

Expediente Núm. 230/2019
Dictamen Núm. 239/2019

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 10 de octubre 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 23 de septiembre de 2019 -registrada de entrada el día 25 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de construcción de cubierta y cerramiento de la pista polideportiva de Balbín.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gozón de 15 de octubre de 2018, se adjudica a la mercantil el contrato administrativo de obras para la construcción de cubierta y cerramiento de la pista polideportiva de Balbín, por un importe de 349.871,50 € (de los que 60.721,50 € corresponden al IVA), estableciéndose un plazo de ejecución de 14 meses.

El día 18 de ese mismo mes se formaliza el contrato en documento administrativo.

Obran incorporados al expediente, entre otra documentación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen el contrato. Las cláusulas contractuales contemplan el compromiso del contratista de ejecutar las obras con estricta sujeción a lo indicado en los pliegos; el precio, fijado en la cantidad antedicha, así como la forma de abono, especificando la partida presupuestaria a la que corresponde; el plazo de ejecución, y la normativa aplicable, reseñándose que las cuestiones litigiosas serán resueltas por el órgano de contratación, sin perjuicio de los recursos que procedan en su caso.

2. La firma del acta de comprobación del replanteo tiene lugar el 19 de diciembre de 2018 sin oposición o disconformidad alguna, dejándose expresa constancia en ella tanto de la comprobada idoneidad de las obras recogidas en el proyecto y del estado de disposición de los terrenos, como de que la empresa contratista se declara en condiciones de comenzar los trabajos, autorizándose el inmediato inicio de la obra.

3. El día 24 de enero de 2019 emite informe la Dirección de Obra en el que se indica que el contratista no ha iniciado la ejecución. Señala que las partes interesadas han mantenido varias reuniones y comunicaciones telefónicas en unos términos de los que se concluye que aquel estaba “dando largas” a la espera de lograr modificaciones en el proyecto que le permitiesen abaratar el coste de los materiales entendiendo, a la vista del desarrollo de los acontecimientos que se describen, que la adjudicataria no tiene intención de realizar la obra en los términos acordados.

4. Con fecha 19 de febrero de 2019, la Alcaldía del Ayuntamiento de Gozón dicta providencia por la que dispone el inicio del procedimiento para la

resolución del contrato con base en el incumplimiento culpable del contratista por demora en el cumplimiento de los plazos establecidos, al no haberse iniciado la ejecución de la obra a pesar de haber transcurrido “dos meses desde la fecha fijada (...), con los perjuicios para el interés público que resultan”, así como dar trámite de audiencia a la contratista y al avalista.

5. Evacuado el trámite de audiencia tanto con la contratista como con su avalista, la adjudicataria presenta el 15 de marzo de 2019 un escrito de alegaciones en el que se limita a contradecir algunas de las cuestiones reflejadas en el informe de la Dirección de Obra de 24 de enero de 2019 concluyendo que existen errores en el proyecto que hacen necesaria su modificación. Añade que “no es procedente resolver el contrato por incumplimiento del plazo establecido, puesto que el plazo que tiene (...) es de 14 meses (...). Plazo que todavía no ha llegado y por lo tanto no se ha podido incumplir, y tampoco existen dudas razonables de que (...) no vaya a poder cumplir con el plazo contractualmente establecido, siempre y cuando se subsanen los errores existentes en el proyecto”.

6. Con fecha 22 de abril de 2019, el Director de Obra emite un informe en el que señala que las deficiencias puestas de manifiesto por el contratista no justifican la realización de modificaciones en el proyecto. Afirma que la adjudicataria ha indicado que si no se realizan cambios la obra no le resulta viable económicamente, y recomienda la resolución del contrato.

7. Mediante Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gozón de 2 de mayo de 2019, se acuerda requerir a la adjudicataria para que formule conformidad u oposición a la propuesta de resolución del contrato.

8. El día 3 de mayo de 2019 la Arquitecta Municipal elabora un informe en el que efectúa una valoración de los daños derivados de la inexecución material de las obras, que estima en 15.359,49 €.

9. Con fecha 14 de mayo de 2019, la contratista presenta un escrito en el registro municipal en el que señala que “si el Ayuntamiento considera que debería resolverse el contrato para subsanar las deficiencias existentes en el proyecto (...) no se opone a dicha decisión./ Ahora bien, si se llegase a acordar la resolución del contrato por causas imputables a (la contratista) con incautación de la fianza, con independencia de los recursos que pudiera interponer (...), solicitamos que previa a la incautación de la fianza se nos autorice a ingresar en la cuenta del Ayuntamiento el importe correspondiente a la fianza, con la entrega del aval”.

A continuación solicita que se les tenga “por opuestos a la resolución del contrato”, y que se le dé al escrito la tramitación que proceda hasta dictar resolución por la que se ordene “el archivo del expediente de resolución”.

