

Dictamen Núm. 186/2020

**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 23 de julio de 2020, 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 22 de junio de 2020 -registrada de entrada al día siguiente-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de reparación de pavimentos en la plaza Alfonso II El Casto y su entorno.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo de 17 de octubre de 2019, se inicia el procedimiento de resolución del contrato relativo a las obras de reparación de pavimentos en la plaza Alfonso II El Casto y su entorno, por incumplimiento culpable del contratista. En él se invoca la cláusula decimoséptima del pliego de las administrativas particulares, que contempla como causas de resolución “las previstas en los artículos 211 y 245

de la LCSP”, y a ellas añade “en concreto” las que enumera, de las que destaca “incumplir el objeto del contrato” y “el incumplimiento de las estipulaciones del proyecto o de las instrucciones que, en interpretación técnica de este, dé la dirección facultativa o, en su caso, el responsable del contrato, dentro de su respectiva competencia”. Al respecto, especifica que “existe un incumplimiento del objeto del contrato, ya que afecta a la prestación principal” del mismo, y reitera que “existe un incumplimiento culpable del contratista” consistente en “no ejecutar las prestaciones en los términos pactados”, concretamente no utilización de pavimento según especificaciones del proyecto e incumplimiento de las instrucciones de la dirección facultativa”.

En el mismo acuerdo se dispone “la incautación de la garantía definitiva (...) por importe de 3.180,22 €”, así como que una vez adoptada la resolución “se tratará en pieza separada y con el oportuno expediente contradictorio” la determinación de los “daños y perjuicios irrogados al Ayuntamiento”.

El citado acuerdo es notificado a la contratista el 22 de octubre de 2019, otorgándosele un plazo de diez días para que efectúe alegaciones.

**2.** Se incorporan al expediente los particulares relativos al contrato y su ejecución, que se relacionan en la resolución de inicio. Entre ellos, constan los pliegos que rigen la contratación, las ofertas presentadas y la adjudicación mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de noviembre de 2018 a la empresa ....., con un precio de 63.604,44 € (IVA excluido) y un plazo de ejecución de dos meses, así como la formalización del contrato, que tuvo lugar el día 4 de diciembre de 2018.

Consta en el expediente que el acta de comprobación del replanteo se firmó el 7 de diciembre de 2018, y que el día 22 de marzo de 2019 la Responsable del Contrato emite un informe en el que expone que “por la Dirección de Obra se ha encargado la realización de ensayos de resistencia flexión de la caliza roja con la que se estaba ejecutando la reposición del pavimento de la obra de referencia”, hallándose que “los valores medios son

inferiores a 8,75 MPa en tres de las cuatro muestras ensayadas". Dado que el material "no cumple con lo estipulado en (el) proyecto, se propone que se dé traslado al contratista del resultado de los ensayos para que en un plazo de 10 días presente" alegaciones al respecto, que la empresa formula, siendo desestimadas según se razona en un nuevo informe emitido en el mes de mayo por la misma Responsable y Directora de las Obras, quien, con fecha 5 de junio de 2019, ordena al contratista la sustitución del pavimento colocado en un plazo máximo de 10 días hábiles.

Obra en el expediente el rechazo de la empresa a la instrucción recibida por considerarla innecesaria, por lo que el día 25 de junio de 2019 la Directora de la Obra emite informe en el que propone la resolución del contrato, así como el resarcimiento de los trabajos de sustitución de la caliza según el detalle que proporciona.

Tras la realización de ensayos adicionales en el mes de agosto de 2019, la Responsable del Contrato señala que "de las cuatro muestras ensayadas:/ Dos ensayos han dado francamente por debajo de lo requerido en (el) proyecto./ Un ensayo da una resistencia superior al proyecto (8,75 MP) pero inferior a lo ofertado por el contratista (de 9,2 MPa)" y "un ensayo da resistencia superior al proyecto y a su oferta", por lo que se reitera la necesidad de resolver el contrato.

El 15 de octubre de 2019, la Sección de Contratación del Consistorio propone el inicio del procedimiento de resolución y aprecia la procedencia de incautar la garantía definitiva constituida.

