

Expediente Núm. 7/2009  
Dictamen Núm. 38/2009

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*  
*Jiménez Blanco, Pilar*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 26 de marzo de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 12 de enero de 2009, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de concesión de obras públicas para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Langreo en sesión celebrada el día 26 de febrero de 1998 se adjudicó a una unión temporal de empresas (en adelante UTE) el contrato de concesión de obras públicas para la construcción y explotación de un aparcamiento bajo el parque Dorado, de Sama.

Con fecha 10 de marzo de 1998, el Secretario General del Ayuntamiento comunica al representante designado por las interesadas la adjudicación del contrato, sin que conste la fecha de recepción de la mencionada notificación.

Mediante aval otorgado el día 25 del mismo mes se constituye la garantía definitiva, que es depositada, con la misma fecha, en la Tesorería municipal.

Con fecha 25 de noviembre de 1998 las adjudicatarias otorgan escritura pública de constitución de la UTE.

El día 26 de noviembre de 1998 tiene lugar la formalización del contrato en documento administrativo.

**2.** Obran incorporados al expediente, entre otros, los siguientes documentos correspondientes al procedimiento seguido en la adjudicación del contrato:

a) "Estudio y valoración de la posibilidad de construcción de un aparcamiento subterráneo en Sama", elaborado con fecha 13 de septiembre de 1996. En dicho documento, tras valorar posibles soluciones de ubicación y elegir como mejor opción la correspondiente al paseo central del parque Dorado, se analizan los "condicionantes a la actuación". Sobre el particular, se señala que "no existen instalaciones generales que discurran por la zona a una profundidad que dificulten las obras, salvo un arroyo (...), hoy conducido por la zona lateral al parque y que habría que desviar a los límites de la actuación".

b) Pliego de "condiciones económico-administrativas", en cuya cláusula 1, relativa al objeto contractual, se indica que lo constituye "la construcción, previo el correspondiente proyecto, y la subsiguiente explotación de un estacionamiento público subterráneo para vehículos automóviles".

Respecto al régimen jurídico del contrato, dispone la cláusula 2 que "se registrará por las cláusulas de este pliego, por la Ley 13/95, de Contratos de las Administraciones Públicas (...), modificada por las disposiciones adicionales 1ª y 2ª de la Ley 9/96 y las disposiciones que la desarrollen, hasta el momento, R.

D. 390/96, Reglamento General de Contratación del Estado en cuanto no se oponga a la norma anterior, la Ley 7/85, Reguladora de las Bases del Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/86 en tanto en cuanto no se oponga a lo establecido en la Ley 13/95, el Decreto 3854/70 por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de las obras del Estado y, en general, cualesquiera otras disposiciones de pertinente aplicación”.

En la cláusula 3, titulada “construcción del estacionamiento”, se concreta que “los concursantes presentarán con su proposición (...) un anteproyecto de estacionamiento subterráneo que se redactará con sujeción a las condiciones técnicas que se detallan en el anexo I a este pliego, debiendo definir el número de plantas y la superficie de ocupación” y que el adjudicatario “se compromete a presentar en el término de 30 días naturales, a partir de la fecha en que le sea notificada la adjudicación, el proyecto definitivo con el contenido mínimo previsto en el art. 124 de la (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), incluyendo el oportuno estudio geotécnico y los estudios económicos y administrativos sobre régimen de utilización y tarifas que hayan de aplicarse”.

En cuanto a la iniciación de las obras, en la cláusula 4.1 se especifica que “deberán comenzar dentro del plazo de 30 días, contados a partir del día siguiente al del replanteo del proyecto por los servicios técnicos municipales”.

En la cláusula siguiente se determina que, “antes de iniciar la construcción, el concesionario presentará un `plan de obras´ como ampliación del incluido en el anteproyecto” en el que “se tendrán en cuenta las posibles dificultades que pudieran presentarse por el tipo de terreno, o por la existencia de corrientes de agua próximas, en este caso, el cauce del río Nalón”.

Sobre la financiación, prevé la cláusula 11 que “el concesionario asumirá la financiación de la totalidad de las obras, así como las modificaciones y desvíos que hayan de introducirse en los servicios existentes”.

En la cláusula 19, relativa a la “duración de la obra y de la concesión”, se dispone que “el plazo máximo de duración de las obras de construcción del

aparcamiento será el que venga determinado en la oferta de cada licitador, que será coincidente con la señalada en el anteproyecto y, en definitiva, en el proyecto final” y que “el plazo máximo de la concesión será de sesenta años (...) a partir de la fecha de la adjudicación, si bien éste podrá ser rebajado en las ofertas correspondientes”.

La cláusula 31 se refiere al procedimiento y a la forma de adjudicación del contrato, concretando que será abierto mediante concurso.

En la cláusula 38 se indica que “serán de cuenta del adjudicatario (...) cuantas licencias o autorizaciones administrativas sean precisas para el funcionamiento del aparcamiento, incluidas las de obra”.

Respecto a las causas de resolución del contrato, expresa la cláusula 39.2 que son “las que se señalan en los artículos 112 y 168 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. A estos efectos, constituirá causa de resolución el incumplimiento por el contratista de cualesquiera de las obligaciones esenciales establecidas con carácter preceptivo en el pliego”. En cuanto a los efectos de la resolución, indica la cláusula 39.3 que “se determinarán de acuerdo con lo establecido en los artículos 114 y 170 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

La cláusula 42.1 cita como prerrogativas de la Administración las de “interpretar el contrato, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar sus efectos todo ello dentro de los límites y con sujeción a los requisitos establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

c) Informe técnico de valoración de la única oferta presentada, elaborado por el Arquitecto Municipal con fecha 22 de enero de 1998. En él refiere que, junto con la memoria técnica del estudio previo, la licitadora ha presentado planos en los que se describen las “instalaciones con incidencia en la actuación”, entre ellas “la existencia del río Triana con una traza aproximada a la que obra en las oficinas municipales, aportada en su día por la

Confederación Hidrográfica del Cantábrico”, y “se indica (que) la actuación más importante para la construcción del aparcamiento la constituye el desvío del río Triana que discurre por el parque”. Considera el autor del informe que la documentación técnica integrante de la proposición “cumple con la relación señalada en el pliego de condiciones, a nivel de estudio previo” y reseña, “respecto al desvío del río propuesto, la necesidad de contar con los preceptivos informes de la Comisaría de Aguas dependiente de la Confederación Hidrográfica del Norte para que indique el mejor trazado del mismo, por lo que el proyecto definitivo deberá adaptarse a las indicaciones que por ese organismo se fijen, sirviendo a la vez de remate al proyecto de saneamiento y regularización del río”.