10. El día 17 de mayo de 2019, emite informe el Secretario municipal en el que concluye que procede declarar “la resolución del contrato (...) por causa del incumplimiento culpable del contratista por demora en el cumplimiento de los plazos establecidos, no habiendo iniciado la ejecución de las obras transcurridos cuatro meses desde la fecha fijada de inicio, con los perjuicios para el interés público que resultan”, y fija la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios causados al Ayuntamiento en 15.359,49 €, indicando que se hará efectiva mediante la incautación de la garantía definitiva.

11. 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 seguido.

12. El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el 5 de septiembre de 2019, dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta planteada y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de incorporar al mismo el preceptivo informe de la Intervención municipal.

13. Con fecha 19 de septiembre de 2019, la Interventora municipal emite un informe en el que, tras hacer mención al contrato que nos ocupa y a lo informado por el Director de Obra, cita como causa de resolución del contrato la demora en el cumplimiento de los plazos por parte de la contratista, refiriéndose al derogado 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. Concluye que “procede informar el asunto favorablemente” y la fijación del importe de la indemnización por daños y perjuicios de conformidad con lo manifestado por el Director de Obra y la Arquitecta municipal, precisando que “procede la incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista por importe de (...) 14.457,50 euros (importe depositado), debiendo (...) exigirle en concepto (de) responsabilidad el resto del importe no depositado hasta alcanzar la valoración total de los daños y perjuicios”.

14. El día 20 de septiembre de 2019, la Alcaldía del Ayuntamiento de Gozón dicta Decreto por el que se acuerda solicitar a este Consejo dictamen preceptivo, así como la suspensión del plazo para resolver y la notificación de dicha resolución a la constructora y al avalista de la interesada, constando en el expediente que se llevan a cabo.

15. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de septiembre 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 administrativo de obras para la construcción de cubierta

y cerramiento de la pista polideportiva de Balbín, adjuntando a tal fin copia autorizada del expediente administrativo.

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 Gozón, 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.

Si bien en la solicitud de dictamen no se requiere a este Consejo que lo emita por el procedimiento de urgencia, el presente dictamen se emite dentro del plazo de quince días hábiles, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 109.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, conforme al cual "Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente".

SEGUNDA.- La consulta preceptiva a este Consejo en materia de resolución de contratos administrativos viene condicionada, a tenor de la normativa antes citada, a la oposición del contratista, ya sea a la resolución del contrato propiamente o a sus causas y consecuencias, en los términos que este Consejo viene manifestando (por todos, Dictamen Núm. 72/2019). En el caso que nos ocupa el contratista se manifiesta confusamente al respecto, pero afirma

oponerse a la resolución contractual si no se subsanan ciertas deficiencias del proyecto interesando al mismo tiempo el "archivo del expediente"; motivos ambos suficientes para apreciar su oposición a la resolución del contrato y para determinar la intervención de este órgano consultivo.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato al que se refiere la documentación obrante en el expediente es la de un contrato administrativo de obras.

Según señalamos en el Dictamen Núm. 207/2019, despachado con motivo de una consulta anterior formulada sobre la resolución del mismo contrato, por razón del tiempo en que fue adjudicado -15 de octubre 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), y no el TRLCSP como equivocadamente invoca el informe de la Intervención municipal. 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 RGLCAP-, 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 dicha norma, precepto 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, además, 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 Alcaldía del Ayuntamiento de Gozón, 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, de conformidad con lo señalado en el artículo 212.8 de la LCSP, la Administración deberá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento y notificarla en un plazo máximo de ocho meses desde su inicio -19 de febrero de 2019-, sin perjuicio de la suspensión que opera desde la solicitud hasta la recepción de este dictamen, al amparo de lo dispuesto en el artículo 22.1, letra d), de la LPAC.

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.

La extinción contractual pretendida se articula en mérito a la "demora en el cumplimiento de los plazos establecidos", al no haberse iniciado la ejecución de las obras transcurridos cuatro meses desde la fecha fijada de inicio, y habiendo manifestado el contratista su voluntad decidida de no acometer los trabajos en los términos acordados, lo que reitera a lo largo de la tramitación del expediente, constatándose que, *de facto*, sigue sin comenzar las obras transcurridos dos meses desde la fecha de la resolución que abre este procedimiento.

Respecto al incumplimiento aducido -y constatado-, el Ayuntamiento lo encaja formalmente 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. Respecto a este último supuesto, la jurisprudencia anterior a la vigente LCSP viene incidiendo en la obligación del contratista de cumplir tanto el plazo final como los plazos parciales, llegando a considerarse que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra, permite a la Administración optar por la resolución del contrato.