**3.** El día 5 de noviembre de 2019, la representante de la adjudicataria presenta un escrito de alegaciones en el que expresa su oposición a la resolución del contrato manifestando que las obras han finalizado el día 1 de marzo de 2019, "habiendo procedido el Ayuntamiento a su recepción tácita y puesta en uso de las mismas, negándose a su recepción formal".

Explica que “durante la ejecución de los trabajos (...) se fueron realizando las pertinentes pruebas de ensayo de la resistencia a flexión bajo carga del pavimento de piedra colocada” que acreditan, a su juicio, que “la piedra colocada en obra cumple sobradamente con el umbral de resistencia establecido en el proyecto”. Tras puntualizar que las primeras pruebas realizadas se efectuaron “sobre una partida defectuosa y no colocada en obra”, expone que sus técnicos llevaron a cabo “nuevas pruebas de ensayo pero sobre la piedra ya colocada y puesta en uso desde el 1 de marzo de 2019”, cuyos resultados detalla.

Opone, asimismo, que el Ayuntamiento “no ha seguido” el “procedimiento específicamente establecido en el pliego” en “caso de duda o discusión sobre la calidad de los materiales”, y reitera que -como ha indicado en anteriores escritos- “de existir algún problema con el pavimento colocado este se manifestaría dentro del plazo de garantía, con lo que sería obligación de esta parte el responder y proceder a la sustitución de las piezas que pudieran manifestar algún problema, existiendo para ello también una garantía depositada por esta parte”.

Solicita, por último, el pago de la cantidad adeudada correspondiente a la última certificación (13.006,80 €), en la que especifica “se integran aumentos de obra ordenados y aprobados por la Dirección Facultativa que nada tienen que ver con los conceptos que ahora pretenden discutir”.

Adjunta diversa documentación relativa a las pruebas de ensayo realizadas.

**4.** Con fecha 5 de febrero de 2020 la Responsable del Contrato libra un informe sobre las alegaciones presentadas. En él “se reitera” en las manifestaciones incluidas en informes previos (emitidos los días “27 de marzo, 10 de mayo, 5 de junio, 25 de junio y 6 de septiembre de 2019”), de las que destaca que “el contratista ha incumplido una orden directa y concreta de la Dirección de Obra comunicada con todas las garantías, si bien no pudo transcribirse al Libro de

órdenes de la obra por extravío del mismo por la contrata./ La caliza roja colocada en obra no es la comprometida por el contratista en su oferta” ni, “a la vista de la dispersión de los resultados obtenidos en los ensayos de resistencia (...), puede considerarse de primera calidad”, añadiendo que solo uno de los seis ensayos realizados “arroja un resultado de resistencia a flexión que cumple el pliego”.

A continuación responde, de manera puntual, a las alegaciones efectuadas por la empresa contratista.

**5.** El día 13 de febrero de 2020, los Servicios de Contratación y de Área Interior proponen “desestimar las alegaciones formuladas por la entidad contratista y acordar la resolución del contrato (...) por incumplimiento culpable del contratista, de sus obligaciones contractuales adquiridas en virtud del mismo”, así como la procedencia de incautar la garantía, remitiéndose el expediente a “informe de Asesoría Jurídica e Intervención”.

**6.** En la misma fecha una Abogada Consistorial, “en sustitución de la Dirección General de Asesoría Jurídica”, informa favorablemente la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista “de sus obligaciones contractuales”, en relación con la de “ejecutar las prestaciones objeto del contrato en los términos señalados en el proyecto y en el (...) pliego y dentro del plazo total fijado, con sujeción a los plazos parciales que resulten del contrato y al correspondiente programa de trabajo”. Alude también a la “cláusula decimoséptima” del pliego de las administrativas particulares, en cuanto que contempla como causa de resolución “el incumplimiento de las estipulaciones del proyecto o de las instrucciones que, en la interpretación técnica de este, dé la dirección facultativa o, en su caso, el responsable del contrato”. En él reseña que, una vez resuelto el contrato, corresponde “tramitar el expediente contradictorio a efectos de determinar la procedencia de una indemnización en

cuantía superior al importe de la garantía definitiva”, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 213.3 de la LCSP.

