

Expediente Núm. 144/2012  
Dictamen Núm. 198/2012

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

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*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 28 de junio de 2012, 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 30 de mayo de 2012, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de instalación eléctrica de alumbrado de emergencia de las gradas en el estadio de fútbol de El Molinón, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Mediante Resolución de la Alcaldía, de fecha 24 de junio de 2011, se adjudica el contrato de obras de instalación eléctrica de alumbrado de emergencia de las gradas en el estadio de fútbol de El Molinón por un importe de 93.100 euros -IVA excluido-. La Resolución se adopta, según se expresa en su fundamento de derecho cuarto, en virtud de la “delegación efectuada por la Junta de Gobierno Local en sesión de fecha 7 de septiembre de 2010, que

atribuye a la Alcaldía las contrataciones incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y concesiones que no excedan de 1.000.000 euros más IVA en su caso, salvo las que correspondan a las concesiones sobre bienes de titularidad municipal sujetas a la legislación patrimonial, así como la aprobación de los proyectos de obras cualquiera que sea su cuantía”.

El día 5 de julio de 2011 se formaliza el contrato en documento administrativo, en cuya cláusula 4ª consta que “el plazo de ejecución de las obras es de dos (2) meses, contados a partir de la firma del acta de replanteo”. En la cláusula 7ª del mismo documento se señala que “para responder del cumplimiento de este contrato ha sido constituida, a favor de la Administración, una garantía definitiva por importe de 4.655,00 euros, en la Caja Municipal”.

La comprobación del replanteo tiene lugar el día 20 del mismo mes sin la formulación de reservas sobre la viabilidad del proyecto por parte del contratista, según consta en el acta correspondiente.

**2.** Obra incorporado al expediente, entre otra documentación, el pliego modelo de cláusulas administrativas particulares para la contratación de obras por el que se rige la contratación, en cuya cláusula 38 se establece, respecto de la modificación del contrato, que “si durante el desarrollo de las obras se hiciese necesario efectuar una modificación del contrato se actuará en la forma prevista en los artículos 202 y 217 de la LCSP./ De conformidad con lo previsto en el artículo 202.2 de la LCSP, en el (cuadro de características particulares) podrán recogerse las modificaciones contractuales que podrán realizarse sobre el objeto del contrato con independencia de aquellas que vengan impuestas por el interés general”. En cuanto a la resolución contractual, la cláusula 40 determina que “la resolución del contrato tendrá lugar en los supuestos señalados en los artículos 206 y 220 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en el que se

garantice la audiencia a éste, y con los efectos previstos en los artículos 207 y 222 de la mencionada Ley 30/2007, y 110 a 113 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas./ Asimismo, se considerarán causas de resolución, de conformidad con el artículo 206.g de la LCSP, el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en el presente pliego modelo o aquellas que se determinen en el (cuadro de características particulares)”.

**3.** El día 8 de agosto de 2011, se recibe en el registro del Ayuntamiento de Gijón un escrito en el que el representante y el Ingeniero Técnico Industrial de la empresa contratista proponen “redistribuir la situación de los equipos previstos en proyecto” y sustituirlos “por otros de mayor potencia lumínica para poder buscar emplazamientos cuyo mantenimiento futuro sea más asequible”. Con el cambio que se propone se alcanzan, según se indica, “niveles de iluminación equivalentes a los previstos inicialmente y que cumplen con las necesidades reglamentarias”. Explican que “las lámparas” que componen el equipo de alumbrado de cuya sustitución se trata “arrancan directamente de las baterías, sin sobretensiones, lo que garantiza una larga duración de las mismas para muchos encendidos. La electrónica es del tipo inteligente, lo que permite hacer pruebas en tipo test programadas de forma automática y avisa en caso de fallo, también permite saber el estado de las baterías y de las lámparas”. A lo anterior añaden que “con la distribución que proponemos el emplazamiento de los equipos se hace mediante plataforma telescópica desde las bandas y con andamio para la zona alta de la grada Este, facilitando que el mantenimiento futuro sea más asequible (...) (no se invade el terreno de juego)”, en tanto que “para los emplazamientos propuestos en el proyecto se hace necesaria la utilización de grúas de gran tonelaje para la colocación de aquellos equipos situados en las partes más alejadas (fondo de grada). La utilización de estas grúas supone tener que invadir el terreno de juego por lo que es probable que

se deteriore el césped". A este escrito adjuntan documentos relativos al "cálculo luminotécnico", "estudio luminarias de emergencia El Molinón" y "cálculo de deslumbramiento UGR-Luminarias de señalización permanente El Molinón", así como los planos correspondientes a la "propuesta de cambio de proyector de emergencia", "área de alcance de la plataforma telescópica de 43 m" y "área de alcance de andamios".

