado frente a la Cueva de Tito Bustillo presenta claras deficiencias de ejecución, con problemas de nivelación, resaltos, formación de charcos, adoquines sueltos, obstrucción de sumideros de aguas pluviales, etc. (...). La Dirección Facultativa de las Obras considera que no se dan las circunstancias ni garantías para efectuar un abono o certificación, ya que prácticamente ninguna de las obras anteriormente ejecutadas (al igual que las últimas) pueden considerarse correctamente ejecutadas y tampoco totalmente finalizadas./ La inobservancia de unas adecuadas medidas de

seguridad en las obras viene siendo la tónica habitual durante el desarrollo de las mismas”.

Por todo ello, considerando que la imposición de penalidades establecidas en el pliego, por su escasa cuantía, no incentivará la ejecución, y habida cuenta de las “molestias que las obras están causando desde hace meses a los vecinos (...), de la dificultad existente para certificar las obras pendientes debido a la acumulación de deficiencias, del ritmo anormalmente lento en la ejecución de los trabajos (...) y de la escasa o nula voluntad de cumplimiento del contrato por parte de la UTE”, el citado informe propone la resolución contractual.

5. Mediante Resolución de la Alcaldía de 11 de enero de 2019, notificada a la UTE contratista y a la Dirección Facultativa de las Obras, se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato por las siguientes causas: en primer lugar, el incumplimiento del plazo total de ejecución al amparo de lo señalado en el artículo 223.d) del 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, considerando que “en el escrito de justificación de la oferta incurra en presunción de anormalidad” las licitadoras se habían comprometido a terminarlas el 7 de julio de 2018, siendo “la celeridad en la ejecución (...) uno de los argumentos para justificar el ahorro en los costes” sin el cual “no se habría realizado la adjudicación”, puesto que además se “ha incumplido el último plazo de 26 de noviembre de 2018 a que se comprometió con la Dirección de Obra”; en segundo término, el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales al amparo de lo establecido en el artículo 223.f) de la misma norma, teniendo en cuenta que en esta causa cabría incardinar “la renuncia del adjudicatario a completar la prestación comprometida” siguiendo la doctrina del Consejo de Estado.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, se indica que serán los previstos en los artículos 225 y 239 del Texto Refundido anteriormente citado, por lo que la UTE contratista deberá indemnizar los daños y perjuicios

ocasionados, que se harán efectivos, en primer término, sobre la garantía que se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada.

6. Con fecha 17 de enero de 2019 tiene lugar la medición de las obras que se realiza en presencia del representante del adjudicatario, y el día 28 del mismo mes la Dirección Facultativa presenta en el registro del Ayuntamiento de Ribadesella el informe correspondiente.

7. El día 7 de febrero de 2019, la Alcaldesa suscribe una propuesta relativa a la resolución del contrato por las causas y con los efectos anteriormente indicados en la resolución de inicio, significando respecto a estos últimos que del informe de medición de las obras realizado por la Dirección Facultativa resulta que “los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento de Ribadesella se corresponden con 21.487,85 € (...) que no se abonan por mala o inadecuada ejecución./ La liquidación reconoce al adjudicatario el pago de 5.351,43 €, IVA no incluido, según precio de adjudicación./ Además debemos calcular el 5 % de los 105.889,69 € no ejecutados o que deberán volver a ser ejecutados, que supone la capitalización a 20 años de las obras que la ciudadanía no podrá disfrutar durante el tiempo que dure la resolución del contrato, la adjudicación del nuevo contrato y la finalización de la ejecución de las obras con otro adjudicatario. Esto supone 5.294,48 €, IVA incluido./ Por lo que el saldo a favor del contratista es de 56,94 €, IVA no incluido”. A la vista de ello, y teniendo en cuenta que la garantía definitiva asciende a “10.499,75 €”, propone resolver el contrato y aprobar la determinación de los daños y perjuicios causados por el contratista al Ayuntamiento y la liquidación a favor del contratista de 56,94 €, IVA no incluido, disponiendo asimismo comunicar a la contratista y al avalista la apertura del trámite de audiencia.

Consta en el expediente comunicación de la anterior propuesta al avalista y acuse de recibo de la notificación electrónica a la UTE contratista el 14 de febrero de 2019.

8. El día 28 de febrero de 2019, el representante de la UTE adjudicataria presenta en el registro del Ayuntamiento de Ribadesella un escrito de alegaciones en el que manifiesta su oposición a la resolución del contrato.

