

Dictamen Núm. 202/2020

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 3 de septiembre 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 V. E. de 3 de julio de 2020 -registrada de entrada el día 8 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato para la realización de vuelos verticales para el levantamiento fotogramétrico de varias explotaciones mineras y grabación de vídeos aéreos del Servicio de Promoción y Desarrollo Minero.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución del Consejero de Industria, Empleo y Promoción Económica de 27 de noviembre de 2019, se adjudicó un contrato menor para la realización de vuelos verticales para el levantamiento fotogramétrico de varias explotaciones mineras y grabación de vídeos aéreos en determinadas localizaciones sitas en los concejos de Tineo, Ibias y Cangas del Narcea, por

importe de 8.500 € (10.285 €, IVA incluido) y con un plazo de ejecución de quince días, a contar desde el siguiente a la notificación de su adjudicación, que tuvo lugar el 2 de diciembre de 2019.

Obra incorporado al expediente, entre otra documentación, el pliego de prescripciones técnicas particulares que rige el contrato.

2. Con fecha 27 de diciembre de 2019 el responsable del contrato propone su resolución, por cuanto que superado el plazo de ejecución la adjudicataria comunica por correo electrónico que no puede completar los trabajos acordados dentro del año 2019 al carecer de los equipos requeridos en el pliego de prescripciones técnicas.

Asimismo, propone la devolución de la factura emitida por la mercantil.

3. Mediante Resolución de 30 de diciembre de 2019, el Consejero de Industria, Empleo y Promoción Económica acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato, dando audiencia a la contratista por un plazo de diez días naturales. Consta en el expediente que la adjudicataria recibe notificación de la misma el 3 de enero de 2020.

4. El día 13 de enero de 2020 la interesada "solicita una prórroga del plazo para la consulta del expediente por otros 10 días", manifestando su oposición a la resolución del contrato "toda vez que el supuesto retraso en ningún caso ha sido imputable a esta parte, por lo que procede concederse una prórroga del plazo para la ejecución del mismo".

5. Mediante Resolución de 13 de enero de 2020, el Consejero de Industria, Empleo y Promoción Económica concede una ampliación del plazo establecido para el trámite de audiencia, que pasa a finalizar el 20 de enero de 2020.

6. Con fecha 20 de enero de 2020, la contratista presenta un escrito de alegaciones en el que reitera que el retraso no es imputable a la empresa sino

que "vino motivado exclusivamente (por) causas meteorológicas y (...) algunos inconvenientes puntuales ajenos" a la misma, poniendo de manifiesto su oposición a la resolución del contrato y solicitando que se le conceda un nuevo plazo de ejecución de 15 días.

7. El día 3 de febrero de 2020, la adjudicataria presenta un recurso de reposición frente a la denegación de la prórroga. Afirma que debiéndose el retraso a "causas meteorológicas y a inconvenientes puntuales y temporales en los equipos, habiéndose puesto de manifiesto tal circunstancia y habiéndose ofrecido alternativas para la perfecta ejecución de los trabajos", el incumplimiento no se puede imputar a la empresa, por lo que procedería una ampliación del plazo de ejecución, y solicita que se declare "la nulidad/anulabilidad" de la resolución de 30 de diciembre de 2019.

8. Desde la Dirección General de Energía, Minería y Reactivación se emite informe sobre las alegaciones formuladas por el contratista, señalándose que "no procede acudir al artículo 195.2 de la Ley 9/2017 (...), ya que no está en modo alguno justificada la existencia de factores no imputables al contratista", a quien se achaca falta de planificación, incapacidad para resolver problemas derivada de lo anterior y falta del equipamiento técnico exigido en el pliego, que desde el momento de la adjudicación pretende sustituir por otro.

Se puntualiza que la empresa recibe la notificación de la adjudicación el 2 de diciembre de 2019, y que ya ese mismo día "manifiesta su intención de sustituir el requerido RPA de ala fija por un dron multirrotor". Ante la negativa del Servicio "la empresa rectifica y se compromete, en su correo electrónico de 3-12-2019, (a) cumplir el pliego", precisando que el día 4 comunica que los trabajos comenzarán el día 9, y solicita información sobre algunos aspectos que o bien resultan innecesarios o bien figuran reflejados en los pliegos. De ello se desprende que "para la mera programación consume (la) contratista una semana de tiempo para un contrato de 15 días hábiles". El día 13 de diciembre de 2019 la empresa reporta el estado de ejecución indicando que sobre una

localización no pudieron volar por meteorología adversa y que a otra no pudieron acceder por la presencia de árboles caídos, bloqueando el paso, razonando el informante que “las demoras responden (...) a la falta de recursos o de profesionalidad”.