**4.** El día 1 de septiembre de 2011, el representante y el Ingeniero Técnico Industrial de la adjudicataria presentan un escrito en el registro del Ayuntamiento de Gijón en el que refieren que "con fecha 8 de agosto de 2011 se presentó en este Ayuntamiento de Gijón escrito (...) haciendo constar la inviabilidad de la ejecución del proyecto de instalación eléctrica del alumbrado de emergencia de las gradas del Estadio Municipal, tal y como originariamente fue redactado (...). Dichas cuestiones fueron previamente planteadas al ingeniero proyectista (...), quien, el día 20 de julio de 2011, al tiempo de firmarse el acta de comprobación del replanteo, las asumió verbalmente como ventajosas junto con el Arquitecto Técnico municipal (...); si bien en dicha acta nada se hizo constar por escrito al respecto. Prueba de lo anterior es el informe elaborado poco tiempo después por el Ingeniero Técnico proyectista (que se acompaña como documento 1 de este escrito)". Seguidamente, considerando "lo ventajoso de la nueva propuesta" y "la expresa conformidad expuesta tanto por el proyectista como por el Arquitecto Técnico municipal, así como también a la vista del tiempo transcurrido de la presentación del escrito referido sin respuesta alguna de este Ayuntamiento", solicitan "que se proceda a acordar lo necesario para suspender el plazo de ejecución de esta obra, para así proceder a la necesaria modificación del proyecto para su adecuación a la propuesta indicada".

Al escrito adjuntan un informe, suscrito por el Ingeniero Técnico autor del proyecto el día 26 de julio de 2011, en el que se señala que "la solución propuesta obtiene los niveles de iluminación requeridos" y que "al utilizar

equipos de mayor potencia lumínica pueden buscarse emplazamientos más accesibles”, de modo que “las luminarias pueden instalarse y posteriormente mantenerse mediante plataformas elevadoras de alcance 43 m” y “las operaciones futuras de mantenimiento podrán hacerse sin pisar el césped”. Manifiesta el autor del proyecto que “la solución propuesta es más económica que la inicial proyectada” y que “mejora las condiciones futuras de mantenimiento de los equipos. Además, al utilizar plataformas elevadoras en lugar de grandes grúas para la instalación de los equipos se reducen sustancialmente los problemas de ejecución”, por lo que concluye que “la solución propuesta es mejor que la inicialmente proyectada. El equipo propuesto es una novedad de la empresa (fabricante) para este año 2011. Cuando se redactó el proyecto no existía información de este producto y por tanto no se podrían realizar los cálculos preceptivos correspondientes”. Al informe se adjuntan hojas -selladas por la empresa licitadora- de mediciones y presupuesto, que asciende a 91.223,29 euros más IVA, y de precios descompuestos correspondientes a la solución propuesta.

**5.** Con fecha 14 de septiembre de 2011, el Jefe de la Unidad Técnica de Obras libra un informe en el que concluye que, analizada la propuesta presentada por la empresa el día 8 de agosto de 2011, “en la que no se manifiesta que se pretende realizar un proyecto modificado, sino que en todo momento (lo mismo que en el acto de la firma del acta de replanteo) se presenta la propuesta como un cambio de marca de la luminaria prevista en el proyecto contratado (...), se detecta que la modificación es mucho más profunda que un cambio de la luminaria, pues afecta a su número, ubicación y sobre todo rebaja sustancialmente la iluminación prevista en el proyecto contratado en los recorridos de evacuación. Por lo que por parte de esta Sección ya no se consideró un cambio de material sino un proyecto modificado./ Como no es costumbre en esta Administración permitir que el contratista adjudicatario modifique a su conveniencia el proyecto que tiene contratado, en la primera

quincena del mes de agosto se le comunicó verbalmente (al Ingeniero Técnico Industrial de la adjudicataria) (...), que no se les permitiría modificar el proyecto y que deberían ejecutar el proyecto que ellos tienen contratado con este Ayuntamiento./ Por ello, se reitera en este informe que no se suspende el plazo de ejecución de esta obra. Y, dado que el plazo de la misma finaliza el 21 del presente mes, se le insta a que aclare ante este Ayuntamiento las medidas que va a tomar para cumplir el plazo de ejecución contractual”.

**6.** Mediante Resolución de 14 de septiembre de 2011, la Alcaldesa acuerda denegar la petición de suspensión del plazo de ejecución de las obras, que “tendrán como fecha tope de finalización el 21 de septiembre de 2011”. La citada Resolución se notifica a la empresa contratista el mismo día 21 de septiembre de 2011.

**7.** Con fecha 7 de octubre de 2011, se recibe en el registro del Ayuntamiento de Gijón un escrito en el que el representante y el Ingeniero Técnico Industrial de la empresa adjudicataria exponen que “en la reunión mantenida el día 20 de septiembre de 2011, en este Ayuntamiento (...), por parte de los técnicos municipales se concluyó solicitando a (la empresa contratista) la elaboración de un nuevo estudio técnico de instalación que diera solución a los problemas técnicos que planteaba tanto el proyecto inicial como el ofertado posteriormente por (la empresa)./ Una vez redactado dicho estudio técnico conforme a las sugerencias técnicas indicadas, se procedió a entregar el informe técnico que ahora también se acompaña a este escrito (...). Al respecto del contenido del mismo recientemente se ha emitido informe favorable por parte del proyectista (...), que se acompaña también a este escrito (...). En el apartado 5 de dicho informe se procede a realizar el estudio económico de la propuesta y se plantea identificar los precios de ambas luminarias para establecer un presupuesto de 53.597,11 € (más IVA) completamente ajeno a la realidad de mercado, y que supone un precio notablemente inferior a los

93.100 € (más IVA) fijados como precio del contrato (...). A la vista de lo anterior, se solicita que por parte del Ayuntamiento se proceda a una revisión de dicha propuesta para poder iniciar la ejecución de los trabajos conforme a la misma, sin perjuicio de que la misma se adapte a lo establecido en el presupuesto objeto del contrato”.