Según afirma, los “retrasos” se debieron “a causas que ninguna relación guardan con esta mercantil, citándose a modo de ejemplo las paralizaciones derivadas de la necesidad de conciliar dichos trabajos con las actuaciones llevadas a cabo en el lugar por (otras empresas), así como la suspensión de los trabajos ordenada durante el periodo estival”. A lo anterior añade que “ha tenido que lidiar con una Dirección de Obra completamente ausente (...), lo cual, como es obvio, redundaba en un lógico retraso en la toma de decisiones y en la propia ejecución de las tareas”.

Rechaza que “se haya producido una `renuncia´ (...) a completar las obras convenidas, cuya ejecución a día de hoy alcanza un porcentaje próximo al 90 %”, y achaca que los trabajos se encuentren pendientes de conclusión al “incumplimiento de las obligaciones asumidas por este Consistorio”. Al respecto, invocando “reiterada doctrina jurisprudencial”, señala que “el ejercicio de la facultad resolutoria se encuentra condicionado a la concurrencia de un requisito: el cumplimiento previo de las obligaciones que incumben a la parte que pretende ejercitarla, presupuesto que en este caso no puede verificarse”, de lo que extrae que “la conclusión de los trabajos se encuentra necesariamente condicionada al pago de las cantidades que se adeudan a esta entidad”. Manifiesta que “desde el mes de junio del año 2018 (apenas tres meses después del comienzo de los trabajos), y sin mediar ningún tipo de explicación, se dejaron de expedir las certificaciones mensuales (...), suspendiéndose desde entonces y hasta la actualidad los pagos mensuales a cuenta que este Consistorio se había comprometido a realizar”, y significa que con tal decisión administrativa la UTE “no solo se vio privada del cobro de las unidades de obra que iba ejecutando, sino también de los abonos a cuenta por acopio de materiales, instalaciones y equipos (...), obligando a esta entidad a financiar de su bolsillo dichas actuaciones, lo que (...) la situó en un escenario

de alarmante falta de liquidez que provocó que tuviese que recurrir a financiación externa”. Añade que la Dirección de Obra dejó “de practicar las preceptivas mediciones mensuales, en las cuales podía haber aprovechado para exponer todas sus discrepancias sobre la manera en la que se estaban ejecutando los trabajos”, privando a la UTE “de la posibilidad de discutir dichas valoraciones en el marco del correlativo trámite de audiencia”, de conformidad con lo señalado en los artículos 147 y 149 del Reglamento General de la Ley de Contratos del Sector Público, y muestra su disconformidad con que “se esgriman ahora, seis meses después y de forma completamente sorpresiva, defectos que no fueron advertidos ni comunicados al contratista durante el transcurso de los trabajos”.

Finalmente se ofrece a “continuar y concluir los trabajos encargados a la mayor brevedad, toda vez que el Ayuntamiento contratante proceda a dar cumplimiento a las obligaciones que le incumben y a abonar las cantidades pendientes de pago”, que cifra en 54.738,62 €; cantidad que “no incorpora otros conceptos, tales como las actuaciones llevadas a cabo por esta entidad por encargo del Ayuntamiento al margen del citado proyecto (...), de las instrucciones deficientemente impartidas por la Dirección de Obra, el incremento del 40 % contemplado en el epígrafe 2.h) del cuadro-resumen unido al pliego de cláusulas administrativas por la especial complejidad de los trabajos encomendados y las modificaciones realizadas sobre el proyecto inicial, ni los daños y perjuicios irrogados a esta entidad”, y en consecuencia pide que no se acuerde la resolución.

Adjunta a su escrito un informe pericial, sin fecha ni firma, librado a instancia de la UTE sobre la valoración de las obras ejecutadas, y un acta notarial de presencia de 17 de julio de 2018 que aporta, según señala, a fin de evidenciar que “en tales fechas ya se encontraban ejecutados la práctica totalidad de los trabajos encargados y cuyo abono se reclama”.

9. Con fecha 20 de marzo de 2019, se recibe en el registro del Ayuntamiento de Ribadesella el informe librado por los Arquitectos encargados de la Dirección

Facultativa de la Obra, a petición de la Secretaría General, en el que se analizan las alegaciones de la contratista.