**7.** El día 18 de febrero de 2020 emite informe de conformidad la Intervención General.

**8.** Con fecha 20 de febrero de 2020, la Junta de Gobierno Local asume la propuesta formulada por “el Jefe de Servicio de Área de Interior” que transcribe, expresiva de que apreciada la oposición del contratista procede remitir el expediente al Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

**9.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de junio de 2020, 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 reparación de pavimentos en la plaza Alfonso II El Casto y su entorno, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente en soporte digital.

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

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

**SEGUNDA.-** La consulta preceptiva a este Consejo en materia de resolución de contratos administrativos viene condicionada, a tenor de la normativa anteriormente 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 ha manifestado de forma inequívoca su oposición a la resolución, según se refleja en el escrito de alegaciones formulado el 4 de noviembre de 2019.

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

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -23 de noviembre 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 resolutoria, 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 puede ejercerse 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 ha incorporado el informe de Intervención y, por lo que respecta al preceptivo informe de Secretaría previsto en el artículo 3.3.b) del Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el Régimen



Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional, obra en el expediente un informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento que entendemos ha sido emitido al amparo y de conformidad con lo establecido para los municipios de gran población en la disposición adicional cuarta del referido Real Decreto, dando satisfacción de esta manera a las exigencias legales. También 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.

No obstante, se aprecia que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

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 Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Oviedo, por lo que habrá de ser dicha autoridad la que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento examinado.

Finalmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP la Administración debe dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento en un plazo máximo de ocho meses a contar desde el 17 de octubre de 2019 -fecha del acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se inicia el expediente de resolución contractual-. En el caso examinado, debemos indicar que a la fecha de emisión del presente dictamen dicho plazo no ha transcurrido al haber quedado interrumpido su cómputo de manera imperativa el día 14 de marzo de 2020, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria

ocasionada por el COVID-19, plazo que se ha reanudado el 1 de junio de 2020 de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. A partir, por tanto, de esa fecha deberán añadirse los 79 días comprendidos entre el 14 de marzo y el 1 de junio, excluido este último; días hábiles, según el criterio expresado en el Informe de 28 de mayo de 2020, emitido por la Abogacía de Estado -Referencia: A.G. Industria, Comercio y Turismo 3/20 (R-511/2020)-, en el que se razona que, “a falta de previsión concreta en el Real Decreto 537/2020, parece razonable aplicar la regla general establecida en la LPACAP respecto del cómputo de los plazos señalados por días, es decir, el artículo 30.2 de dicho texto legal, que impone atender a los días hábiles”.

De acuerdo con lo expuesto, en el momento de emisión de este dictamen el plazo no ha transcurrido aún, si bien la autoridad consultante deberá tener en cuenta el tiempo restante a efectos de emitir en plazo la correspondiente resolución.

**CUARTA.-** En relación con el fondo del asunto debemos 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 tanto, 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 propuesta de resolución refleja las vicisitudes experimentadas durante la ejecución de la obra, antes de cuya finalización se instó la realización de ensayos de resistencia a flexión del material (caliza roja) empleado por la empresa contratista. A la vista de los resultados obtenidos, la Directora de Obra y Responsable del Contrato emitió un primer informe el día 22 de marzo de

2019 en el que se constataba que, “de las cuatro muestras” efectuadas “solo una de ellas cumplía con el valor medio de resistencia a flexión fijado en el proyecto y que se especifica en la descripción del precio correspondiente” -en concreto, que la “resistencia a flexión” debe ser “superior a 8,75 MPa”, añadiéndose a continuación “a comprobar mediante ensayos”-, lo que se trasladó a la contratista, quien desatendió la orden de subsanación de la deficiencia -con sustitución de la baldosa colocada- efectuada en el mes de junio de 2019 por la Responsable del Contrato. No obstante, tal y como se recoge en el informe suscrito por esta el día 6 de septiembre de 2019, se realizaron nuevos ensayos, resultando nuevamente que de cuatro muestras analizadas la mitad no cumplían la calidad requerida, y una de ellas sí se ajustaba al valor establecido en el proyecto (8,75 MP) pero era “inferior a lo ofertado por el contratista (de 9,2 MPa)”. En el informe emitido por la misma Responsable el 24 de junio de 2019 se aclara que dichas exigencias técnicas se fundan en que “el espacio a pavimentar es un lugar emblemático, y por ello la reposición con un espesor mayor del habitual y con las calidades indicadas no se acometió con el vigente contrato de reposición de pavimentos en aceras y calzadas”. También precisa que “la importancia de este requerimiento” obligaba a la presentación, durante la licitación, de muestras de la piedra caliza a emplear, motivando incluso el incumplimiento de su aportación la exclusión de una de las empresas aspirantes.