Al escrito adjuntan un informe del Ingeniero Técnico proyectista, fechado el 28 de septiembre de 2011, en el que se analiza, “a petición de los técnicos del Ayuntamiento de Gijón, la última propuesta” realizada por la empresa contratista. En el citado informe se señala que “la empresa instaladora propone sustituir los equipos autónomos previstos en el proyecto (...) por otros equivalentes” y que “al utilizar aparatos equivalentes en la propuesta de la empresa instaladora se abonarán todas las unidades a los precios establecidos en el proyecto”, si bien “los equipos (...) propuestos tienen un precio de venta al público superior a los equipos (...) proyectados”. Según se indica, “se planea que el precio a abonar sería el mismo que el previsto para los proyectados inicialmente, al ser equivalentes”. Finalmente, concluye el autor del informe que “se considera muy ventajosa la propuesta por los siguientes motivos:/ Se reducen sustancialmente los problemas que puedan afectar el estado del terreno de juego./ El mantenimiento futuro de la instalación será más económico al utilizar grúas más pequeñas./ Al instalar luminarias con equipamiento domótico la información obtenida para el mantenimiento será mayor./ Es una solución más económica”.

**8.** El día 14 de octubre de 2011, el Arquitecto Adjunto al Jefe del Servicio y el Jefe de la Unidad Técnica de Obras suscriben un informe en el que exponen que “el acta de replanteo de la obra se firma el 20 del mismo mes y, desde un principio, la empresa (...) se ha mostrado reticente a la ejecución de la obra en los términos contratados y definidos en el proyecto. Así, una vez firmada el acta de replanteo, plantearon la posibilidad de la modificación de la luminaria prevista en el proyecto, presentándolo como la creación de un nuevo precio

contradictorio. Por parte de esta Sección se solicitó al Ingeniero Técnico autor del proyecto y Dirección Facultativa de las Obras (...) informe aclaratorio, presentando el mismo el 26 de julio (...). En este informe se observa que la modificación va mucho más allá de la creación y aprobación de un precio contradictorio, pues en el mismo se mantienen solamente seis (6) partidas y precios del proyecto, que suman un total de 3.090,52 €. Se anulan cinco (5) partidas de las once del proyecto contratado, cuyo importe asciende a 75.211,28 €. Y se crean diez (10) precios nuevos y distintos del proyecto pactado, que suman un total de 73.566,71 € sobre un presupuesto total en el proyecto contratado de 78.301,80 €. Lo que equivale a una modificación del 96,053% del proyecto pactado. Esta Sección entendió que lo propuesto es un proyecto modificado y que el mismo carece de justificación./ El 8 de agosto la empresa presenta un nuevo proyecto en el que se detectó una segunda cuestión. Y es que se disminuye el nivel de la iluminación prevista en el proyecto contratado (...). El día 10 de agosto los técnicos que suscriben mantuvieron una reunión" con el Ingeniero Técnico Industrial representante de la empresa contratista "en la que manifestaron la imposibilidad de aceptar lo propuesto por (la empresa) por las dos razones expuestas, modificación de las partidas del proyecto y (...) disminución del nivel de iluminación, por lo que deberían ejecutar el proyecto contratado./ El 1 de septiembre la empresa (...) solicita la suspensión del plazo de ejecución (...). Y esta suspensión fue denegada en informe emitido por uno de los técnicos que suscriben este informe el 14 de septiembre./ Con fecha 21 de septiembre finaliza el plazo de ejecución contractual (...). Con fecha 28 de septiembre, por el Ingeniero Técnico Director de Obra se presenta una nueva propuesta en la que considera la luminaria que pretende utilizar (la contratista) como equivalente a la proyectada por él mismo en el proyecto contratado. Se alcanzan, con esta nueva propuesta, las calidades de la iluminación proyectada y contratada. Abonándola al precio estipulado en el proyecto pactado y sin modificar ninguna otra partida de este proyecto./ El 7 de octubre se presenta escrito por (la

empresa), que se contesta en este informe, en el (que) se pide revisar la última propuesta del Ingeniero Técnico Director, pero en la que no se muestran conformes con su abono a los precios contratados y definidos en el proyecto (...), fijando ellos mismos las cantidades a abonar en esta obra, propuesta que los abajo firmantes encuentran completamente fuera de lugar por razones obvias. Por todo ello (...), dado que a fecha de hoy las obras aún no han comenzado, y habiendo finalizado el plazo de ejecución contractual el pasado 21 de septiembre, por esta Sección se solicita que por el Servicio de Contratación se inicie el proceso para la resolución del contrato”.

