

Expediente Núm. 28/2014
Dictamen Núm. 33/2014

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de febrero de 2014, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 6 de febrero de 2014, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de construcción de un centro de día y residencia para personas mayores en Lastres, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución del Director Gerente del organismo autónomo “Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias” (ERA) de 8 de octubre de 2010, se adjudica definitivamente el contrato de obras de construcción de un centro de día y residencia para personas mayores en El Manso-Lastres, por un importe de 1.740.218,06 euros -IVA excluido- y un plazo de ejecución de veinte meses.

El día 26 del mismo mes se formaliza el contrato en documento administrativo.

2. Obra incorporada al expediente, entre otra documentación, el resguardo del depósito en la Tesorería General del Principado de Asturias de la garantía definitiva, por importe de 87.010,90 euros; el acta de comprobación del replanteo, extendida el día 14 de enero de 2011, y el pliego tipo de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación. La cláusula decimoctava de dicho pliego dispone que será causa de resolución del contrato, entre otras, "la suspensión de la ejecución de las obras sin autorización expresa", y la cláusula decimonovena, en el apartado relativo a las "penalidades por demora", establece un régimen idéntico al del artículo 196, apartados 4 y 5, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Asimismo, consta en el expediente el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de junio de 2010, por el que se autoriza la celebración del contrato y el correspondiente gasto plurianual.

3. El día 24 de noviembre de 2011, el Director de Ejecución de la Obra suscribe un informe, a petición de la Gerencia del ERA, en el que, tras reflejar que los trabajos pendientes de certificar ascienden al 82,87% del precio del contrato, pone de manifiesto que, según ha comprobado en la visita realizada el día 10 del mismo mes, la obra "se encuentra parada".

4. Con fecha 27 de diciembre de 2011, la Dirección Facultativa requiere al Jefe de Obra de la adjudicataria para que, "en el plazo de 48 horas desde el recibo del presente escrito, nos comuniquen por el mismo medio, sus planes para la reanudación de los trabajos en la obra. En caso de no recibir contestación alguna entenderemos que las obras están paralizadas, y así se lo haremos saber a la propiedad".

5. Mediante Resolución del Director Gerente del ERA de 26 de enero de 2012, se acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato “por incumplimiento de las obligaciones contractuales”.

6. El día 15 de marzo de 2012, se recibe en el registro del organismo autónomo ERA un escrito, suscrito por el representante de la empresa contratista, en el que, tras explicar que aquella “presentó solicitud de concurso voluntario de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil número dos de Zaragoza en fecha 27 de febrero de 2012”, solicita autorización del órgano de contratación para “la cesión de la obra” a favor de la empresa que cita, precisando que la misma “queda expresamente sometida a la autorización que, en su caso, otorgue la Administración Concursal”.

7. Mediante Resolución del Director Gerente del organismo autónomo de 16 de marzo de 2012, se suspende el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento de resolución contractual “por el tiempo que medie entre la solicitud de documentación relativa al concurso de acreedores realizada el 16 de marzo de 2012 y la remisión de la misma por parte de la empresa”, lo que se notifica a la contratista el día 28 del mismo mes.

8. El día 4 de abril de 2012, tiene entrada en el registro del organismo autónomo, entre otros documentos, el Auto del Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Zaragoza de 9 de marzo de 2012, por el que se declara en concurso voluntario a la adjudicataria.

9. Mediante Resolución del Director Gerente del ERA de 23 de abril de 2012, se acuerda ampliar el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento resolutorio “desde la remisión del escrito el 24 de abril de 2012 (*sic*) solicitando la autorización del Administrador Concursal para la cesión del contrato hasta la recepción de la autorización de dicha cesión”.

10. Con fecha 12 de noviembre de 2012, la Directora de Ejecución de la Obra, la Dirección Superior de la Obra, la Coordinación de Seguridad y Salud y un representante de la empresa contratista extienden acta de "reanudación de la obra" tras "la inactividad sufrida en la misma como consecuencia de la tramitación de procedimiento concursal".

11. El día 20 de mayo de 2013, se recibe en el registro del organismo autónomo un escrito firmado por el representante de la empresa contratista, con el visto bueno del Administrador Concursal, en el que se reclama la cantidad de 264.986,81 euros, más intereses de demora, por trabajos realizados en la obra, correspondientes a facturas de febrero, marzo y abril.

12. Mediante Resolución del Director Gerente del ERA de 20 de mayo de 2013, se acuerda iniciar el procedimiento de imposición de penalidades por demora. En los antecedentes de la resolución se expresa que "la obra permanece sin ejecución hasta que el 12 de noviembre de 2012 se levanta acta de reanudación de la obra con el objeto de retomar la ejecución de la misma, continuando al día siguiente el cómputo del plazo de 11 meses y 15 días pendientes de ejecutar", y en sus fundamentos de derecho se hace constar que "la imposición de penalidades continuará hasta la fecha de fin de obra, si esta es recibida sin objeciones por la Administración, que se establece, conforme al plazo pendiente de ejecución, desde la última certificación de obra a la fecha de su reanudación (11 meses y quince días), el 15 de noviembre de 2013 (art. 98 RGLCAP)". Finalmente, se dispone que la imposición de penalidades se realice "a razón de 375,89 € diarios, a contar desde el 13 de septiembre de 2012, fecha en que debió terminar la obra según contrato". La citada resolución se notifica al contratista el 24 de mayo de 2013, dándole audiencia por un plazo de diez días.