**3.** El día 6 de abril de 1998, el representante designado por la UTE presenta en el registro del Ayuntamiento un escrito dirigido a la Alcaldía en el que relata que “siendo necesario para la presentación del proyecto definitivo la realización de la canalización del río Triana y su salida al río Nalón, nos hemos puesto en contacto con la representación de la Confederación Hidrográfica del Norte con el fin de presentar un proyecto de canalización y evacuación de las aguas del río Triana” y que, “en virtud de ello, no se puede elaborar el proyecto definitivo de ejecución del aparcamiento subterráneo hasta que el proyecto de canalización del río Triana esté realizado”, por lo que solicita la ampliación en un mes del plazo establecido para la presentación del proyecto; petición que es atendida por Resolución de la Alcaldía, fechada el día 16 de ese mismo mes, y notificada al interesado el día 24 de abril de 1998.

**4.** Con fecha 13 de mayo de 1998, el representante de las adjudicatarias presenta en el registro municipal el proyecto de ejecución de las obras de construcción del aparcamiento, y el día 22 del mes siguiente un “anexo con modificaciones”.

5. El día 27 de julio de 1998 el Arquitecto Municipal informa el proyecto presentado, partiendo del hecho de que “la documentación aportada presenta varias modificaciones respecto al proyecto original”, entre ellas, el incremento del número de plazas de aparcamiento y la propuesta de “desvío del arroyo Triana por la parte alta del parque”. Afirmo, respecto de esta modificación, que “no es la económicamente más rentable para la propiedad” y que “se ha planteado después de consultar a los servicios responsables de la Confederación Hidrográfica del Norte y proponer a la empresa adjudicataria el nuevo trazado”. Tras poner de manifiesto algunas deficiencias, susceptibles de subsanación, observadas en el proyecto presentado, indica que éste “prevé un plazo de ejecución de 10 meses (...) desde el inicio de los trabajos previos de anulación y desvío de las infraestructuras existentes hasta la puesta en marcha de la nueva instalación”.

6. Con fecha 1 de septiembre de 1998, el Secretario municipal notifica a la empresa que actúa en representación de las adjudicatarias el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Langreo en sesión celebrada el día 30 de julio de 1998 por el que se aprueba el proyecto de ejecución presentado, “si bien a reserva de que por parte del concesionario se cumplimenten los detalles señalados en el (...) informe del (...) Arquitecto Municipal”.

7. El día 4 de noviembre de 1998, el representante de las adjudicatarias presenta en el registro municipal un escrito en el que refiere que “al iniciar los estudios previos para la redacción del proyecto, y después de realizar los sondeos del suelo donde se emplaza la construcción, descubrimos que había que realizar el desvío del río Triana, previo al inicio de la obra del aparcamiento”. Manifiesta que “por todo ello nos pusimos en contacto con el Ingeniero de Caminos (...) con el fin de que se nos hiciese una memoria

valorativa del importe estimado del coste de realización del desvío estimándolo (...) en alrededor de 29.000.000 pts, pudiendo existir una baja de alrededor del 20% de su valor". Tras señalar que "esta era y es sin duda una obra pública hidráulica que corresponde ejecutar a la Administración pública competente (la Comisaría de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Norte en este caso)", indica que "no obstante (...) y con el fin de poder llevar a buen término la construcción del estacionamiento subterráneo (...) se llegó al acuerdo (de) que (...) el (...) Ayuntamiento de Langreo canjearía el coste de la licencia de obras, que no se abonaría por la empresa concesionaria; y que ésta a su vez realizaría a su cargo y asumiendo los costes de la obra dicho desvío del río Triana". Según expone, "una vez llegados a este acuerdo iniciamos los trámites para contratar esa obra y nos damos cuenta (de) que el importe de la misma va a ser muy superior al propio estimado en el estudio previo (...) por dos razones: / 1º) Porque los precios de las partidas unitarias no se ajustaban a la realidad efectiva de contratación, y éstos eran inferiores a los efectivos de mercado. / 2º) Porque por parte de la Confederación Hidrográfica del Norte se imponen nuevos requisitos a este colector y se obliga a realizar una ampliación del mismo para que también acoja el cauce del río Modesta, con lo cual hay que hacerlo más grande, modificar las partidas presupuestarias e incluir más unidades de obra, así como (...) materiales más resistentes y consecuentemente más caros", por lo que solicita que el Ayuntamiento "se comprometa a asumir el coste de las obras del colector (así como de su correspondiente proyecto técnico) en aquella cantidad que supere los 30.000.000 pts (más su IVA correspondiente), abonando a la sociedad concesionaria el importe restante, o subsidiariamente ejecutando parcialmente las obras del colector mencionadas", y precisa que "este abono (...) se realizará sin perjuicio del mantenimiento del acuerdo anterior alcanzado con el Ayuntamiento por el que se canjearan el coste parcial de la cantidad inicialmente considerada por el importe de la licencia de obras".

**8.** El día 19 de noviembre de 1998, según consta en acta extendida por el Secretario municipal, comparece el representante de la UTE ante el Concejal Delegado de Urbanismo al objeto de “determinar con precisión el alcance y contenido de la petición realizada mediante instancia de 3 de noviembre pasado en relación con la contribución del Ayuntamiento a los gastos extraordinarios de desvío de los arroyos Triana y Modesta”. Se refleja en el acta que “el compareciente propone al Ayuntamiento una colaboración a la hora de acometer esta obra, consistente en la aportación de la cifra que exceda de 30 (millones de pesetas), esto es, 7.902.218 pesetas, la cual se hará efectiva en concepto de subvención por desequilibrio económico-financiero mediante la adquisición de ‘tickets’ de aparcamiento al precio vigente en cada momento en tres anualidades iguales, comenzando la primera tan pronto como se inaugure el ‘parking’ y se encuentre en estado de servir y las dos siguientes, cumplido el año natural desde la anterior adquisición./ Igualmente y en atención a los gastos extraordinarios ya señalados, el Ayuntamiento compensaría la cantidad resultante de las liquidaciones correspondientes a las tasas por otorgamiento de las preceptivas licencias de obra y apertura y por el impuesto sobre construcciones. Tal y como se señala en el pliego de condiciones, tampoco se devengarán tasas por ocupación del dominio público”. Consta en el acta que el Concejal da por recibidas las manifestaciones efectuadas y se compromete a elevarlas al Pleno.