**9.** Con fecha 31 de octubre de 2011, el Jefe del Servicio Jurídico del Ayuntamiento de Gijón informa favorablemente el inicio del procedimiento tendente a la resolución contractual, al considerar que “del expediente administrativo, fundamentalmente del informe de la Sección de Arquitectura de 14 de octubre de 2011, se deduce con claridad que, por razones no imputables al Ayuntamiento, las obras no se han iniciado aún, cuando deberían haber concluido el 21 de septiembre pasado. Dicho retraso resulta imputable a la empresa contratista, que se encuentra obligada a la ejecución del proyecto que sirvió de base a la licitación”.

**10.** Mediante Resolución de la Alcaldía, de fecha 2 de noviembre de 2011, se dispone iniciar el expediente de resolución del contrato, concediendo al contratista y al avalista un plazo de audiencia de diez días y significándoles que, “de conformidad con el apartado 3) del artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se procederá a la incautación de la garantía definitiva ingresada, así como a la indemnización de los daños y perjuicios”.

**11.** Notificada la Resolución al contratista y al avalista el día 8 de noviembre de 2011, el día 18 del mismo mes se recibe en el registro municipal un escrito de

la contratista en el que refiere que “el 20 de septiembre, en reunión mantenida con el Ayuntamiento para resolver la problemática alegada sobre la ‘insuficiencia’ de iluminación que al parecer padecía la nueva propuesta, esta parte vuelve a manifestar su buena voluntad de ejecutar la obra y, a instancia del propio Ayuntamiento, presenta el 23 de septiembre otro nuevo estudio técnico del alumbrado para dar solución a esta cuestión”, y que “sobre dicha nueva propuesta, el día 28 de septiembre, el Ingeniero Técnico Director de la Obra informa favorablemente, en el sentido (de) que el mismo cubre las calidades y condiciones de iluminación contratadas y proyectadas para la obra. Si bien indica que el precio de la obra se planea que se reduzca a 63.729,39 € más IVA”.

Manifiesta el representante de la adjudicataria que “esta parte está dispuesta a ejecutar la obra al precio contratado, esto es, 93.100,00 € más IVA, pero no al nuevo precio que unilateralmente se nos quiere imponer que no responde al valor de la obra”. Señala que “para llegar a dicho presupuesto el Director Facultativo planea identificar los precios de los equipos (...) inicialmente proyectados con el precio de los equipos (...) finalmente propuestos. Y ello a pesar de que en su propio informe expresamente indica que (...) los equipos (...) propuestos tienen un precio de venta público superior a los equipos (...) proyectados (...). Sustancial diferencia de precios y calidad que además resulta expresamente del propio cuadro de precios descompuestos acompañados al informe del propio Director Facultativo de fecha 26 de julio de 2011 (...). En definitiva, se pretende que la ejecución de una obra conlleve la instalación de unos nuevos equipos de mucha mayor calidad y potencia, pero fijando el mismo precio que tenían los equipos originalmente proyectados (...). Y como en la nueva propuesta el número de equipos es inferior al inicialmente proyectado (...), termina resultando un precio global un 33% aproximadamente inferior al precio contratado para la obra”.

Considera el representante de la contratista que “quien habría incumplido sus obligaciones es el propio Ayuntamiento de Gijón, quien,

admitiendo la inviabilidad del proyecto original y las mejoras sustanciales que las propuestas de esta parte suponen (...), se plantea modificar el contrato fijando un nuevo precio (...) casi un 33% inferior al contratado”.

Señala que “el artículo 92 quáter, párrafos 2 y 3.b) y d) de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, impide realizar en el contrato modificaciones que supongan alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, como en este caso, que se pretende fijar un precio de adjudicación del contrato en menos del 10% del precio de adjudicación, así como alterar la relación entre la prestación contratada y el precio”. Añade que, “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 206, letra g), de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, esto es, a la vista de la imposibilidad de ejecutar (...) la obra en los términos inicialmente pactados, o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I, también procede la resolución de este contrato (...). Reservándose esta parte el derecho a reclamar el importe de la indemnización de los daños y perjuicios que como consecuencia de la resolución se (le) están produciendo (...) y que se acreditaran en el momento oportuno. Todo ello sin perjuicio de que, de acuerdo a lo prevenido en el artículo 208, párrafo 5, de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, tenga derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar”.

Por último, solicita que se archive el expediente de resolución contractual y se acuerde “dar cumplimiento al contrato por el precio contratado”, y ello “sin perjuicio de la facultad de esta parte de en otro caso instar la resolución por incumplimiento de la Administración con el consiguiente derecho a percibir del Ayuntamiento de Gijón las indemnizaciones legalmente correspondientes por los perjuicios que dicha resolución le supongan”.

**12.** Recibida solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo el día 5 de diciembre de 2011 en relación con el asunto de referencia, el día 14 del mismo mes se devuelve el expediente a la autoridad consultante al no cumplir plenamente las condiciones formales establecidas en el artículo 18 de nuestra Ley reguladora.