Atendiendo a estas circunstancias, se propone la resolución por incumplimiento culpable del contratista, considerando que “existe un incumplimiento del objeto del contrato (...) que afecta a la prestación principal” del mismo. A ello se añade que se han incumplido “las obligaciones contractuales adquiridas en virtud” de este, consistentes en “ejecutar las prestaciones objeto del contrato en los términos señalados en el proyecto y en el (...) pliego y dentro del plazo total fijado, con sujeción a los plazos parciales que resulten del contrato y al correspondiente programa de trabajo” -primera de las obligaciones del contratista establecidas en la cláusula quinta del pliego

de las administrativas particulares-, y “que además se concretan en un claro incumplimiento de la oferta presentada y de las obligaciones adquiridas para el cumplimiento del objeto contractual del mismo”. Al efecto, se precisa que la “cláusula decimoséptima contempla como causa de resolución el “incumplimiento de las estipulaciones del proyecto o de las instrucciones que, en interpretación técnica de este, dé la dirección facultativa o, en su caso, el responsable del contrato, dentro de su respectiva competencia”.

Sin embargo, y respecto a esta última -cláusula decimoséptima del pliego de las administrativas particulares-, en la que se establecen “expresamente” otras causas de resolución, obvia el Ayuntamiento que el artículo 211 de la LCSP no contempla, a diferencia de su predecesor (artículo 223 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), “Las establecidas expresamente en el contrato” como causas de resolución. Tampoco las citadas en la cláusula decimoséptima han sido calificadas como obligaciones esenciales, tal y como exige el artículo 211.1.f) de la LCSP para ser consideradas como causas de resolución contractual.

A este último precepto, así como al artículo 245 de la LCSP, remite precisamente el pliego de cláusulas administrativas particulares para la determinación de las causas de resolución. En el artículo 211.1.f) se contempla como tal la de “incumplimiento de la obligación principal del contrato”, y entendemos que a ella se reconduce la calificada en la propuesta de resolución como “incumplimiento del objeto del contrato (...) que afecta a la prestación principal” pues, como la propia propuesta refiere, “la cláusula primera” del pliego “establece el objeto del contrato, consistente en la reparación de pavimentos en la plaza Alfonso II El Casto y su entorno”, e incluye la “sustitución del pavimento en mal estado y colocación de piedra de 6 cm de espesor”. A tal previsión debe añadirse, además de lo dispuesto en cuanto a las obligaciones específicas del contratista -cláusula quinta, transcrita anteriormente de forma parcial-, la contenida en el primer apartado de la

cláusula décima, en la que se señala que “las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en los pliegos y en el proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que, en interpretación de estos, dé al contratista la Dirección Facultativa y, en su caso, el Responsable del Contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia”. La interpretación conjunta de todas estas previsiones permite identificar la situación concurrente con la causa resolutoria establecida en el artículo 211.1.f) de la LCSP -“El incumplimiento de la obligación principal del contrato”-, a la que consideramos alude, aun de forma vaga, la propuesta de resolución, pues la documentación obrante en el expediente confirma las conclusiones de la Dirección de Obra en sus sucesivos informes referidas al incumplimiento del requisito técnico de resistencia del material empleado en la obra, en los que también se proporciona puntual respuesta a las alegaciones formuladas por la contratista, tanto antes como después del inicio del procedimiento de resolución contractual.

En efecto, el examen de las alegaciones formuladas por la empresa no enerva la conclusión expuesta. Aquella defiende que según pruebas realizadas por su cuenta en el mes de febrero de 2019 sí se cumplen los umbrales de resistencia fijados en el proyecto, explicando que los ensayos llevados a cabo por la Administración en el mes de febrero fueron realizados “sobre una partida defectuosa y no colocada en obra” que “fue devuelta a la empresa suministradora”, y considerando que los realizados “una vez colocada y puesta en uso” no son válidos, “ya que la piedra (además de soportar el tráfico de vehículos pesados desde su puesta en servicio) ha sido abujardada creando pequeñas hendiduras en la piedra que afectan a su resistencia a flexión, y por lo tanto los resultados se pueden ver alterados”. No obstante tales matizaciones, la contratista esgrime que ha realizado por su cuenta nuevas pruebas que acreditan el cumplimiento de la calidad del pavimento exigida. Por otra parte, considera que ha existido una recepción tácita de la obra, asociada a su puesta en servicio.