**9.** El día 25 de noviembre de 1998, se presenta en el registro municipal, en nombre de las adjudicatarias, el “proyecto de modificación del trazado del arroyo de Triana para su tramitación ante los órganos oportunos”. El Ayuntamiento remite el citado proyecto, al día siguiente, a la Confederación Hidrográfica del Norte.



**10.** El día 27 de noviembre de 1998, el Interventor emite informe en relación con la propuesta de contribución del Ayuntamiento a los gastos extraordinarios de desvío de los arroyos.

**11.** En sesión celebrada el día 27 de noviembre de 1998, el Pleno del Ayuntamiento de Langreo acuerda aprobar la propuesta de la adjudicataria relativa al reparto del coste de las obras hidráulicas necesarias para la construcción del aparcamiento.

**12.** El día 26 de enero de 1999, el representante de la UTE presenta en el registro municipal un escrito en el que “solicita la resolución del contrato” y la “devolución de la correspondiente fianza”. Justifica su pretensión en que, reunidos “a principios de diciembre” el Concejal de Urbanismo y los representantes de la UTE y de la empresa que había presupuestado las obras de desviación de los arroyos, “se ponen de manifiesto dos problemas: por un lado no existe el permiso preceptivo y necesario del organismo de cuenca correspondiente para la realización de esa obra hidráulica, es decir la Confederación Hidrográfica del Norte; y por otro lado la empresa (...) retira la oferta que había realizado (...) y procede a entregar otra que es sensiblemente superior, pues valora la obra en cerca de 45 millones de pesetas, más su IVA correspondiente”. Añade que la UTE intenta entonces “alcanzar un acuerdo sobre el importe, y al ser esto imposible tratan de localizar otra empresa que realizase la obra por el precio anterior señalado”. Tras un “resultado negativo, (y) al encontrarnos ya a día 25 del mes de enero de 1999 sin que exista autorización por parte de la Confederación Hidrográfica del Norte para que se realice ese colector, consideramos que es imposible la realización de la obra en el tiempo y condiciones señalados”.

Considera que concurren en el contrato las causas de resolución previstas para los contratos de obras en el artículo 150, letras a), d) y e) de la

Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP), en concreto, “demora en la comprobación del replanteo”, conforme al artículo 142, puesto que, según afirma, “ya han transcurrido más de dos meses desde la firma del contrato sin que se haya realizado el acta de replanteo de la obra”; “los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra al menos en un 20 por 100”, y “las modificaciones en el presupuesto, aunque fuesen sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente alteraciones del precio del contrato en el momento de aprobar la respectiva modificación, en más o en menos, en cuantía superior al 20 por 100 del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial”. Asimismo, entiende que resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 152.2 de la misma Ley, conforme al cual “si por culpa o negligencia de la Administración se demorase la comprobación del replanteo, según el artículo 142, dando lugar a la resolución del contrato, el contratista sólo tendrá derecho a una indemnización equivalente al 2 por 100 del precio de adjudicación”.

Finalmente, aduce la nulidad de la adjudicación por causa de manifiesta incompetencia material del Ayuntamiento para realizar y ejecutar la obra hidráulica, conforme a lo señalado en los artículos 63.1.a) de la LCAP y 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y pone de manifiesto la “parcial determinación” del objeto del contrato que, a su juicio, supone la vulneración del artículo 11.2.c) de la LCAP, en la medida en que “el pliego de condiciones (...) no establece ni señala la necesidad patente de construir un colector para la recogida y trasvase del agua de dos ríos, previa a la ejecución de la obra del aparcamiento (...). Tampoco se hace mención a que la realización de dicha obra comporta un incremento del coste de la misma superior al 20 por 100”.

**13.** Con fecha 8 de febrero de 1999, la Confederación Hidrográfica del Norte dicta Resolución por la que se autoriza la “desviación del trazado y modificación de la cobertura del tramo del arroyo Triana anterior a su desembocadura en el río Nalón, en las inmediaciones del parque Dorado, núcleo urbano de Sama”. En el apartado relativo a las condiciones particulares de la autorización se establece que las obras “se llevarán a cabo de acuerdo con el proyecto presentado con fecha 26 de noviembre de 1998 (...), cuyo presupuesto de ejecución material asciende a 31.214.883 pts, en cuanto no resulte modificado por las condiciones de la autorización”, y que “el cruce de la sección de encauzamiento del arroyo Triana con el interceptor general del Nalón se llevará a efecto disponiendo un refuerzo para protección de dicho interceptor (...). Asimismo se llevarán a efecto, en su caso, las obras complementarias necesarias para corregir las afecciones que pudieran acarrear al colector de Modesta, en cuyas proximidades se proyecta el trazado del nuevo cauce del arroyo Triana”. Finalmente, se establece un plazo de “tres meses para el comienzo de las obras y otro de nueve meses para su terminación, contados ambos a partir de la fecha de autorización”.

**14.** El día 4 de marzo de 1999, el Arquitecto Municipal emite un informe sobre la trascendencia económica y técnica de los condicionantes impuestos para la realización de las obras hidráulicas por el organismo de cuenca, afirmando que el refuerzo del cruce del interceptor general con la nueva canalización “supone un aumento en 300.000 pts en el montante de la obra, cantidad que representa menos del 1% en el montante global”, y que el requerimiento de realizar las obras complementarias para corregir las afecciones que pudieran acarrear al colector del arroyo Modesta “no se puede evaluar, ya que ni siquiera la propia Confederación es concedora del estado en que se encuentra esta canalización, sus afluentes o vertidos que a ella se efectúan”.