**13.** Con fecha 20 de diciembre de 2011, el Jefe de la Unidad Técnica de Obras elabora un informe sobre las alegaciones presentadas por la adjudicataria el día 18 del mes anterior. En él señala, a propósito de la supuesta inviabilidad del proyecto aducida por la contratista, que la empresa “nunca manifestó que el proyecto contratado fuera inviable” y afirma, al contrario, que aquel “sí es viable, seguramente más caro de realizar que lo que (...) en su proyecto modificado pretende, pero perfectamente viable”.

En cuanto al precio del contrato, indica que, “dado el interés que (la empresa contratista) manifestó reiteradamente en colocar un modelo de luminaria, en la última propuesta firmada por el Ingeniero Técnico Director de Obras se admite como equivalente a la definida en proyecto, por lo que se abona al mismo precio unitario definido en el mismo. Pero como la medición resulta sensiblemente modificada a la baja, el conjunto total de la certificación se ve reducido a 63.726,39 € más IVA y no en los 93.100,00 pretendidos por (la empresa), pues para alcanzar esa cantidad o se certifica un número mayor de las unidades colocadas en obra o se facturan a un precio distinto del estipulado en el proyecto contratado, ambas cosas imposibles desde cualquier punto de vista”. Refiere que “el Ayuntamiento no plantea modificar el contrato (...), sino que precisamente lo que se plantea al realizar un abono de 63.726,39 € más IVA es aplicar estrictamente el proyecto y el contrato que lo fija./ Por todo lo expuesto anteriormente, el técnico que suscribe entiende que ha quedado claro que no se acepta ninguna de las alegaciones presentadas por (la empresa) y, fijado este punto, se detallarán a continuación los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento (...). Fácilmente cuantificables se

encuentran los gastos derivados de la realización de un nuevo proyecto, por la actualización al coste del año 2012, así como los gastos derivados de la intervención hasta ahora del Ingeniero Director, el cual ha tenido que realizar varios informes sin que los mismos estuvieran contemplados en sus honorarios de dirección. Estos gastos, y tomando como base su oferta para el proyecto y Dirección de Obra (14.160 €), se cifran en 10.000 € IVA incluido”.

**14.** A solicitud de la Jefa del Servicio de Contratación y Compras, el día 18 de enero de 2012 la Viceinterventora y el Jefe de la Sección de Fiscalización informan sobre la resolución que se pretende. Concluyen que “del expediente administrativo se deduce que el retraso es imputable a la empresa contratista, que se encuentra obligada a la ejecución del proyecto que sirvió de base a la licitación, por lo que, de conformidad con lo informado por el Servicio Jurídico, es razonable estimar que la demora en el cumplimiento de los plazos” por parte de la empresa contratista “tiene entidad suficiente para constituir una causa de resolución del contrato, en virtud de lo establecido en el artículo 206.c) de la mencionada Ley de Contratos del Sector Público”.

**15.** Notificada al contratista con fecha 20 de enero de 2012 la apertura del trámite audiencia por un plazo de diez días, el día 2 del mes siguiente se recibe en el registro del Ayuntamiento de Gijón un escrito en el que el representante de la empresa manifiesta que “difícilmente procede iniciar ex artículo 113 R. D. 1098/2001, de 13 de octubre, la determinación de los daños y perjuicios derivados de la resolución de un contrato cuando esta aún no se ha producido”.

Sostiene que la contratista “en ningún caso debe costear ni el proyecto inicial de la obra ni los informes que para su viabilidad haya tenido que llevar a cabo el Ingeniero Director de la Obra”, y señala que “el Ingeniero Director no ha llevado a cabo proyecto nuevo alguno además del inicial, sino que se ha limitado a estudiar e informar favorablemente las propuestas técnicas elaboradas por (la contratista) y que aportaban exhaustivos cálculos y

características técnicas./ Por otra parte, sus informes ratifican cómo las nuevas propuestas cubrían las calidades y condiciones de iluminación contratadas y proyectadas para la obra (...), suponían una mejora ventajosa e incorporaban novedades técnicas importantes a lo inicialmente proyectado por él. Así resulta de sus propios informes de 28 de julio y 28 de septiembre de 2011 obrantes en el expediente”.

Entiende que antes que “proceder a reclamar a esta parte cantidad alguna derivada de la actuación del Ingeniero Director de la Obra se debería estar agradecido por la aportación que para la corrección y mejora de su trabajo se le facilitó”, por lo que solicita que se “acuerde dejar sin efecto este expediente de determinación de daños y perjuicios mientras no se acuerde la resolución del contrato del que traería causa, y en todo caso proceda a su archivo por cuanto ningún perjuicio -sino todo lo contrario- la conducta de esta parte ha podido irrogar al Ayuntamiento”.