Añade que el día 26 de diciembre de 2019 el contratista remite un correo electrónico en el que expone haber “tenido un problema con nuestra ala fija (...), por lo que será imposible realizar los levantamientos antes de que finalice el año 2019. Tendremos disponible el ala fija para la semana del 6 de enero de 2020”, ofreciendo el uso de “nuestro dron multirroto”, y manifiesta estar a la espera del “texto para la locución que se integrará en el vídeo”, lo que no figura en el pliego, correspondiendo a la contratista su elaboración. Por último, menciona que habiendo transcurrido el plazo de ejecución la adjudicataria ha presentado factura por el importe íntegro sin entregar, ni total ni parcialmente, el resultado de su trabajo.

9. El día 21 de abril de 2020, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica informa sobre la procedencia de resolver el contrato, por incumplimiento culpable de la contratista de su obligación de ejecutarlo en plazo, considerando que la empresa se ha limitado a alegar causas meteorológicas que no justifica cuando la verdadera causa es la no disponibilidad de un RPA de ala fija -exigido en el pliego de prescripciones técnicas- para llevar a cabo el trabajo, pretendiendo sustituirlo desde un primer momento por un dron multirroto.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, propone la devolución de la factura presentada.

10. Con fecha 23 de abril de 2020 se da traslado del expediente al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, que concluye que no procede la emisión de informe preceptivo por su parte, pues el artículo 6.1.d) del Decreto 20/1997, de 20 de marzo, se remite a estos efectos a lo previsto en la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, a cuyo tenor al pretenderse la resolución del contrato por

demora en el cumplimiento del plazo de ejecución no está prevista la exigencia del informe.

11. El día 8 de junio de 2020, el Consejero de Industria, Empleo y Promoción Económica dicta resolución por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por la contratista, confirmando la Resolución de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica de 30 de diciembre de 2019 en todos sus extremos. Expone que las pretensiones de la recurrente no pueden ser acogidas por los motivos expuestos por el Servicio de Promoción y Desarrollo Minero, que reproduce, no pudiendo acordarse la ampliación del plazo de ejecución por estar vencido en el momento de solicitarse esta.

12. Con fecha 11 de junio de 2020, el Consejero de Industria, Empleo y Promoción Económica acuerda suspender el plazo para resolver el procedimiento de resolución del contrato hasta la recepción del preceptivo informe del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

13. El día 12 de junio de 2020, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Consejería instructora formula propuesta de resolución en la que considera que procede resolver el contrato por haber quedado acreditado que la empresa adjudicataria ha incumplido el plazo de entrega de los trabajos objeto del mismo. Razona que la adjudicación del contrato le fue comunicada a la interesada el 2 de diciembre de 2019, comenzando al día siguiente el cómputo del plazo para su ejecución, que finalizaba el día 26 del mismo mes; fecha en la que la contratista no había entregado aún ningún trabajo, ni siquiera parcial, lo que trae causa de la falta de disponibilidad del equipamiento técnico contemplado en el pliego de prescripciones técnicas y en la falta de planificación previa de los trabajos. Por ello, estima que procede la resolución del contrato "al amparo de lo establecido en el artículo 211.1.d) de la LCSP, incumplimiento que ha de calificarse como culpable".

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de julio de 2020, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato para la realización de vuelos verticales para el levantamiento fotogramétrico de varias explotaciones mineras y grabación de vídeos aéreos, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente en soporte digital.

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

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

SEGUNDA.- 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 señalando (por todos, Dictamen Núm. 72/2019). En el caso que nos ocupa el contratista manifiesta su oposición a la resolución del contrato.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que analizamos es la propia de un contrato administrativo de servicios, resultando de aplicación el régimen jurídico sustantivo contenido 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).

Conforme a lo dispuesto en apartado 2 del artículo 25 de la LCSP, los efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos se regirán por dicha ley y sus disposiciones de desarrollo -destacadamente, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante 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”. 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 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 procedimentales: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía; informe del Servicio Jurídico, salvo que no resulte preceptivo atendiendo a la causa resolutoria, como sucede en este caso *ex* artículo 195.1 de la LCSP, y dictamen del órgano consultivo que corresponda

cuando se formule oposición por parte del contratista, en los términos anteriormente expuestos.