Respecto de las causas del incumplimiento del plazo de ejecución, señalan que incluso teniendo en cuenta las interrupciones debidas a la realización de otros trabajos en la zona y a la suspensión decretada desde el 15 de junio hasta el 15 de septiembre se han superado "los plazos reiteradamente propuestos desde la UTE, al igual que los cronogramas facilitados asimismo por esta contrata y que fueron remitidos" al Ayuntamiento.

Niegan que la Dirección de Obra estuviese ausente, y subrayan que "lo que nunca existió fue un jefe de obra o encargado de la misma con presencia continua, dado que en muchos casos se trataba de subcontratas que nada tenían que ver con la UTE. Y era reiterado el tener que avisar previamente (...) al (representante de la UTE) para que estuviera presente algún responsable en la obra durante las visitas de esta Dirección, algo que conoce bien ese (Ayuntamiento) y en especial el Concejal encargado de obras o el propio Arquitecto Municipal como responsable técnico de la obra, e incluso la propia Policía Local, ya que han sido reiteradas las ocasiones en las que se ha visitado la obra sin que existiera ningún responsable de la empresa y en muchos casos ni operarios trabajando".

En cuanto a la ejecución del proyecto, indican que "las obras ejecutadas difieren en gran medida de lo reseñado en el proyecto en diversas partidas, y tampoco se ajustan a las normas de la correcta ejecución en construcción".

Rechazan que haya incumplimientos por parte municipal de sus obligaciones de emisión de certificaciones y pagos, pues "se han tramitado 4 certificaciones y la última fue emitida con fecha 6 de julio de 2018, lo cual, teniendo en cuenta que los trabajos se interrumpieron el 16 de julio por acuerdo municipal y que el acta de replanteo de la obra es de fecha 22 de marzo de 2018, se corresponde a una certificación por mes de obra ejecutada". Explican que, "aunque el plazo de la obra era de 6 meses, la contrata en su adjudicación se comprometió en su finalización (y ello fue fundamental para la adjudicación del contrato según acuerdo municipal) para el día 7 de julio de

2018. Es decir, cuando se realiza la última certificación las obras ya deberían haber sido finalizadas”. Significan que “hasta la fecha del 7 de julio de 2018 (...) se certificó no solo la obra ejecutada, sino incluso parte de la pasarela como acopio, aunque no estuvieran en absoluto ni iniciados los pórticos”, y apuntan que “después del reinicio tardío de las obras cabría solamente una certificación, y teniendo en cuenta que primero se habría iniciado un expediente de resolución del contrato y además se reiteraban los retrasos e incumplimientos de plazos de finalización no procedía emitir ninguna certificación”; máxime cuando “muchas de las actuaciones no pueden ser abonadas en su totalidad dado que no se ajustan al proyecto, bien en medición, características o correcta ejecución”.

En cuanto a la certificación de liquidación que adjunta la UTE a su escrito de alegaciones, ponen de relieve que la misma comprende partidas “como si estuvieran ejecutadas según medición de proyecto cuando es claramente notorio que no están ejecutadas en obra”, y “desajustes en las mediciones de otras partidas” que dan lugar a una “diferencia de 30.000 € aproximadamente en el presupuesto de ejecución material (214.531,61 € frente a nuestros 184.146,41 €)”.

10. Con fecha 1 de abril de 2019, el Arquitecto Municipal suscribe un informe en el que analiza las alegaciones de la empresa contratista. Señala en él que “las interrupciones y paralizaciones que se alegan por trabajos (de otras empresas) no han afectado apenas en las obras de la UTE, toda vez que se han acometido en una zona muy puntual y ubicada en un extremo de la actuación -un tramo de unos 70-80 m (...)-, mientras que la zona de actuación abarca un tramo de carretera de unos 950 metros de longitud (...), por lo que en ningún momento se ha impedido el desarrollo normal de los trabajos de la UTE (...). Se afirma que la Dirección de Obra no hacía acto de presencia cuando lo que se ha constatado por la Oficina Técnica y Concejalía de Obras es que durante semanas enteras apenas había nadie trabajando en las obras, y cuando había alguien trabajando no se disponía de encargado de obras (...), por lo que las