**16.** A solicitud de la Jefa del Servicio de Contratación y Compras, el Jefe de la Unidad Técnica de Obras emite informe, con fecha 10 de febrero de 2012, sobre las alegaciones presentadas por la adjudicataria en el trámite de audiencia. En el citado informe indica que “no es intención de este Ayuntamiento que por parte de (la empresa contratista) se costee el proyecto inicial de la obra ni los informes que haya tenido que realizar el Ingeniero Director de las Obras, ni evidentemente los gastos administrativos del Ayuntamiento de Gijón en sus Servicios de Contratación y de Patrimonio, por la tramitación del expediente de la obra y los distintos informes emitidos por estos dos Servicios por la no ejecución (...) del proyecto (...). Lo que esta Unidad Técnica prevé es que, debido al tiempo transcurrido desde la realización del anterior proyecto, los precios de mercado y de la mano de obra han sufrido variaciones, por ello deberá realizarse un nuevo proyecto. Que deberá ser visado por colegio oficial para su tramitación ante organismos exteriores (Consejería de Industria, etc.), por lo que deberá ser realizado por un técnico

externo al Ayuntamiento./ Por lo que, por este Ayuntamiento deberá contratarse a un Ingeniero (...) para su realización, así como la Dirección del mismo. Dado que este nuevo gasto para la Administración no sería necesario si (la empresa contratista) hubiera ejecutado la obra que tenía contratada con este Ayuntamiento, es por lo que el gasto que se pretende resarcir es el de esta nueva contratación de ingeniero autor-director de proyecto”.

**17.** El día 10 de febrero de 2012, el Ingeniero Técnico autor del proyecto informa que “las obras definidas en el (...) proyecto eran perfectamente viables en el momento de la licitación”.

**18.** Con fecha 14 de febrero de 2012, la Jefa del Servicio de Relaciones Ciudadanas extiende una diligencia en la que hace constar que, “tras finalizar el plazo de presentación de alegaciones respecto a la incautación de la garantía definitiva que se pretende en el contrato de obras (de referencia), durante los días 9 al 18 de noviembre de 2011, y comprobado el correspondiente Registro General de Entrada, no aparece escrito de alegaciones alguno (salvo error material en la búsqueda) presentado por (la entidad avalista) durante el referido periodo”.

**19.** El día 20 de febrero de 2012, la Jefa del Servicio de Contratación y Compras formula propuesta de resolución en la que concluye que ha de procederse a la resolución del contrato de referencia por causa de “incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales (...), al deducirse con claridad de los antecedentes obrantes en el expediente que por razones no imputables a la Administración las obras aún no han comenzado, cuando deberían haber finalizado el 21 de septiembre pasado”. Asimismo, señala que ha de acordarse “la incautación de la garantía definitiva ingresada por dicha contratista para responder del cumplimiento del contrato de referencia, por importe de 4.655,00 euros”, y “fijar, igualmente en base a los antecedentes de

la presente propuesta, en 10.000 euros, IVA incluido, el importe que (la empresa) deberá indemnizar al Ayuntamiento de Gijón por los daños y perjuicios causados (...), haciéndose efectiva dicha indemnización, en primer término, sobre la precitada garantía definitiva". La competencia para resolver el contrato corresponde, según se expresa en el fundamento de derecho octavo, a "la Alcaldía, de conformidad con la delegación efectuada por la Junta de Gobierno Local en sesión de fecha 15 de junio de 2011".

**20.** Evacuada la pertinente consulta a este Consejo sobre la resolución contractual de referencia mediante escrito de 22 de febrero de 2012, el día 15 del mes siguiente se emite el Dictamen Núm. 87/2012, en el sentido de que procede declarar la caducidad del procedimiento de resolución contractual iniciado el día 2 de noviembre de 2011, redactar una nueva propuesta de resolución y, finalmente, solicitar nuestro dictamen de formularse oposición por parte del adjudicatario.

**21.** El día 13 de abril de 2012 el Jefe de la Asesoría Jurídica informa, a solicitud de la Jefa del Servicio de Contratación y Compras, sobre la resolución contractual. En el citado informe expresa que "del expediente administrativo (...) se deduce que la no ejecución en plazo del contrato solo es imputable al contratista, desde que ha mantenido (...) una voluntad rebelde al cumplimiento de sus obligaciones, perfectamente viables en el momento de la licitación, conforme manifiestan los técnicos municipales y el Ingeniero Director redactor del proyecto. Por tanto, es sabido que el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica 'ipso iure' la calificación de incumplimiento a causa de este". En consecuencia, informa "favorablemente el inicio del procedimiento para la resolución del contrato".

**22.** Con fecha 16 de abril de 2012, la Viceinterventora y el Jefe de la Sección de Fiscalización informan favorablemente el “reinicio del procedimiento de resolución”.

**23.** Se incorpora al expediente, a continuación, una certificación del Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno, en sesión celebrada el día 15 de junio de 2011, relativo a la delegación de competencias en otros órganos, entre ellos, la Alcaldía.

**24.** Con fecha 18 de abril de 2012 la Alcaldesa resuelve iniciar el procedimiento de resolución contractual, señalando que la resolución conllevará la incautación de la garantía definitiva e indemnización, en lo que exceda de la garantía incautada, de los daños ocasionados por la resolución del contrato, los cuales ascienden a 10.000 €. La citada resolución se notifica al contratista y al avalista el día 25 de abril de 2012, dándoles audiencia por un plazo de diez días.