En el asunto que analizamos se ha dado audiencia a la empresa contratista y se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, no resultando preceptivos otros trámites al amparo de lo previsto en el artículo 195.1 de la LCSP. Observamos, no obstante, que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la mercantil interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos del silencio administrativo.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, conforme a lo señalado en los artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP corresponde al órgano de contratación. El contrato sometido a nuestra consideración fue adjudicado por el titular de la Consejería de Industria, Empleo y Promoción Económica, por lo que habrá de ser dicha autoridad la que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento examinado.

Finalmente, y si bien de acuerdo con lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP, la Administración debería haber dictado y notificado la resolución que pusiera fin al procedimiento en un plazo máximo de ocho meses a contar desde el 20 de diciembre de 2019, fecha de la Resolución de inicio del expediente de resolución contractual, se repara en que se ha acordado la suspensión del mismo desde la solicitud hasta la recepción del presente dictamen al amparo de lo dispuesto en el artículo 22.1, letra d), de la LPAC; además de haberse interrumpido el plazo 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. Reanudado el cómputo según 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 del 1

de junio deberán añadirse al plazo subsistente los 79 días comprendidos entre esa fecha y el 14 de marzo; días hábiles, según el criterio expresado en el Informe de 28 de mayo de 2020, emitido por la Abogacía del Estado -Ref.: A.G. Industria, Comercio y Turismo 3/20 (R-511/2020)-. Dado que el plazo se interrumpe de nuevo por la solicitud de dictamen (el 3 de julio), a la recepción del mismo habrá de reanudarse el cómputo.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto debemos subrayar, en primer lugar, 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.

El apartado 1 del artículo 211 de la LCSP establece las causas de resolución de los contratos refiriéndose, entre otras, a la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista -letra d)-, al incumplimiento de la obligación principal del contrato -letra f)- y a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados -letra g)-, a las que se suman las específicas de los contratos de servicios previstas en el artículo 313 del mismo cuerpo legal. Causas todas ellas que deben ser valoradas en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso y sin que la aparición de una o varias de ellas determine *ipso iure* la resolución del contrato administrativo.

En el supuesto examinado la causa resolutoria que se invoca es “la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”, a la que se refiere el artículo 211.1.d) de la LCSP. Tal motivo resolutorio ha de ponerse en conexión con lo establecido en el artículo 193 del mismo cuerpo legal, que si bien no tiene carácter básico resulta aquí de aplicación en defecto de normativa autonómica propia. Conforme al citado precepto, el contratista está obligado a

cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva, señalando que cuando por causas que le sean imputables hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades.

Como ya ha manifestado este Consejo Consultivo en supuestos similares (por todos, Dictamen Núm. 72/2019) la mora del contratista englobaría tres submotivos resolutorios distintos: el incumplimiento del plazo total -invocado en el supuesto objeto de análisis-, 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.

Tal como vienen reiterando la jurisprudencia y la doctrina consultiva, 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. Ahora bien, la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento reviste la trascendencia que justifica la resolución y la apertura de una nueva licitación o si, por el contrario, procede solo la imposición de penalidades. Respecto a la significación de los incumplimientos, es doctrina consolidada que el efecto resolutorio ha de reservarse a los supuestos en quede de manifiesto una voluntad rebelde al cumplimiento, sin bastar el simple retraso, pues la ley contempla una prórroga a favor de quien ofrezca cumplir sus compromisos cuando el retraso sobreviene por "motivos no imputables al contratista"

(artículo 195.2 de la LCSP). Se requiere así, para instar la resolución, una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista.