**15.** Con fecha 5 de marzo de 1999, el Secretario municipal elabora un informe en relación con la solicitud de resolución contractual presentada por la adjudicataria. En los fundamentos de derecho señala que “si bien es cierto que el pliego de condiciones técnicas de la obra no especificaba con la suficiente claridad la carga importante que suponía el desvío del arroyo Triana, lo que desde luego va mucho más allá de la cláusula general de desvío de los servicios públicos existentes en la zona afectada (agua, luz, etc.), no lo es menos que (...) ha quedado claramente demostrado que la UTE tenía pleno conocimiento de ello y sus actos propios a la hora de presentar el estudio previo, el proyecto definitivo, comparecencias para resarcirse del gasto, visitas frecuentes a la Confederación Hidrográfica, etc., así lo revelan, lo que hace que en este momento no pueda alegar `cuestión nueva´, ya que su comportamiento hasta ese momento denotaba un perfecto conocimiento y asunción plena de esta especial circunstancia./ Nótese igualmente que el Ayuntamiento, sensible también a esta cuestión, modificó el proyecto inicial permitiendo un incremento sustancial de las plazas -y con ello una mayor rentabilidad- y otorgó una serie de concesiones tributarias”. Entiende que con la renuncia de la adjudicataria “se produciría una resolución culpable del contrato, no siendo de aplicación el principio de la imposibilidad sobrevenida prevista en el art. 1184 del Código Civil, que establece que `también quedará liberado el deudor de una obligación de hacer cuando ésta resulte legal o físicamente imposible´, no debiendo incardinarse esta previsión en el hecho de que exista una dificultad que implique mayor onerosidad técnica o de coste, ya que los contratos públicos se convienen siempre `a riesgo y ventura del contratista´ (...). Por último, el art. 166 del Reglamento de Contratos impide el desistimiento por mutuo acuerdo cuando (...) existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la realización del contrato. La necesidad del `parking´ creo que es patente, por lo que es claro que no se da esta circunstancia”. En relación a la demora en la comprobación del replanteo alegada por la adjudicataria, afirma

que “es evidente que si para suscribirla es necesaria la previa autorización estatal y (...) ésta no se logró hasta el pasado día 8 de febrero, no ha transcurrido aún el plazo de un mes a que se refiere el art. 142 de la (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), teniendo en cuenta la excepcionalidad de la situación”. Considera que procede la incautación de la garantía definitiva “como sanción por el incumplimiento y ello sin perjuicio de que pudieran justificarse perjuicios de otra índole que podrían ser reclamados a la UTE independientemente en lo que excedan del importe de la garantía incautada” (de conformidad con el artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Respecto a “la afirmación de que el objeto del contrato no estaba claramente determinado”, estima que “se ha rebatido ampliamente a lo largo de este informe a través de los `actos propios´ de la UTE” y, “en cuanto a la posibilidad de actuación del Ayuntamiento sobre el dominio hídrico estatal, es perfectamente posible si bien previa autorización, la cual ha sido recientemente otorgada por la Confederación”. Finalmente, concluye que “no procede acceder a la resolución del contrato y debe conminarse (a) la UTE para su realización”.

**16.** El día 29 de febrero de 2000, el Secretario del Ayuntamiento elabora un nuevo informe en el que expone que “en reunión celebrada el día de ayer por la Comisión Especial de Aparcamientos creada por acuerdo plenario de 25 de noviembre pasado”, el representante de la UTE adjudicataria “reiteró su desistimiento del contrato, justificándolo en esta ocasión en que la financiación con que contaba (...) le había sido denegada ante el elevado porcentaje de riesgo del proyecto”.

**17.** El Pleno del Ayuntamiento de Langreo, en sesión celebrada el día 26 de junio de 2000, acuerda: “1º. Resolver el contrato (...) de construcción de aparcamiento subterráneo en el parque Dorado ante el incumplimiento culpable

del contrato./ 2º. Disponer la pérdida de la garantía definitiva constituida por el contratista por importe de 5 (millones de pesetas) como sanción por el incumplimiento./ 3º. Desistir, por el momento, de la ejecución del parking en el parque Dorado en tanto se estudien las soluciones adecuadas para (resolver) el problema del aparcamiento". El acuerdo se fundamenta en que "el artículo 112.g) de la (LCAP) (...) señala como causa de resolución del contrato, entre otras, el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, en cuyo caso le será incautada la garantía, además de indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados", y en que "la renuncia del contratista (...) ha de entenderse como una resolución culpable del contrato, sin que sea de aplicación el principio de imposibilidad sobrevenida al hecho de una mayor dificultad en la ejecución del contrato que implique mayor onerosidad técnica o de coste, ya que los contratos públicos se convienen siempre a riesgo y ventura del contratista".

**18.** Dicho acuerdo es notificado a la adjudicataria del contrato el día 19 de julio de 2000.

**19.** El día 27 de julio de 2000, el representante de la UTE presenta en el registro del Ayuntamiento de Langreo un escrito que califica como recurso de reposición frente al acuerdo de resolución contractual adoptado por el Pleno del Ayuntamiento. En él, tras reproducir el relato de los hechos y los fundamentos jurídicos reflejados en el escrito de desistimiento, acaba solicitando que el Ayuntamiento declare la nulidad "del pliego de condiciones" o del contrato, por "incompetencia del órgano de contratación e indeterminación del objeto del contrato", o bien que acuerde, subsidiariamente, la resolución contractual "por transcurso del plazo máximo establecido para la firma del mismo" o "para la realización del acta de comprobación del replanteo de la obra", y reclama, finalmente, una indemnización por "los daños y perjuicios irrogados (...) de los

que establece la Ley 13/1995 respecto al 2% del importe de la obra, así como del lucro cesante". Mediante otrosí solicita que "se nos tenga por opuestos a la resolución acordada por el Ayuntamiento de Langreo, en los términos de la misma, solicitando el Dictamen del Consejo de Estado que resulta preceptivo respecto a las cuestiones litigiosas planteadas en este recurso".

**20.** Con fecha 28 de agosto de 2000, el Secretario municipal emite un informe en relación con el recurso presentado por la adjudicataria. En él se ratifica en todo lo señalado en su anterior informe de 5 de marzo de 1999, si bien sugiere la posibilidad de llegar a una solución negociada con la UTE.

**21.** Con fecha 26 de octubre de 2000, el Pleno del Ayuntamiento de Langreo, habiendo resultado infructuoso el intento de "negociar con la empresa una salida pactada", acuerda desestimar el recurso presentado. Dicho acuerdo se notifica al representante de la adjudicataria el día 11 de diciembre de 2000.

**22.** Interpuesto por la UTE recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de resolución contractual adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Langreo, el día 31 de julio de 2007 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias dicta sentencia por la que se estiman en parte las pretensiones de la recurrente, anulando el acuerdo mencionado por no ser conforme a derecho, al haberse tramitado el expediente de resolución sin contar con el dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, según consta en el fundamento jurídico cuarto.