**25.** El día 4 de mayo de 2012 el representante de la empresa contratista presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que afirma que “únicamente estamos ante una cuestión económica (...) en la que el Ayuntamiento no parece dispuesto a pagar el importe del precio contratado por la obra”. Manifiesta que “es precisamente el Ayuntamiento de Gijón quien no está dispuesto a abonar el precio contratado”, pues “se pretende que la ejecución de una obra conlleve la instalación de unos nuevos equipos de mucha mayor calidad y potencia pero fijando el mismo precio que tenían los equipos inicialmente proyectados, que eran de inferior calidad y menor potencia”. Considera que “en todo caso quien habría incumplido sus obligaciones es el propio Ayuntamiento de Gijón, quien, admitiendo la inviabilidad del proyecto original y las mejoras sustanciales que las propuestas de esta parte suponen, sin suspender el plazo de ejecución de la obra, se plantea modificar el contrato fijando un nuevo precio de 63.726,39 €, más IVA, casi un 33% inferior al

contratado de 93.100,00 más IVA". Finalmente, solicita que "se proceda a dar cumplimiento al contrato por el precio contratado de 93.100,00 € más IVA; y subsidiariamente y en todo caso se proceda a acordar la resolución por incumplimiento de la Administración con el consiguiente derecho a percibir del Ayuntamiento de Gijón las indemnizaciones legalmente correspondientes por los perjuicios que dicha resolución le supongan".

**26.** El Jefe de la Unidad Técnica de Obras suscribe, el día 22 de mayo de 2012, un informe en el que analiza las alegaciones formuladas por la contratista. En él señala que "no estamos ante 'únicamente' una cuestión económica, se entiende que también se está ante una cuestión formal y legal. Y, ante su manifestación de que el Ayuntamiento 'no parece dispuesto' a pagar el importe del precio contratado, se ha de contestar:/ El Ayuntamiento está dispuesto a pagar el precio contratado, pero solo por la obra contratada, no por ejecutar algo parecido a la obra contratada, pues aceptar únicamente la primera de estas premisas y dejar a la empresa que ejecute lo que le apetezca y no lo contratado es un fraude legal", ya que en este contrato una de las partes modifica y altera sustancialmente el objeto del contrato fijando únicamente como no modificable el aspecto económico del mismo". Afirmar, seguidamente, que el contratista trata "de acusar al Ayuntamiento de '... no estar dispuesto a abonar el precio contratado...'", y señala que "no es tal, en el proyecto original se van a instalar 180 unidades de luminarias y un precio determinado. En la propuesta aceptada el 28 de septiembre por el Director de la Obra se van a abonar las luminarias que realmente se colocan al precio del contrato, y como se colocan menos luminarias por eso resulta un precio inferior al del contrato". Por último, destaca que "el proyecto es viable" y que "no han comenzado la obra, desde el 20 de julio de 2011".

**27.** Con fecha 29 de mayo de 2012, la Jefa del Servicio de Relaciones Ciudadanas suscribe una diligencia en la que hace constar que, "entre el 26 de

abril y el 5 de mayo de 2012, no aparece presentado escrito alguno a nombre” del avalista.

**28.** El día 29 de mayo de 2012, la Jefa del Servicio de Contratación y Compras suscribe una propuesta de resolución en el sentido de “desestimar las alegaciones presentadas” por el representante del contratista y acordar la resolución del contrato, cuantificándose los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la resolución contractual en 10.000 euros, los cuales se harán efectivos, en primer término, sobre la garantía definitiva cuya incautación se propone. Respecto a la competencia para acordar la resolución contractual, se indica que corresponde a la Alcaldía “de conformidad con la delegación efectuada por la Junta de Gobierno Local en sesión de fecha 15 de junio de 2011, que atribuye a la Alcaldía las contrataciones incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y concesiones de cuantía igual o superior a 18.000 euros más IVA, en su caso, y que no excedan de 600.000 euros más IVA, en su caso, salvo las que correspondan a las concesiones sobre bienes de titularidad municipal sujetas a la legislación patrimonial, así como la aprobación de los proyectos de obras cualquiera que sea su cuantía; así como en virtud de lo dispuesto en el artículo 194 de dicho texto legal, que atribuye al órgano de contratación la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta”.

**29.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de mayo de 2012, registrado de entrada el día 7 del mes siguiente, 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 instalación eléctrica de alumbrado de emergencia de las gradas en el estadio de fútbol de El Molinón, adjuntando a tal fin el expediente original.

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 Gijón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

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

Por razón del tiempo en que fue adjudicado el contrato -24 de junio de 2011-, y teniendo en cuenta lo establecido en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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", su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y 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. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 de la LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo,

aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo establecido en el artículo 194 de la LCSP, cuyo contenido se corresponde con el del artículo 210 del TRLCSP actualmente en vigor, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento, la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos establecidos en la Ley.