En primer lugar, y en cuanto a las reservas manifestadas por la empresa en relación con los primeros ensayos -según afirma, se habrían realizado con una muestra tomada de un acopio rechazado-, el informe emitido por la Responsable del Contrato contrapone que dichas muestras se tomaron “en presencia del contratista, constando la firma del Jefe de Obra” en el oportuno apartado de conformidad, “y ni en ese momento, ni posteriormente cuando se le notificaron los resultados, comunicó a la Dirección de Obra ninguna incidencia sobre dicho acopio”. En estas condiciones, resulta controvertida la alegación del contratista que invoca retroactivamente la elección de una partida defectuosa para el primer análisis de resistencia del pavimento empleado.

En segundo lugar, y respecto a los ensayos realizados por cuenta de la contratista, dos de los efectuados no ofrecen resultados aplicables y plantean dudas sobre las muestras seleccionadas. Así, en el segundo de los aportados (correspondiente al día 18 de ese mes) figura como peticionaria una empresa distinta a la contratista, sin especificación del lugar de obtención de la muestra, y en el tercero la prueba se realiza sobre “losas de piedra natural (caliza Griotte)”, sin referencia alguna a la tipología controvertida (caliza roja), lo que suscita dudas sobre su identificación. Además, la Dirección de Obra destaca que en este último ensayo el laboratorio refleja que “se rompe una probeta de cada pieza”, lo que -según explica- afecta a “cada una de las losas suministradas (...) y no (a) un número representativo de probetas de cada muestra de material, como prescribe la norma UNE correspondiente, y sin precisar tampoco cuál ha sido el criterio para la elección de la probeta ensayada”. Expone que “los parámetros mínimos fijados para la resistencia a flexión del material deben alcanzarse en todos los casos, y no como media de los resultados de un muestreo realizado sobre dicho material”; afirmaciones que, en suma, implican que las conclusiones que a su favor alcanza la contratista derivadas de estas pruebas concretas no reúnen las garantías necesarias para su adecuada consideración técnica.

De lo expuesto resulta la evidente insuficiencia de estos ensayos para desvirtuar los realizados a instancia de la Dirección de Obra. Ello, sin perjuicio de que en el informe emitido por esta se precise que la empresa realizó un cuarto ensayo (con toma de muestras en el mes de enero de 2019 y resultados un mes después) en el que no se alcanzaron las cifras comprometidas en la oferta.

Tampoco puede aceptarse el rechazo a la validez de los segundos ensayos con base en su realización sobre baldosas en uso, pues dado el escaso margen de tiempo transcurrido desde su instalación (apenas cinco meses) resulta presumible que las piezas controvertidas no habrían sufrido una utilización intensiva tal que hubiera afectado a su coeficiente de resistencia. En este sentido, el Ayuntamiento indica además que no se permitieron diversos eventos de celebración habitual, como el Mercado Artesano, de periodicidad mensual, "la colocación del escenario de las Fiestas de Carnaval, la salida o llegada de diversas competiciones deportivas, el Mercado Astur de la Feria de la Ascensión, los Castelleros de Sarriá o la hoguera de San Juan". De hecho, es razonable presumir que la colocación de ese pavimento, con una resistencia elevada en una zona de especial protección, se concibe para un mantenimiento en adecuado estado a largo plazo, sin que pueda objetarse que el transcurso de cinco meses pueda haber afectado a su resistencia hasta el punto de alterar las conclusiones de las pruebas de contraste efectuadas. Al respecto, la Dirección de Obra explica que los ensayos realizados en agosto tenían como objeto exclusivo "reforzar" la convicción sobre la falta de calidad del material deducida de los llevados a cabo con anterioridad, por lo que tampoco son considerados de forma exclusiva.