mismas se desarrollaban de manera poco o nada eficiente./ Se alega que los trabajos se han realizado correctamente cuando, a simple vista, se observan desniveles, baches y resaltes en el pavimento de hormigón, charcos, destrozos en la barandilla, adoquines sueltos, desmoronamientos en los bordes de la senda de terrizo, etc./ Se alega que desde el mes de junio de 2018 no se han expedido certificaciones de obra cuando es público y notorio que las obras estuvieron totalmente paralizadas entre el 15 de julio y el 26 de septiembre, y que después de esta fecha la UTE practicó una actitud de abandono tácito de la obra ejecutando trabajos de forma esporádica y esquivando directrices de la Dirección de Obra./ La obra se adjudicó en 209.900 euros, más IVA, y se han tramitado un total de 4 certificaciones de obra, emitiéndose la última con fecha 6 de julio de 2018 por un importe total de 131.380,33 euros (158.970,18 euros, IVA incluido). Estas certificaciones fueron puntualmente abonadas por el Ayuntamiento. Si se tiene en cuenta que los trabajos se interrumpieron el 15 de julio de 2018, se corresponden con una certificación por mes de obra ejecutada./ De haberse cumplido los plazos previstos las obras tendrían que haber estado finalizadas para el día 7 de julio de 2018, es decir, cuando se tramitó la última certificación./ Una vez incumplido el plazo ofertado por la UTE, y tras el parón veraniego, si no se certificaron obras (...) fue porque no había obras adecuadamente ejecutadas para ser certificadas, tal como ha informado la Dirección de Obra (...). La paralización de las obras entre el 15 de julio y el 15 de septiembre adoptada por Resolución de (la) Alcaldía de 28 de junio de 2018 (...) únicamente es imputable a la UTE, puesto que al incumplirse el referido plazo del 7 de julio para la finalización de las obras estas presentaban en ese momento un estado incompatible con el normal desarrollo de la temporada estival; máxime en una zona de tanto tránsito rodado y peatonal como es el entorno y carretera de acceso a la Cueva de Tito Bustillo (...). Durante esta paralización estival la UTE no solo no ejerció vigilancia alguna sobre las obras, lo que unido a las deficiencias en la ejecución propició el deterioro de una parte significativa de lo ejecutado, sino que prolongó dicha paralización estival sin ninguna justificación hasta el 26 de septiembre; fecha a

partir de la cual la UTE mantuvo dichas obras vaciadas de personal, realizándose trabajos de forma esporádica (...), de forma notoriamente deficiente y por personal carente de cualificación adecuada (...). Tras diversas reuniones de nuevo entre la UTE, (Ayuntamiento) y Dirección de Obra se fija como nuevo plazo de ejecución de los trabajos el 16 de octubre, si bien desde prácticamente los días siguientes se constata que se iban incumpliendo estas nuevas previsiones. En este contexto, el último cronograma de plazos remitido al (Ayuntamiento) por la UTE fijaba el plazo de conclusión total de la obra para el 26 de noviembre de 2018, algo que pronto se comprobó que tampoco se iba a cumplir./ Llegado el día 26 de noviembre se confirmó, una vez más, el incumplimiento de plazos, constatándose no solo la falta de personal en la obra, sino la problemática generada por la ejecución incorrecta de diversas partidas”.

Finalmente, concluye que “la demora en la ejecución de las obras es totalmente imputable a la UTE, que no dispuso de los medios adecuados para su ejecución, lo que se ha traducido en una ejecución manifiestamente deficiente y en un incumplimiento de los plazos comprometidos por la UTE”, que “ha practicado al menos desde el 26 de septiembre de 2018 una actitud de paralización tácita de los trabajos con el evidente propósito de dañar los intereses municipales, provocando con ello la crispación de los vecinos afectados por las obras y poniendo en riesgo la seguridad de peatones y vehículos”.

11. El día 1 de abril de 2019, el Secretario General suscribe un informe en el que propone que “se dicte Resolución de (la) Alcaldía acordando la remisión del expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias”, al proceder la resolución del contrato por incumplimiento del plazo total de ejecución, teniendo en cuenta que el contratista se había comprometido a terminar los trabajos el 7 de julio de 2018 y que ha incumplido también “el último plazo de 26 de noviembre de 2018 a que se comprometió con la Dirección de Obra”, y considerando que concurriría asimismo la causa de incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales al haberse producido la

“renuncia del adjudicatario a completar la prestación convenida”, aunque la misma no esté calificada así expresamente en el pliego.