**23.** El día 27 de diciembre de 2007, el Secretario municipal comunica al representante de la UTE, sin que conste la fecha de su recepción, y a la entidad avalista, que la recibe el 14 de enero de 2008, la apertura del trámite de

audiencia, de acuerdo con el artículo 109.a) y b), respectivamente, del Reglamento General de Contratos”. No consta en el expediente que se haya formulado alegación alguna por el avalista.

**24.** Con fecha 16 de enero de 2008, el representante de la adjudicataria presenta en una oficina de Correos de Oviedo un escrito de alegaciones dirigido al Ayuntamiento de Langreo en el que solicita que se tenga por “suspendido el trámite de audiencia al contratista (...), al ser dicho acto nulo de pleno derecho en virtud de lo que establece el art. 109 en relación con el 103 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, y que “subsidiariamente (...) se tengan por reproducidos y aportados al expediente administrativo copia de los documentos aportados a los autos (...) seguidos ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, concretamente entre otros la documentación aportada por esta parte en dicho procedimiento, así como la (...) confesión judicial practicada como diligencia para mejor proveer por el legítimo representante de la Confederación Hidrográfica del Norte, copia de los cuales el Ayuntamiento de Langreo posee en sus archivos, al haber sido parte en el proceso”. Asimismo, expresa su voluntad de que se tengan en cuenta, “a los efectos de (...) la referida audiencia previa al contratista”, las manifestaciones formuladas en el escrito de demanda interpuesto frente al acuerdo municipal de resolución del contrato y en los escritos de conclusiones y de alegaciones a las pruebas practicadas como diligencias para mejor proveer presentados durante la sustanciación de aquel proceso judicial, cuya copia adjunta.

Entre otras afirmaciones se señala en el escrito de demanda que en el proyecto de la obra del aparcamiento presentado al Ayuntamiento con fecha 13 de mayo de 1998 “el presupuesto de ejecución material de la obra del aparcamiento (...) ascendía a la cantidad de ciento sesenta millones setecientas cincuenta y dos mil cuatrocientas setenta y tres pesetas (160.752.473 pts),



incluyendo en dicho presupuesto una serie de partidas para la realización de la referida obra de saneamiento y desvío del río Triana (...) por importe de seis millones quinientas cuarenta y cinco mil cincuenta pesetas (6.545.050 pts)". Por otro lado, el representante de las adjudicatarias pone de manifiesto en dicho escrito una supuesta inviabilidad de los trabajos de construcción del aparcamiento bajo el parque Dorado, afirmando aportar como prueba ciertos recortes de prensa (que no se adjuntan al escrito que examinamos) cuyo contenido transcribe. A uno de ellos, titulado, según dice, "El Ayuntamiento renuncia a desviar el río Triana en Sama", atribuye el siguiente texto "tras conocer por el informe de una empresa especializada (...) que el proyecto de aparcamiento subterráneo en el parque Dorado `era totalmente inviable´, los responsables del gobierno municipal decidieron enviar un nuevo proyecto a la Confederación Hidrográfica del Norte para proponer construir un colector sin que el río Triana sea modificado".

Finalmente, se mantienen en el escrito de demanda las pretensiones contenidas en el recurso presentado en vía administrativa, relativas tanto a la nulidad del pliego de condiciones generales y del contrato como a la resolución contractual, y se añaden al listado de causas de resolución señaladas en el recurso de reposición el "transcurso del plazo máximo establecido para la firma del contrato" y la "suspensión del inicio de las obras por plazo superior a seis meses". Respecto de la primera de las causas mencionadas, se alega que, notificado al contratista el acuerdo de adjudicación el día 13 de marzo de 1998, "sin embargo el contrato no se firma (a pesar de que el contratista deposita las garantías y realiza el proyecto constructivo en el plazo fijado) (...) hasta el 26 de octubre de 1998 (...), es decir, más de siete meses después de su adjudicación". Considera el representante del contratista que tal retraso "no tiene otro objeto por parte del Ayuntamiento de Langreo que intentar que los plazos legales no corran (para el otorgamiento del acta de comprobación del replanteo)", en tanto que el contratista "había depositado la fianza y

presentado el correspondiente proyecto, y (...) había cumplido con las obligaciones a él imputables”.

**25.** El día 1 de octubre de 2008, el Secretario municipal formula propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato con incautación de la garantía definitiva, argumentando que “el Ayuntamiento (...) aceptó la propuesta de contraprestaciones realizadas por la UTE en compensación al `vicio oculto´ constituido por la preexistencia del arroyo Triana (cuyos gastos de desvío eran ciertamente muy onerosos) y la Corporación lo aceptó, pese a lo cual la UTE solicitó la resolución del contrato./ Este incumplimiento culpable del contratista debe conllevar la pérdida de la fianza por imperativo entre otros del artículo 44.2.c) de la Ley 13/95, de Contratos, e informe 27/99 de la Junta Consultiva de Contratación, ya que cuestión distinta hubiera sido que en un principio se hubiera producido la misma ante las circunstancias sobrevenidas (y que no estaban suficientemente claras en el proyecto técnico), pero no cuando el Ayuntamiento aceptó su propuesta íntegramente”.

**26.** Atendiendo al requerimiento formulado por el Presidente de este Consejo con fecha 5 de diciembre de 2008, se incorpora al expediente el informe sobre la resolución del contrato elaborado por la Interventora municipal. En él se refleja que “examinado pormenorizadamente el expediente (...) no se encuentra motivo alguno que pudiera haber fundado un informe negativo, razón por la que, de haber sido Interventora de este Ayuntamiento al tiempo de la tramitación (...), el informe emitido habría sido de conformidad con los que figuran en el expediente y con la propuesta de resolución adoptada”.

**27.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de enero de 2009, registrado de entrada el día 19 del mismo mes, esa Alcaldía solicita dictamen preceptivo a este Consejo Consultivo sobre el procedimiento de resolución del

contrato de concesión de obras públicas para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

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

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Langreo, 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.-** De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el caso ahora examinado existe oposición del contratista pero no a la resolución del contrato (pues el representante de la unión temporal de empresas adjudicataria manifiesta reiteradamente en los escritos incorporados al expediente su pretensión de que se acuerde la nulidad o al menos aquella) sino a las causas y consecuencias de la misma, las cuales dependen de la determinación del sujeto responsable de la resolución, lo que constituye el verdadero objeto de discrepancia. Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solamente cuando éste manifiesta su

disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la citada resolución, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la misma.