En el presente caso nos encontramos con un contrato cuyo plazo de ejecución es de 15 días, plazo finalizado ya a la fecha de inicio del presente procedimiento. El objeto del mismo, según consta en la documentación contractual, “es la realización de vuelos verticales para el levantamiento fotogramétrico de varias explotaciones mineras, restitución y posicionamiento de información existente en Google Earth y grabación de vídeos aéreos en centro experimental de la Fundación Barredo ubicado en San Pedro de Anes”. Respecto a los vuelos fotogramétricos, se explicitan las exigencias de que las fotografías se tomen con “cámara RGB de alta resolución” y que los trabajos se lleven a cabo con “RPA de ala fija dotado de inteligencia artificial y robótica autónoma a bordo y piloto autorizados por la Dirección General de Aviación Civil” del Ministerio de Fomento, estableciendo cuatro localizaciones: el vertedero de Buseiro, en el concejo de Tineo; la braña de Eiroa, en el concejo de Ibias, y Antracitas de Gillón, de los Grupos Coto Matiella y Perfecta Riotorno, ambas en el concejo de Cangas del Narcea. Se reseñan indicaciones, además, sobre los trabajos que afectan a la explotación de Tormaleo y la grabación de vídeo aéreo, tanto interior como exterior, de las instalaciones del túnel del centro experimental de la Fundación Barredo en San Pedro de Anes, que debía ser editado “con una duración estimada de 3 minutos, incluyendo cabecera con titulación y grafismos (...), utilización de música de librería, locución en español y copia en MP4”, así como sobre un reportaje de vídeo aéreo adicional en dicha localización.

Finalizado el plazo de ejecución el 26 de diciembre de 2019, la empresa contratista se ha limitado a remitir a la Administración una factura por el importe íntegro del contrato, sin haber cumplido su encargo siquiera parcialmente, justificando tal incumplimiento en “causas meteorológicas” e “inconvenientes puntuales y temporales en los equipos”. Sin embargo, y aparte de que no se aporta ninguna prueba acerca de esa meteorología adversa, consta que la adjudicataria manifestó el mismo día de la adjudicación (2 de

diciembre de 2019) su intención de “sustituir el requerido RPA de ala fija por un dron multirrotor”, lo que no fue autorizado por la Administración, observando el Servicio informante que “para la mera programación consume el contratista una semana de tiempo para un contrato de 15 días hábiles”. El mismo día en que vencía el plazo de ejecución -26 de diciembre de 2019- la empresa alega haber “tenido un problema con nuestra ala fija” y ofrece de nuevo el uso de “nuestro dron multirrotor”, lo que revela que la verdadera causa del retardo o inejecución es la carencia del “RPA de ala fija” exigido en el pliego de prescripciones técnicas. En el mismo sentido, consta que la empresa ha dirigido un correo electrónico al responsable del contrato indicando que no puede completar los trabajos acordados dentro del año 2019 al carecer de los equipos requeridos en el pliego de prescripciones técnicas. En estas condiciones, que encierran ya un incumplimiento culpable, la contratista interesa -ya el 13 de enero de 2020- después de haberse iniciado el procedimiento de resolución contractual una “prórroga del plazo para la ejecución”, alegando el 20 de enero -de nuevo contradictoriamente- que la demora se debe “a causas meteorológicas y a algunos inconvenientes puntuales ajenos a esta empresa”. Sin embargo, ni se concretan esos impedimentos transitorios ni se prueba su realidad, motivos que tampoco alcanzarían a justificar un retardo tan prolongado, pues los trabajos tenían un plazo de ejecución de 15 días y ya había transcurrido más del doble de tiempo sin que la contratista hubiera entregado, siquiera parcialmente, la prestación comprometida. Incluso se advierte, en el recurso de reposición deducido el 3 de febrero de 2020 frente a la denegación de la prórroga, que la propia contratista reconoce “inconvenientes puntuales y temporales en los equipos” que no son sino imputables a la empresa, quedando de manifiesto, en suma, que no disponía de los medios exigidos en el pliego de prescripciones técnicas ni los incorporó a lo largo de todo el plazo de ejecución del contrato.

En definitiva, nos enfrentamos a un incumplimiento sustancial e imputable a la contratista que se incardina en el supuesto resolutorio invocado por la Administración.

Por último, y en cuanto a los efectos de la resolución del contrato, la propuesta de resolución se limita a proponer la devolución de la factura presentada por la contratista. Sin embargo, ha tenerse en cuenta que, a los efectos de lo previsto en el artículo 213 de la LCSP, tratándose de un incumplimiento culpable el órgano de contratación deberá justificar si el mismo le ha ocasionado o no daños y perjuicios, debiendo dar cumplimiento, en caso afirmativo, a lo ordenado en el artículo 113 del RGLCAP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución del contrato para la realización de vuelos verticales para el levantamiento fotogramétrico de varias explotaciones mineras y grabación de vídeos aéreos del Servicio de Promoción y Desarrollo Minero adjudicado a la empresa, sometido a nuestra consulta, con los efectos expuestos en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.