12. Con la misma fecha, la Alcaldía dicta Resolución por la que se acuerda remitir el expediente al Consejo Consultivo “previamente a convertir en resolución la propuesta de resolución del contrato formulada el 7 de febrero de 2019” y suspender el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen, señalando que “la notificación de esta resolución supondrá la comunicación a los interesados de la petición del dictamen al Consejo Consultivo”.

13. Mediante escrito de 2 de abril de 2019, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el 3 de mayo de 2019, dictamina que, “puesto que los informes de la Secretaría e Intervención municipales deben considerarse preceptivos en todos los procedimientos de resolución contractual a tenor de lo señalado en el artículo 114” del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, “la ausencia del informe de Intervención impide en este caso tanto nuestro pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, como la terminación del procedimiento en el estado actual de tramitación”, y que en consecuencia deben retrotraerse las actuaciones al objeto de incorporar el informe mencionado, tras lo cual habrá de formularse una nueva propuesta de resolución recabando a continuación de este Consejo el preceptivo dictamen.

El día 17 de mayo de 2019, el Interventor Municipal libra un informe en el que asume la propuesta suscrita por la Secretaría Municipal con fecha 1 de abril de 2019, poniendo de relieve “el perjuicio añadido que la demora en la tramitación del procedimiento de resolución del contrato que nos ocupa pudiera tener para el Ayuntamiento de Ribadesella, en la medida en que parte de la

obra está financiada con subvención estatal y sujeta por esta vía al respeto de los plazos de justificación establecidos”.

Con la misma fecha, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Ribadesella dicta Resolución por la que se acuerda completar el expediente con el informe de Intervención, “mantener la suspensión del procedimiento acordada por Resolución de Alcaldía de 1 de abril de 2019 por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen” y notificarla a los interesados, lo que, según se indica, “supondrá la comunicación” a los mismos “de la reiteración de la petición del dictamen”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de mayo de 2019, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de adecuación ambiental del entorno y accesos al Centro de Arte Rupestre de la Cueva de Tito Bustillo, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

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

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

SEGUNDA.- La calificación jurídica del contrato que analizamos es la propia de un contrato administrativo de obras.

Según señalamos en el Dictamen Núm. 128/2019, despachado con motivo de una consulta anterior formulada sobre la resolución del mismo contrato, por razón del tiempo en que fue adjudicado -9 de marzo de 2018-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 25 de la LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -destacadamente 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-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 190 de la LCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro "de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley". En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento la imputación de la causa resolutoria pierde su

legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos previstos 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 la LCSP; 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: 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 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 ámbito de la Administración local, el artículo 114 del TRRL establece como necesarios para la resolución de los contratos los informes de la Secretaría y de la Intervención municipal.

En el caso que analizamos se ha dado audiencia a la empresa contratista y a su avalista. Se han incorporado los informes de Intervención y Secretaría y se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución. En definitiva, el expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites reglamentariamente establecidos.

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 contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Ribadesella, por lo que habrá de ser dicha autoridad la que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento examinado.

Finalmente, debemos poner de manifiesto que la Administración deberá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento y notificarla en un plazo máximo de ocho meses desde el inicio del procedimiento acordado mediante

Resolución de 11 de enero de 2019, de conformidad con lo señalado en el artículo 212.8 de la LCSP.

TERCERA.- En relación con el fondo del asunto, debemos indicar que en caso de concurrir causa resolutoria es el interés público el que ampara la decisión de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa.

La extinción contractual pretendida se articula en función de dos incumplimientos que, según la autoridad consultante, tendrían trascendencia resolutoria: por un lado, el del plazo comprometido para la ejecución de los trabajos y, por otro, el de “las restantes obligaciones contractuales esenciales”, motivo en el que se incardinaría la renuncia tácita del contratista a completar la obra.

Respecto al primero de los incumplimientos aducidos, debemos señalar que tiene encaje en la causa de resolución a que se refiere el artículo 211.1.d) de la LCSP, esto es, la “demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”. Tal motivo resolutorio ha de ponerse en conexión con lo establecido en el artículo 193, apartados 3 y 5, del mismo texto legal, que si bien no tiene carácter básico resulta aquí de aplicación en defecto de normativa autonómica propia. Como señalamos en el Dictamen Núm. 72/2019, la mora del contratista engloba 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 inferida del incumplimiento de los plazos parciales. En el asunto que nos ocupa la mora objeto de reproche está referida al plazo total de ejecución, que se habría consumido íntegramente sin haber finalizado los trabajos.