**TERCERA.-** El expediente que se somete a nuestra consideración se refiere al procedimiento de resolución de un contrato administrativo de concesión de obras públicas, en la modalidad de contratación conjunta de la elaboración del proyecto y ejecución de las obras, adjudicado el día 26 de febrero de 1998 al amparo de lo dispuesto en la LCAP. A esta Ley habrán de sujetarse los derechos y obligaciones de las partes, y por tanto las causas y efectos de la resolución contractual, conforme a lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), a cuyo tenor, “Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”, y de acuerdo con lo señalado en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, según la cual, “Los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, se regirán por la normativa anterior”.

Ahora bien, como viene considerando el Consejo de Estado de forma reiterada, en doctrina que compartimos, el procedimiento de resolución contractual ha de someterse a las normas vigentes en el momento de incoación del procedimiento de resolución contractual. En este caso, aunque no consta en el expediente acuerdo alguno de inicio del procedimiento, tomaremos como fecha de incoación la de la primera actuación que obra en aquél, esto es, la del acto por el que se comunica al avalista la apertura del trámite de audiencia,

fechado el 27 de diciembre de 2007. Vigente entonces el TRLCAP, serán de aplicación al procedimiento mencionado, de conformidad con su disposición adicional séptima, los preceptos contenidos en el propio TRLCAP y en sus normas de desarrollo, destacadamente en 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, “siendo de aplicación supletoria los de la (LRJPAC)”.

En la cláusula 42.1 del pliego de las administrativas particulares rector del contrato, en reiteración de lo establecido en el artículo 60.1 de la LCAP, y lo recogido en el artículo 114.1 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, se indica que el órgano de contratación ostenta, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos legalmente establecidos, la prerrogativa de “acordar su resolución y determinar sus efectos”.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no sólo 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 señalar, aquella potestad sólo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

El artículo 109.1 del RGLCAP sujeta la resolución del contrato a los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, si se propone la incautación de la garantía; c) informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 del TRLCAP -en el caso de Administraciones locales ha de entenderse de la

Secretaría respectiva-, y d) dictamen del Consejo Consultivo, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Tratándose de una Administración local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención de la entidad, conforme a lo establecido en el artículo 114.3 del TRRL.

Todos ellos se han cumplido aquí formalmente, si bien hemos de poner de relieve la irregularidad del trámite de alegaciones practicado. Como ha señalado este Consejo en reiteradas ocasiones, el recto cumplimiento del trámite de audiencia requiere no sólo el reconocimiento al interesado de la posibilidad de alegar lo que a su derecho convenga, con la consiguiente incorporación al procedimiento del escrito de alegaciones, sino que exige la consideración en la propuesta de resolución del planteamiento fáctico y la razonada extracción de las consecuencias jurídicas que de los hechos se derivan, a la vista de lo expuesto por la parte. En este sentido, el artículo 79.1 de la LRJPAC, relativo a la configuración general del trámite de audiencia, dispone que las alegaciones, documentos y otros elementos de juicio que puedan aportar los interesados "serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución".

En el procedimiento que ahora se examina, las alegaciones del contratista, pese a resultar de singular trascendencia para resolver el fondo del asunto, no han sido objeto de valoración en la propuesta de resolución, en particular las relativas a la supuesta inviabilidad del proyecto de construcción del aparcamiento subterráneo bajo el parque Dorado y a la concurrencia de ciertas causas de resolución contractual imputables, según entiende aquél, a la propia Administración, sobre las que ningún pronunciamiento expreso se contiene en dicha propuesta.

En el ejercicio de su potestad resolutoria la Administración no queda vinculada, naturalmente, a ninguna de las alegaciones de parte, pero esta libertad no se cercena ni disminuye por el hecho de exteriorizar las razones que

explican la aceptación de unas y el rechazo de otras. Si bien esa apertura o diálogo no debilita en nada la potestad resolutoria, en cambio da pleno sentido a la intervención que el artículo 105 de la Constitución ha impuesto como trámite procedente en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

Considerando lo anterior, en aras del principio constitucional de eficacia administrativa, entendemos que habrá de darse cumplida satisfacción a estos requerimientos en la resolución que ponga fin al procedimiento.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, hemos de referirnos a la competencia para acordar, en su caso, la resolución de los contratos, una vez cumplidos los trámites que acabamos de analizar, dado que la propuesta de resolución no contiene referencia a otros requisitos ulteriores y necesarios para la adopción del acto por el órgano competente. Con arreglo a lo establecido en el artículo 114.1 del TRRL, la competencia para acordar la resolución de los contratos corresponde al órgano de contratación que, a tenor de lo señalado en la disposición adicional segunda de la LCSP actualmente vigente, es el Pleno de la entidad, al tratarse de un contrato plurianual de duración superior a cuatro años.

Por último, hemos de advertir de que este Consejo Consultivo ha manifestado su criterio contrario a la aplicación supletoria de la LRJPAC en materia de caducidad en los procedimientos de resolución contractual, sosteniendo que no cabe “anudar al transcurso de un plazo de tres meses sin resolución expresa (...) la caducidad de dicho procedimiento de resolución” (Dictamen Núm. 68/2008, consideración jurídica cuarta, *in fine*).

Ahora bien, a pesar de las sólidas razones que avalan esta doctrina, que comparten el Consejo de Estado de modo constante (por todos, su reciente Dictamen 1382/2008, de 9 de octubre), otros Consejos Consultivos y (abundante jurisprudencia menor, no desconocemos que el Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>), en Sentencia de 13 de marzo de 2008, se ha pronunciado en sentido opuesto, afirmando en su *ratio*

*decidendi* el criterio ya apuntado por la Sala Tercera del Alto Tribunal en sus Sentencias de 2 de octubre de 2007 y 19 de julio de 2004.

En consecuencia, este Consejo, sin perjuicio del criterio que mantenemos y de las consideraciones sobre el fondo de la consulta que realizaremos a continuación, ilustra a la autoridad consultante acerca del criterio judicial señalado, al objeto de que valore la conveniencia de incoar un nuevo procedimiento, para asegurar la eficacia de unas actuaciones administrativas orientadas a preservar el interés público en las relaciones contractuales ante eventuales impugnaciones basadas en aspectos formales o procedimentales.