Con relación a la alegación de la existencia de una "recepción tácita" de la obra, figura de creación jurisprudencial relacionada con la ocupación efectiva de las obras, debe recordarse que su apreciación requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, tal y como advertimos en el Dictamen Núm. 58/2013, en el que señalamos como tales "que las obras se encuentren en correcto estado y

que el acta no se formalice por causas ajenas al contratista". El examen de la casuística revela que la recepción tácita exige que la obra no adolezca de deficiencias, tal y como refleja el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de septiembre de 2004 -ECLI:ES:TS:2004:6077- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), que recuerda que su admisión "se impone como consecuencia de negativas o dilaciones injustificadas en su expresa admisión, pese a la inexistencia de defectos o vicios en la ejecución de las mismas, o siempre y cuando se hubiesen subsanado debidamente los existentes dentro del plazo estipulado", lo que, justamente, no ocurre en el supuesto sometido a nuestra consideración, pues como razona el Alto Tribunal "no cabe (...) sostener que el simple transcurso de los plazos fijados (...), sin que el pronunciamiento expreso de recepción definitiva se produzca, pueda implicar el tácito cumplimiento del trámite de recepción definitiva con carácter liberatorio en todos aquellos casos en los que, pese a haberse recibido provisionalmente la obra, se hubiesen constatado defectos cuya subsanación haya venido exigiéndose de modo continuado por la Administración", añadiendo que "el simple transcurso del plazo de un año (...) no puede ser exonerante de la obligación de subsanar los defectos o vicios acusados, en tanto dicha obligación no resulte cumplida satisfactoriamente".

En suma, no cabe apreciar la existencia de una recepción tácita de la obra que implicaría la eventual apertura del correspondiente plazo de garantía, interpretación que, por ejemplo, efectúa el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su Sentencia de 3 de marzo de 2020 -ECLI:ES:TSJCV:2020:501-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª. En el caso examinado, ya antes de la finalización del plazo de ejecución de la obra la Dirección de Obra deja constancia de los defectos de resistencia del material empleado tras un primer ensayo. Por otro lado, aun en el caso de acoger dicha alegación del contratista, cabría oponer entonces que resultaría aplicable el artículo 243.3 de la LCSP (cuyo contenido reproduce la cláusula decimosexta del pliego de las administrativas particulares), en el que se dispone



que antes de la conclusión del plazo de garantía -de un año- el Director Facultativo debe emitir un informe sobre el estado de la misma, y que en caso de ser desfavorable (así como en el supuesto de que “los defectos observados se debiesen a deficiencias en la ejecución de la obra y no al uso de lo construido”) dicho responsable “procederá a dictar las oportunas instrucciones al contratista para la reparación de lo construido, concediéndole un plazo para ello”. Es decir, la interpretación que efectúa el contratista abocaría a una situación como la actual, puesto que su negativa a subsanar conduciría igualmente a la resolución del contrato, aun encontrándose dentro del plazo de garantía, tal y como se indica en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 -ECLI:ES:TS:1999:5656- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), en la que se afirma la procedencia de la resolución contractual acordada por un Ayuntamiento en un supuesto en el que “la empresa contratista debía responder de las deficiencias que surgieron tras la recepción provisional de la obra, al tener su origen en su incorrecta ejecución (...), ya que consta acreditado del conjunto de pruebas practicadas (...) que el hormigón empleado en la obra no correspondía a la resistencia debidamente exigible, y esa defectuosidad imputable al contratista determinó la actuación por parte de la Administración (...), que procede confirmar”.

Tal como hemos señalado, el concepto de recepción tácita se encuentra vinculado al de la ocupación efectiva regulado en los artículos 243.6 de la LCSP y 168 del RGLCAP. Ciertamente, en el caso analizado se ha producido una puesta en uso de la obra, pero restringida, dada la limitación de usos anteriormente señalada, y no se ha procedido a la formalización del correspondiente acuerdo, previsto en el indicado precepto reglamentario. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el segundo apartado del mismo precepto (artículo 168.2 del Reglamento) dispone que “la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para uso público producirá los efectos de la recepción si, de acuerdo con el acta de comprobación, las obras estuviesen finalizadas y fueran conformes con las prescripciones previstas en el contrato. Si por el