Como venimos manifestando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 303/2009 y 72/2019), el contratista está obligado a realizar la prestación que constituye el objeto del contrato no solo en la forma convenida sino también en el plazo establecido para ello, con arreglo a lo dispuesto en la LCSP,

en el RGLCAP, en las cláusulas del propio contrato, en las de los pliegos aprobados y, en su caso, en la oferta y en el plan de trabajo, que también tienen carácter contractual. Ante el incumplimiento de la adjudicataria, la Administración se enfrenta a la alternativa de acordar la resolución del contrato o forzar el cumplimiento de lo pactado mediante la imposición de penalidades. Para elegir entre una y otra el órgano de contratación, que goza de un cierto margen de discrecionalidad, ha de tener en cuenta el interés público conectado a la ejecución de los trabajos y cuál es la medida más adecuada para satisfacerlo, pues, como también hemos indicado (entre otros, Dictamen Núm. 43/2014), la Administración podría llegar a tolerar que el contrato se ejecutara más allá del plazo convenido si esta opción fuese más beneficiosa para la consecución de aquel interés, por más que dicha tolerancia no enerve el incumplimiento.

En el asunto que analizamos la opción por la resolución contractual parte, según lo indicado en el informe del Arquitecto Municipal de 11 de enero de 2019, de una razonada ponderación de los efectos que previsiblemente pudiera llegar a tener la imposición de penalidades. En efecto, se señala que aun cuando se impusieran penalidades al adjudicatario este no cumpliría el contrato a satisfacción de la Administración. Tal previsión resulta razonable si se considera que en el escrito de alegaciones presentado durante el trámite de audiencia el representante de la UTE adjudicataria condiciona la continuidad en la ejecución al abono del precio correspondiente a unidades de obra ya ejecutadas pero que, según justifican los informes técnicos librados a instancia de la Administración, no están en condiciones de ser recibidas por presentar gran cantidad de deficiencias. Por esta razón se estima, de manera acertada, que la atención del interés público perjudicado por la demora en la ejecución de los trabajos impone desvincularse de la actual relación contractual fallida al objeto de que otro empresario pueda finalizar la obra de forma satisfactoria; máxime cuando está parcialmente subvencionada y los plazos de justificación de la ayuda obtenida imponen no demorar su terminación según apunta el Interventor en su informe.

Constatado que la obra no se ha finalizado dentro del plazo de ejecución comprometido -lo que es asumido incluso por la adjudicataria-, y siendo indiscutible la relevancia del citado incumplimiento habida cuenta de las deficiencias que presentan la pasarela y la pavimentación del vial frente a la Cueva de Tito Bustillo y que se detallan en el informe del Arquitecto Municipal antes citado, debemos examinar si se puede atribuir al empresario la falta de ejecución de los trabajos en plazo o si -como él mismo afirma- fueron circunstancias ajenas a su voluntad las determinantes de la mora.

La contratista achaca la falta de ejecución en plazo tanto al hecho de que la Dirección de Obra estuviera "completamente ausente", lo que, según explica, retrasaba la toma de decisiones y la propia ejecución de las tareas, como a la suspensión de la ejecución ordenada entre el 15 de junio y el 15 de septiembre de 2018 y a otras paralizaciones puntuales impuestas por la necesidad de que otras empresas realizaran trabajos en el mismo lugar y en las mismas fechas.

Respecto a la ausencia de la Dirección de Obra, ha de señalarse que no ha aportado la adjudicataria ninguna prueba que acredite la realidad de tal imputación, ni existe en el expediente remitido rastro alguno de que hubiera puesto de manifiesto las supuestas faltas antes de la incoación del procedimiento resolutorio; por tanto, y dado que la Dirección de Obra no admite el incumplimiento de sus obligaciones, debemos concluir que la mora no puede considerarse justificada por tal causa.

En cuanto a la suspensión temporal de la obra acordada por la Administración durante el periodo estival hemos de señalar que, aun teniendo en cuenta la interrupción del cómputo del plazo de ejecución durante la suspensión, el contratista no habría cumplido la prestación en seis meses como se había comprometido al suscribir el contrato.

Asimismo ha de rechazarse que las tareas abordadas por otras empresas en la zona hayan afectado de manera significativa al ritmo del contrato de cuya resolución se trata pues, según se señala en el informe del Arquitecto Municipal de 1 de abril de 2019, aquellas se acometieron "en una zona muy puntual y

ubicada en un extremo de la actuación -un tramo de unos 70-80 m (...)-, mientras que la zona de actuación abarca un tramo de carretera de unos 950 metros de longitud (...), por lo que en ningún momento se ha impedido el desarrollo normal de los trabajos”.