**CUARTA.-** Entrando en el fondo del asunto, debemos examinar, siendo común a ambas partes la voluntad de poner fin al vínculo contractual, cuál ha de ser el fundamento jurídico de la resolución pretendida y determinar, finalmente, sus efectos.

Como hemos adelantado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución del contrato que analizamos la LCAP, vigente en el momento de la adjudicación del contrato. Esta Ley, en su artículo 112, señala como causas de resolución del contrato, entre otras, el “incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”, “aquéllas que se establezcan expresamente en el contrato” y “las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en el articulado de esta Ley”. Por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir la contratación recoge en la cláusula 39, apartado 2, como causas de resolución contractual, “las que se señalan en los artículos 112 y 168” de la LCAP, precisando a continuación que “constituirá causa de resolución el incumplimiento por el contratista de cualesquiera de las obligaciones esenciales establecidas con carácter preceptivo en este pliego”. En cuanto a los efectos de la resolución, el apartado siguiente de la misma cláusula indica que “se



determinarán de acuerdo con lo establecido en los artículos 114 y 170” de la LCAP.

De lo actuado por la Administración se deduce que el fundamento de la resolución contractual objeto de la propuesta que se somete a nuestra consideración lo constituye el incumplimiento culpable por parte del contratista de su obligación de ejecutar lo convenido en el contrato.

Efectivamente, 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 aplicable y a las cláusulas establecidas en dicho contrato. En este sentido, conforme a lo señalado en el ya citado artículo 112 de la LCAP, la Administración no podrá acordar la resolución del contrato en presencia de un incumplimiento cualquiera, sino únicamente cuando la obligación incumplida constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes.

Ninguna duda cabe de que, entre todas las obligaciones contractuales, la de realizar la prestación que constituye el objeto mismo del contrato se erige, de modo primario, una obligación esencial. En el procedimiento que analizamos el objeto del contrato consiste en la construcción y subsiguiente explotación de un estacionamiento público subterráneo para vehículos automóviles y, puesto que el contratista no lo ha ejecutado, podemos afirmar que concurre la causa de resolución aducida por la Administración. Ahora bien, para determinar los efectos de la resolución contractual hemos de analizar si tal incumplimiento puede achacarse a la exclusiva responsabilidad del contratista, de modo que los efectos de la resolución contractual pretendida, que se concretan en la incautación de la garantía definitiva, únicamente podrán desplegarse en el

supuesto de incumplimiento “culpable” del contratista, conforme a lo señalado en el artículo 114.4 de la LCAP.

El contratista alega, en el escrito presentado con fecha 26 de enero de 1999, la imposibilidad de realizar los trabajos objeto del contrato derivada, en primer lugar, de un supuesto incremento del precio de los trabajos de desviación hidráulica impuesto por el subcontratista de la obra y, en segundo término, de la falta de autorización correspondiente por el organismo de cuenca. Una vez autorizado el proyecto de desvío del río Triana por la Confederación Hidrográfica del Norte con fecha 8 de febrero de 1999, el día 25 de noviembre de 1999 el contratista aduce que su incumplimiento contractual obedece a que “la financiación con que contaba (...) le había sido denegada ante el elevado porcentaje de riesgo del proyecto”, como refleja el Secretario municipal en su informe de fecha 29 de febrero de 2000.

Seguramente consciente de que ni el incumplimiento por parte del subcontratista de sus compromisos, ni sus propias dificultades financieras, pueden exonerarle de la responsabilidad derivada de los compromisos adquiridos en virtud del contrato, y sin perjuicio de alegar la existencia de causas que permitirían declarar la nulidad del contrato y del pliego de condiciones, cuestiones éstas a las que no se extiende el objeto de nuestra consulta, el contratista se opone a la resolución contractual propuesta por considerar que concurren en la Administración determinados incumplimientos que fundamentarían la resolución contractual, y que aduce como causa de su propio incumplimiento. En concreto, alega en el escrito presentado con fecha 26 de enero de 1999 que concurren los motivos de resolución señalados en el artículo 150.a), d) y e) de la LCAP, relativos al contrato de obras, es decir, “la demora en la comprobación del replanteo” conforme al artículo 142, “los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra al menos en un 20 por 100” y “las modificaciones en el presupuesto, aunque fuesen sucesivas, que

impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en el momento de aprobar la respectiva modificación, en más o en menos, en cuantía superior al 20 por 100 del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial". A estas tres causas añade luego otras dos, que ya había puesto de manifiesto en el escrito de demanda en vía contenciosa, cuya incorporación al expediente solicita, pidiendo que se tengan en cuenta a efectos de alegaciones en el trámite de audiencia, y que son el "transcurso del plazo máximo establecido para la firma del contrato" y la "suspensión del inicio de las obras por plazo superior a seis meses". Analizaremos todas ellas a continuación.

En cuanto a la "demora en la comprobación del replanteo" conforme al artículo 142 y a la "suspensión del inicio de las obras por plazo superior a seis meses", la virtualidad de tales causas resolutorias debe apreciarse a la vista de la naturaleza jurídica compleja del contrato. Se trata, como ya hemos puesto de manifiesto en la consideración tercera, de un contrato que comprende la redacción del proyecto técnico y la ejecución de una obra. En estos contratos la ejecución de las prestaciones es sucesiva, de modo que ha de ejecutarse por el contratista, primariamente, la prestación correspondiente a la redacción del proyecto, sin cuya realización no puede cumplirse el objeto correspondiente a la ejecución de las obras, que en este sentido viene a ser secundario de aquél. Por eso, la ejecución de la obra únicamente puede iniciarse tras la aprobación del proyecto técnico, en el que queda definido con precisión el objeto del contrato. En el caso que examinamos, al comprender las obras la realización de trabajos sobre el dominio público hidráulico, la aprobación definitiva del proyecto por el Ayuntamiento está supeditada a la autorización del organismo de cuenca, por lo que el plazo para iniciar la ejecución de los trabajos de construcción no puede computarse desde la formalización del contrato, sino una vez que el proyecto ha sido autorizado por la Confederación Hidrográfica del Norte y aprobado por el Ayuntamiento, por lo que las imputaciones de

demora en la comprobación del replanteo, con la consiguiente indemnización que pretende el contratista, y de suspensión del inicio de las obras por parte de la Administración carecen de fundamento.