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida al artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo, y al 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 (tal como se reitera en el artículo 114.2 del TRRL); audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria. Además, tratándose de una entidad local, resulta igualmente preceptivo el informe de la Intervención de la entidad, según dispone el artículo 114 del TRRL, que consta en el expediente que analizamos. Finalmente,

también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento sustancial de todos los trámites señalados.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución pretendida, el procedimiento se ha iniciado mediante resolución de la Alcaldía, que en su día adjudicó el contrato en virtud de la delegación conferida por la Junta de Gobierno Local, a la que corresponden de forma originaria las competencias como órgano de contratación por tratarse de un municipio de gran población, y a tenor de lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 3, del TRLCSP, que es reproducción literal de la misma disposición de la LCSP. La resolución de delegación no explicita cuál es su alcance en relación a las facultades resolutorias. Ahora bien, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 4.1 del RGLCAP, a cuyo tenor, "Sin perjuicio de que la delegación del ejercicio de las facultades contractuales en órganos centrales o territoriales disponga otra cosa, la facultad para celebrar contratos lleva implícita la de aprobación del proyecto, la de aprobación de los pliegos, la de adjudicación del contrato, la de formalización del mismo y la de las restantes facultades que la Ley y este Reglamento atribuyen al órgano de contratación./ La delegación de competencias no conllevará la aprobación del gasto salvo que se incluya de forma expresa", y teniendo en cuenta que la LCSP no prohíbe la delegación de la facultad de resolución contractual, a diferencia de lo que sucede respecto de otras funciones -como aquellas a las que se refieren los artículos 13.2, letra d), y 34.3 de la citada Ley- puede concluirse que la Alcaldía es competente para declarar la resolución que se propone.

**TERCERA.-** En relación con el fondo del asunto, hemos de indicar, 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 tanto, en caso de concurrir causa resolutoria, 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 dicho contrato.

Las causas de resolución aplicables a los contratos de obras son las recogidas en el artículo 220 de la LCSP, sin perjuicio de la remisión general de este precepto al artículo 206 del mismo cuerpo legal.

De los documentos obrantes en el expediente resulta que el procedimiento de resolución contractual se inicia tras la constatación de que el adjudicatario no ha ejecutado la prestación comprometida dentro del plazo establecido.

Ha quedado acreditado en el procedimiento que, finalizado el plazo de ejecución contractual -el 20 de septiembre de 2011-, las obras no se han iniciado siquiera. De lo actuado resulta, asimismo, que el incumplimiento del contrato es sustancial en la medida en que no ha sido ejecutada ninguna de las prestaciones que constituyen su objeto, y que aquella falta de ejecución no puede sino achacarse al contratista, que se comprometió en su oferta a realizar la prestación en la forma prevista en el proyecto original, sin que la supuesta inviabilidad para ejecutar aquella, en la que pretende excusar su incumplimiento, haya resultado probada.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual, en un principio, a tenor del informe elaborado por el Jefe de la Unidad Técnica de Obras el día 20 de diciembre de 2011, el cálculo de los daños y perjuicios de aquella derivados comprendía tanto “la realización de un nuevo proyecto, por la actualización al coste del año 2012”, como “los gastos derivados de la intervención hasta ahora del Ingeniero Director, el cual ha tenido que realizar varios informes sin que los mismos estuvieran contemplados en sus honorarios de dirección”. El monto total por ambos conceptos se cuantifica en 10.000 euros, tomando como referencia para el cálculo la oferta presentada en su día por el proyectista que,

según se señala en el mismo informe, ascendió a 14.160 euros. Sin embargo, en un informe posterior, suscrito el día 10 de febrero de 2012, el Jefe de la Unidad Técnica de Obras manifiesta que “no es intención de este Ayuntamiento que por parte de (la empresa contratista) se costee el proyecto inicial de la obra ni los informes que haya tenido que realizar el Ingeniero Director de las Obras”, de forma que el “gasto que se pretende resarcir” se reduce al coste estimado de la realización de “un nuevo proyecto”, dado el “tiempo transcurrido desde la realización del anterior” y la “variación” de “los precios de mercado y de la mano de obra”. Sentado lo anterior, la Administración sigue sosteniendo, no obstante, que el importe de los daños y perjuicios causados asciende a la misma cantidad inicialmente señalada -10.000 euros-, sin aclarar expresamente los conceptos indemnizatorios que integrarían tal cuantía.

De conformidad con lo establecido en el artículo 208.3 de la LCSP, los daños se harán efectivos, en primer término, sobre la garantía constituida, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada, debiendo pronunciarse el acuerdo de resolución sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida, a tenor de lo señalado en el artículo 208.4 de la misma Ley. Resulta, por ello, imprescindible un pronunciamiento expreso de la Administración sobre las partidas indemnizatorias y la cuantía finalmente resultante, considerando que únicamente podrá acordarse la pérdida de la garantía prestada por el contratista cuando los daños fijados resulten superiores a aquella. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de obras de instalación eléctrica de alumbrado de emergencia de las gradas en el estadio de fútbol de El Molinón, sometido a nuestra consulta, con los efectos en él señalados.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. ALCALDESA DEL AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.