contrario se observaran defectos, deberán detallarse en el acta de comprobación junto con las instrucciones precisas y el plazo fijado para subsanarlos. El órgano de contratación, a la vista de los defectos advertidos, decidirá sobre dicha ocupación efectiva o puesta en servicio para uso público de las obras". En consecuencia, de nuevo nos hallamos ante una situación que resulta idéntica a la actual, pues aun entendiendo que ha existido una ocupación efectiva -formalmente no declarada- concurre como elemento clave la falta de subsanación por parte del contratista de las deficiencias advertidas, apreciadas en diversos ensayos, siendo análoga la consecuencia jurídica que de ella se derivaría, que no puede ser otra -según venimos razonando- que la resolución contractual. En el mismo sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 23 de diciembre de 2005 -ECLI:ES:TSJCL:2005:7454- (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), en la que se "considera que no ha habido una recepción tácita de tales obras por el hecho de que el Ayuntamiento entrara en posesión y ocupación de la misma" (en aquel caso, para la continuidad de su ejecución).

Sentado lo anterior, cabría plantearse si debió realizarse el acta de recepción desfavorable prevista tanto en la cláusula decimocuarta del pliego de las administrativas particulares, como en el artículo 243 de la LCSP. Precisamente la Responsable del Contrato invoca la primera -junto con el artículo 3.10 del pliego del proyecto- para justificar la falta de recepción (informe de contestación a las alegaciones del contratista, folio 799), puesto que -según especifica- el material empleado no cumple las condiciones del contrato. El apartado 3 de la cláusula señalada establece que "en el supuesto de que las obras no se hallen en estado de ser recibidas se levantará la correspondiente acta, en la que el Director señalará los defectos observados y detallará las instrucciones precisas para su remedio, fijando el plazo para ello. Transcurrido dicho plazo sin que por el contratista se remedien los defectos, el órgano de contratación podrá (concederle) otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato".

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1999 -ECLI:ES:TS:1999:3340- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª) concluye que “existiendo defectos en las obras ejecutadas que determinaron un incumplimiento del contrato imputable al contratista la Administración no estaba obligada a la recepción provisional ni definitiva de las obras, sino que lo procedente era exigir la reparación, si se estimaba pertinente, y, en caso de no atenderse tal requerimiento, resolver el contrato, con las consecuencias correspondientes”; afirmación que resulta plenamente aplicable al caso que nos ocupa, en el que exigida la sustitución del material empleado tras la práctica de varias pruebas de resistencia la suscripción de un acta de recepción desfavorable no era exigible de forma imperativa. En todo caso no cabe duda de que, en el supuesto de haberse formalizado, la postura de la Dirección de Obra hubiera sido exactamente la misma que se siguió -formulación de las oportunas instrucciones-, cuya desatención faculta al órgano para resolver el contrato directamente.

Por último, debemos referirnos al procedimiento específico que, según alega la contratista, debió haberse seguido al estar contemplado en la cláusula tercera del pliego de prescripciones técnicas. Afirma literalmente que en ella se prevé que, “en caso de duda o discusión sobre la calidad de los materiales, se enviarán a ensayo por el Laboratorio Central para Ensayos de Materiales de Construcción del Centro de Experimentación de Obras Públicas, siendo decisivo el resultado que se obtenga. El contratista está obligado a entregar con la suficiente antelación muestras de los materiales que hayan de emplearse en obra, en cantidad suficiente para que puedan realizarse las citadas pruebas y ensayos”. Sin embargo, el pliego de prescripciones técnicas que figura en el expediente remitido, firmado el día 13 de junio de 2018 por el Coordinador Técnico de Infraestructuras del Ayuntamiento de Oviedo, no recoge la cláusula transcrita por la empresa en su escrito de alegaciones. Al contrario, en su apartado duodécimo, dedicado al “Control de calidad”, sí establece que “el Ayuntamiento podrá ordenar la realización de ensayos sobre los materiales a

suministrar o emplear, así como sobre las diferentes unidades de obra ejecutadas”; ensayos que “serán realizados por un laboratorio debidamente homologado y aceptado por la Dirección de Obra”.