Ahora bien, tal como advertimos en el Dictamen Núm. 47/2019, la LCSP explicita ahora -letra f) del artículo 211.1- que la resolución procede ante el "incumplimiento de la obligación principal del contrato", refiriéndose a continuación al incumplimiento de "las restantes obligaciones esenciales" para cuya virtualidad resolutoria se exige que "figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general". En la redacción de este precepto se recogen dos causas resolutorias distintas aunque estrechamente imbricadas: el incumplimiento de la obligación principal del contrato y el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales. Ese primer motivo resolutorio no se consigna en las precedentes leyes reguladoras de la contratación pública, y su inclusión en la LCSP obedece a la necesidad de superar las dificultades que planteaban los casos en que, habiendo abandonado el contratista la ejecución del contrato, no se hubiera adoptado la precaución de recoger tal circunstancia entre las obligaciones contractuales esenciales, por más que materialmente fuere la de mayor relevancia. En tales situaciones, o

bien se trataba de reconducir el incumplimiento a otras causas resolutorias, como la demora en la ejecución, o bien se aguardaba al transcurso de un plazo comprometido con el consiguiente retraso en la extinción del contrato, o, en el mejor de los casos, este podía resolverse recurriendo a la interpretación del carácter materialmente esencial de la obligación incumplida. De ahí que la introducción de la nueva causa legal de resolución, en la que se incardinan ahora aquellos incumplimientos que materialmente frustran la consecución del objeto del contrato, dispensa en la actualidad de acudir a las anteriores interpretaciones, más o menos forzadas o extensivas, de otras causas resolutorias.

En el asunto que nos ocupa es cierto que el plazo total de ejecución no se ha consumido íntegramente, pero resulta dudoso que del incumplimiento por parte de la contratista del inicio de las obras pueda deducirse su ejecución en plazo. La resolución que abre este expediente se funda en una demora de “dos meses” en la fecha fijada para el inicio de los trabajos que con posterioridad se elevan a cuatro durante la tramitación del presente procedimiento, y el pliego de cláusulas administrativas se limita a recoger, en su disposición tercera, que el plazo máximo para la ejecución del contrato será de 14 meses desde la firma del acta de comprobación del replanteo, lo que reitera en la cláusula décima, pero no constan plazos parciales, ni que la contratista haya presentado un cronograma. Ciertamente con ocasión del replanteo esta “se declara en condiciones de comenzar los trabajos de la obra”, lo que le vincula a su inmediato inicio, y resulta conocidamente improcedente la justificación posterior que la adjudicataria aduce para no comenzar las obras relativa a supuestos defectos del proyecto, habida cuenta de que no formula reserva alguna en la comprobación del replanteo, y siendo plenamente concedora de que no le asiste un derecho a una modificación del proyecto que le facilite la ejecución de los trabajos de espaldas ya a la libre concurrencia. Los informes de la Dirección de Obra constatan la reiterada negativa de la contratista a acometer los trabajos en las condiciones acordadas, pues “si no se realizan cambios la obra

no le resulta viable económicamente”, sin que se objetiven ni acrediten las supuestas “deficiencias (...) en el proyecto” que extemporáneamente invoca y de las que no deduce acción. En suma, de lo actuado resulta que el contratista deja constancia de una voluntad firme y deliberada de no acometer los trabajos -salvo modificación a la que no tiene derecho-, e incluso parece asumir su incumplimiento culpable al ofrecer alternativas de abono para satisfacer la indemnización que proceda, siendo conocedor de su posición.

En estas condiciones, cuando nos enfrentamos ante supuestos de inejecución no cabría una interpretación rigorista de las causas de resolución aduciendo que aún no se ha producido el incumplimiento del plazo máximo de ejecución de la obra, pues al no haberse comenzado siquiera los trabajos transcurridos ya más de seis meses desde la fecha de inicio se constata un claro incumplimiento de su obligación principal. En efecto, la inejecución se revela plenamente consciente y decidida por parte del contratista, se pone expresa y reiteradamente de manifiesto por el mismo desde antes de la apertura del procedimiento resolutorio y se confirma sucesivamente a través de sus propios actos, aquietándose incluso frente a la negativa de la Administración a concederle el modificado que interesa y sabiendo que no le asiste un derecho a esa modificación al margen de la concurrencia.

Tal como razonamos, en el régimen anterior a la vigente LCSP ese incumplimiento habría de subsumirse -por vía interpretativa, como hace la propuesta de resolución- en la causa relativa a la demora en el cumplimiento de los plazos que evidencia el incumplimiento final. Con la LCSP trata el legislador, al consignar expresamente como causa de resolución el “incumplimiento de la obligación principal del contrato” -artículo 211.1, letra f)-, que el operador jurídico no ve vea forzado a acudir a la vía interpretativa para atribuir virtualidad resolutoria a supuestos que, consistiendo en la inejecución misma de lo comprometido, deben encontrar un acomodo claro e inequívoco entre las causas legales de resolución contractual.

Por tanto, evidenciada la voluntad del contratista de no ejecutar la obra, ya no es preciso anudar a su conducta y al transcurso del tiempo una imposibilidad de cumplimiento en plazo, procediendo la resolución contractual por quedar de manifiesto el incumplimiento de la obligación principal del contrato, *ex artículo 211.1, letra f), de la LCSP.*

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 obras de construcción de cubierta y cerramiento de la pista polideportiva de Balbín adjudicado a la empresa, sometido a nuestra consulta.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE GOZÓN.