Iniciada la ejecución de la obra con la comprobación del replanteo a tenor de lo dispuesto en el artículo 237 de la LCSP, esto es, el día 22 de marzo de 2018, según se indica en el informe de la Dirección Facultativa de 20 de marzo de 2019, los trabajos deberían haber finalizado, como fecha límite, el día 21 de diciembre del mismo año, y puesto que la mora no puede explicarse por el concurso de circunstancias ajenas a la voluntad del contratista según se acaba de exponer, el incumplimiento del plazo ha de achacarse a la decisión del adjudicatario que, según se expresa en el informe del Arquitecto Municipal de 11 de enero de 2019, mantuvo la obra “sin apenas actividad durante numerosos días” a lo largo de los meses anteriores a la incoación del procedimiento resolutorio.

Frente al incumplimiento señalado no cabe ninguna otra excusa y el contratista no puede justificarlo en una supuesta falta de expedición de las certificaciones mensuales. Como ya hemos puesto de manifiesto en ocasiones anteriores (entre otros, Dictámenes Núm. 153 y 154/2015), el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de ninguna de las partes, y por ello incluso en el caso de incumplimiento por parte de la Administración de sus obligaciones -hipótesis que en el asunto examinado no concurre- la ley no autoriza al contratista, con carácter general, a abandonar la ejecución del contrato o a incumplir, como medida de presión o reacción frente al incumplimiento de la otra parte, los deberes que le incumben. En efecto, solo de forma excepcional cuando incurra la Administración en alguno de los incumplimientos señalados en los artículos 198, apartados 5 y 6; 211, letra e); 245; 279, letras b) y e); 294, letras b) y e); 306, y 313, letras a) y b), de la LCSP, respectivamente aplicables según la clase de contrato de que se trate, podrá reaccionar el contratista bien suspendiendo la ejecución de la prestación -únicamente en ciertos casos de demora en el pago que en el que analizamos

no concurren- o bien solicitando la resolución del contrato y el resarcimiento de los perjuicios sufridos. En el asunto que nos ocupa no concurre ninguno de los supuestos legales que se acaban de citar.

La constatación de que el contrato no se ha cumplido en plazo por culpa del contratista y de que concurre, por tanto, la causa de resolución establecida en el artículo 211.1.d) de la LCSP hace que resulte superfluo entrar a analizar si la "renuncia del adjudicatario a completar la prestación comprometida" equivale también al incumplimiento de una obligación contractual esencial no establecida expresamente con tal carácter en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En definitiva, debemos concluir que concurre causa legal para disponer la resolución del contrato según lo anteriormente razonado, quedando únicamente por determinar los efectos derivados de la misma. Al respecto, el artículo 213.3 de la LCSP establece que "Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada". Este precepto recupera la redacción de las disposiciones anteriores a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y con ello la clara determinación de que la resolución contractual en casos de incumplimiento culpable del contratista conllevará la incautación automática de la garantía en su totalidad con independencia de que existan o no daños y perjuicios que deban ser indemnizados y de cuál sea su importe. De este modo, en los contratos que se rigen por la LCSP -como el que ahora analizamos- la garantía definitiva cumple la función de cláusula penal o de indemnización de carácter mínimo, ligada al resarcimiento de perjuicios genéricos o indeterminados; todo ello sin perjuicio de que, cuando la garantía constituida no alcance a cubrir el importe de los daños ocasionados, la Administración podrá ejercitar una acción de responsabilidad frente al contratista para resarcirse de los mismos en lo que excedan el importe de aquella.

En el caso de que se trata, y puesto que no consta que la resolución contractual ocasione daños que superen el importe del aval constituido en garantía de la ejecución del contrato (10.499,75 €), la responsabilidad del contratista quedará saldada con la incautación de la fianza. Y tratándose de un contrato de obras habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 246.1 de la LCSP, a cuyo tenor “La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Será necesaria la citación de este, en el que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición”.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de garantía, del contrato de obras de adecuación ambiental del entorno y accesos al Centro de Arte Rupestre de la Cueva de Tito Bustillo.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA EN FUNCIONES,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE RIBADESELLA.