Sin perjuicio de lo anterior, que plantea dudas de entidad sobre la aplicabilidad del procedimiento reseñado, de la documentación obrante en el expediente no se desprende que se cumpliera el último inciso de la supuesta cláusula, ni que la empresa instara la aplicación de dicho procedimiento una vez surgida la discrepancia, prefiriendo recurrir, por su cuenta, a otro laboratorio. En este sentido la Dirección de Obra destaca que, “durante todo el procedimiento, no consta que el contratista haya cuestionado los resultados de los ensayos realizados en el laboratorio designado por la Dirección de Obra, ni solicitado la realización de ensayos de contraste por laboratorio diferente”, del mismo modo que la propia Dirección de Obra tampoco “ha cuestionado la veracidad del resultado de los ensayos realizados” por el laboratorio al que recurrió el contratista. Por ello, recuerda que “lo que está en cuestión es la falta de homogeneidad de la caliza roja y la dispersión de los valores de los ensayos a flexión”, al tiempo que aclara que “la referencia del pliego al Laboratorio Central para Ensayos de Materiales de Construcción del Centro de Experimentación de Obras Públicas (...) debe entenderse como la realización de ensayos por un laboratorio acreditado y que aporte suficiente garantía respecto de los resultados”, lo que cumplen los laboratorios, acreditados, en los que se han realizado los ensayos. En todo caso, a juicio de este Consejo resulta concluyente que -según se manifiesta- el citado Laboratorio Central no tiene entre sus “líneas de actuación (...) la realización de este tipo de ensayos”; afirmación de la que deducimos que no habría podido llevarlos materialmente a cabo.

En definitiva, la singularidad del supuesto planteado (en el que la finalización de las obras -cuyo plazo de ejecución era de dos meses- se produce antes del inicio de la resolución) no impide la aplicación de la causa de resolución expuesta, pues ateniéndonos a los informes de la Responsable de la

Obra ya antes de su finalización resulta acreditada la falta de calidad del material empleado, siendo reclamada su sustitución, resultando objetiva y cierta, por tanto, la falta de cumplimiento del objeto principal del contrato. No obsta tal conclusión el hecho de que la necesidad de contrastar con suficientes garantías dicha característica haya motivado que la colocación del pavimento se anticipara a la obtención de los resultados de los ensayos encargados por la Dirección de Obra. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la colocación de la piedra caliza roja se inició "a partir de la semana del 8-11 de enero de 2019", y que la primera muestra tomada por la contratista se recogió ya el día 9 de enero, si bien sus resultados no se obtienen hasta el 5 de febrero, y se remiten a la Dirección de Obra seis días más tarde. Ello implica que la detección de la irregularidad fue simultánea a la ejecución de la obra, apreciándose incluso que una cierta demora en su advertencia es imputable a la propia contratista, al facilitar inicialmente una muestra defectuosa -según su alegación- para la realización de los ensayos.

En estas condiciones, y evidenciada la voluntad de la adjudicataria de no subsanar las deficiencias detectadas a través de los ensayos iniciados antes de la finalización de la obra, es claro que procede la resolución contractual por quedar de manifiesto el incumplimiento de la obligación principal del contrato, *ex artículo 211.1, letra f)*, de la LCSP, lo que lleva aparejado preceptivamente, en aplicación de lo preceptuado en el artículo 213.3 de la LCSP, tal y como propone la Administración, la incautación de la garantía constituida, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración además por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado en lo que excedan del importe de la garantía incautada, según dispone el mismo precepto.

Al margen, por tanto, de la liquidación que proceda de las unidades de instalaciones y obras ejecutadas, deberán cuantificarse los daños y perjuicios ocasionados a la Administración con motivo de la resolución contractual, que según el informe emitido el día 6 de septiembre de 2019 por la Responsable del

Contrato (folio 737) coincidirán con “los trabajos de sustitución de la caliza roja”. Tal y como señala la propuesta de resolución, una vez resuelto el contrato deberá tramitarse el correspondiente expediente contradictorio a fin identificar y cuantificar los daños y perjuicios a que deba hacerse frente, y trasladar tal valoración al contratista a través del oportuno trámite de audiencia, según lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución con incautación de garantía, por incumplimiento culpable del contratista, del contrato de obras de reparación de pavimentos en la plaza Alfonso II El Casto y su entorno.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.