En cuanto a la causa de resolución relativa a los “errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra al menos en un 20 por 100”, pretende vincularla la adjudicataria a una supuesta indeterminación del “pliego de condiciones” que, según dice, “no establece ni señala la necesidad patente de construir un colector para la recogida y trasvase del agua de dos ríos, previa a la ejecución de la obra del aparcamiento (...). Tampoco se hace mención a que la realización de dicha obra comporta un incremento del coste de la misma superior al 20 por 100”. Tal alegación no puede sostenerse, ya que es el contratista quien ha asumido el compromiso de elaborar el proyecto de ejecución de las obras hidráulicas y a quien corresponde, por tanto, la determinación del presupuesto, habiéndose limitado la Administración, en los términos del artículo 125 de la LCAP, a establecer unas “bases técnicas” a las que la obra ha de ajustarse. En este sentido, la cláusula 5 del pliego de condiciones “económico-administrativas” señala la obligación para el adjudicatario de presentar un “plan de obras” en el que “se tendrán en cuenta las posibles dificultades que pudieran presentarse por el tipo de terreno, o por la existencia de corrientes de agua próximas”. Asumido por el contratista tal compromiso, los errores materiales que el proyecto o el presupuesto pudieran contener, en caso de existir, no pueden en modo alguno imputarse a la Administración, por lo que no procede apreciar la concurrencia de esta causa de resolución.

El contratista aduce, asimismo, que el contrato debe resolverse al suponer la realización de la obra hidráulica en las condiciones impuestas por la Confederación Hidrográfica del Norte un incremento del coste de construcción del aparcamiento superior al 20 por 100, y afirma que, además, dicha obra

conlleve “modificaciones o alteraciones sustanciales del proyecto inicial”. Entendemos que se equivoca al calificar como “modificación” lo que en realidad no es tal, pues los sucesivos incrementos del coste de la obra hidráulica que refiere en sus escritos -que desde los seis millones quinientos cuarenta y cinco mil cincuenta pesetas en que estaba presupuestada en el proyecto presentado el 13 de mayo de 1998, según se indica en el escrito de demanda, asciende primero a veintinueve millones de pesetas, como consta en el escrito presentado el día 4 de noviembre de 1998, y alcanza casi los treinta y ocho millones de pesetas el día 19 del mismo mes, como figura en el acta de comparecencia ante el Concejal Delegado de Urbanismo- no se derivan de acreditadas “necesidades nuevas o causas imprevistas” apreciadas una vez perfeccionado el contrato, en los términos del artículo 102.1 de la LCAP. Por ello, manteniéndose invariables las circunstancias en las que el contrato se celebró, no cabe sino concluir que las alteraciones del presupuesto son el resultado de las imprevisiones en que el propio contratista ha incurrido al elaborar primero el anteproyecto y, luego, el proyecto de la obra. Así se desprende de las manifestaciones realizadas en el escrito presentado por la adjudicataria con fecha 4 de noviembre de 1998, en el que se refleja que “iniciamos los trámites para contratar esa obra y nos damos cuenta de (que) el importe de la misma va a ser muy superior al propio estimado en el estudio previo (...) porque los precios de las partidas unitarias no se ajustaban a la realidad efectiva de contratación, y éstos eran inferiores a los efectivos de mercado”. No obstante, aunque se tratase de una modificación contractual, y aun obviando que no ha acreditado el contratista, sobre el que recae la carga de la prueba, que se haya superado el referido límite del 20 por 100, lo cierto es que las modificaciones contractuales, aunque supongan un incremento superior al 20 por 100 sobre el presupuesto inicial, no dan lugar a la resolución automática del contrato como pretende el alegante, pues, como señala el artículo 113.2 de la LCAP, “La falta de constitución de la garantía regulada en

los artículos 37 y 39 y el incumplimiento del plazo a que hace referencia el artículo 72.2.d), así como la declaración de quiebra, la de concurso de acreedores o la de insolvente fallido en cualquier procedimiento originará siempre la resolución del contrato./ En los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma". En el expediente que analizamos el adjudicatario, lejos de solicitar la resolución contractual, consintió expresamente la realización de las obras hidráulicas con conocimiento del incremento del presupuesto y de que el objeto del proyecto debía extenderse a la realización de los trabajos en el arroyo Modesta, como consta en el acta de comparecencia ante el Concejal Delegado de Urbanismo, celebrada el día 19 de noviembre de 1998, por lo que, consentida la realización del contrato, la pretensión de desvincularse con posterioridad de tal compromiso constituiría un auténtico incumplimiento contractual culpable. Por otro lado, tampoco ha acreditado el contratista que se haya producido una alteración sustancial del proyecto inicial de construcción del aparcamiento, que debe ser entendida, conforme a lo señalado en el artículo 151.1 de la LCAP, en su redacción vigente en el momento de la adjudicación, como "modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial" o "sustitución de unidades que afecten, al menos, al 50 por 100 del importe del presupuesto".

A las anteriores causas de resolución contractual añade el contratista el "transcurso del plazo máximo establecido para la firma del contrato". Afirma el representante de la UTE adjudicataria en el escrito de demanda que, notificado el acuerdo de adjudicación el día 13 de marzo de 1998, "sin embargo el contrato no se firma (...) hasta el 26 de octubre (*sic*) de 1998 (...), es decir, más de siete meses después de su adjudicación". Estima que tal retraso "no tiene otro objeto por parte del Ayuntamiento de Langreo que intentar que los plazos legales no corran (para el otorgamiento del acta de comprobación del replanteo)", en tanto que el contratista "había depositado la fianza y

presentado el correspondiente proyecto, y (...) había cumplido con las obligaciones a él imputables". No menciona, en cambio, que el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la UTE, que debían efectuar las adjudicatarias y en la que ninguna intervención tenía al Ayuntamiento, no se lleva a cabo hasta el 25 de noviembre de 1998, y que es justo al día siguiente cuando tiene lugar la suscripción del contrato, por lo que de existir tal retraso en ningún caso sería imputable a la Administración.

De lo razonado anteriormente resulta que el incumplimiento de ejecutar las prestaciones objeto del contrato no puede imputarse sino a la UTE adjudicataria, de lo que cabe deducir que procede la resolución contractual propuesta por la Administración con los efectos pretendidos, es decir, con incautación de la garantía constituida.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de concesión de obras públicas para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo, sometido a nuestra consulta, con los efectos expresados en el cuerpo de este dictamen."

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

ILMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE LANGREO.