13. El día 4 de junio de 2013, se recibe en el registro del organismo autónomo un escrito de alegaciones en el que el representante de la empresa, con el visto bueno del Administrador Concursal, afirma que tras comunicar la representación de la adjudicataria por escrito el día 15 de octubre de 2012 “que ya no existe impedimento alguno para que la misma pueda ejecutar directamente la obra”, el día 12 del mes siguiente se extiende el acta de reanudación de la obra en la que las partes “deciden continuar la ejecución con el plazo de duración aprobado de la obra, del que, como expresamente se dice en la resolución recurrida, restan 11 meses y 15 días”.

Entiende que “difícilmente se puede justificar la imposición de penalidad alguna en tanto en cuanto no se termine el plazo, que finaliza, como expresamente (se) reconoce de contrario, 11 meses y 15 días después del acta de reanudación, es decir el 15 de noviembre de 2013”. Asimismo, señala que debe reconocerse a las penalidades “una naturaleza eminentemente coercitiva. Esto es (...), su imposición tiene por objeto conminar al contratista al cumplimiento del contrato, por lo que resulta precisa la existencia de un incumplimiento previo el cual se pretende corregir con dicha finalidad”, citando en apoyo de su pretensión la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 28 de diciembre de 2009. Significa que la “intención” del organismo contratante era continuar la obra “en noviembre de 2012, pero aplicando penalizaciones conforme a la cláusula 19 del pliego por no haber acabado la obra en septiembre de 2012, dicha circunstancia tendría que haberse puesto de manifiesto y ser comunicada, ineludiblemente, antes de la firma del acta de reanudación de noviembre de 2012, pues el supuesto retraso que se nos imputa ya se habría producido entonces, y (...), de lo contrario, se estaría engañando a la Administración Concursal de (la adjudicataria), que pudiendo haber cedido la obra a un tercero sin repercusión alguna como de acuerdo con el ERA se solicitó en marzo de 2012 se la ha dejado continuar la misma con un plazo de 11 meses y 15 días por delante para terminarla./ Sin embargo, ahora, casi siete meses después de la fecha del acta de reanudación y sin haber ningún

retraso real en la ejecución de los trabajos, cuando el ERA tiene pendiente de pago dos certificaciones vencidas, se pretende imponer a la contratista unas penalidades atendiendo a unas circunstancias anteriores que, como se ha explicado por los hechos realmente producidos, resultan totalmente improcedentes”.

14. Mediante Resolución de 25 de junio de 2013, el Director Gerente del ERA acuerda la imposición de penalidades “a razón de 375,89 € diarios, a contar desde el 13 de septiembre de 2012, fecha en que debió terminar la obra”, considerando que “el incumplimiento en el plazo de ejecución en que incurre la adjudicataria lleva aparejada la imposición de penalidades conforme al régimen jurídico que se define en los art. 196, en relación a la ejecución defectuosa y demora, y 197.1, en relación a la resolución por demora y prórroga de los contratos, ambos de la LCSP; 98 del RGLCAP y cláusulas 18.3 y 19.1 del pliego de cláusulas particulares (...), estimando procedente la imposición de penalidades por incumplimiento imputable a la contratista del plazo contractualmente establecido de finalización de la obra el 14 de septiembre de 2012, considerando que hay imputación directa de la empresa desde el momento en que deja de trabajar en la misma”. En el mismo acto se precisa que los correspondientes importes “se harán efectivos mediante deducción de los mismos en los documentos de pago al contratista. Por ello, y en el primer documento de pago a tramitar tras la presente, certificaciones nº 26 (febrero-13) y nº 27 (marzo-13), comprendiendo el periodo que se extiende desde el 15 de septiembre de 2012 al 31 de marzo de 2013, 196 días, se deducirá el importe de la penalidad, que asciende a (...) 73.673,87 euros”. La resolución se notifica al adjudicatario el día 28 del mismo mes.

15. Con fecha 1 de julio de 2013, se recibe en el registro del organismo autónomo un escrito en el que el representante del contratista reitera la reclamación de cantidades efectuada el 20 de mayo de 2013, y afirma que “a

fecha (...) 1 de julio de 2013 la demora en el pago por parte del ERA es superior a cuatro meses”, lo que -según entiende- le faculta “para proceder a solicitar la suspensión del cumplimiento del contrato”.

16. El día 25 de julio de 2013, el representante de la adjudicataria presenta en una oficina de correos un escrito que califica como recurso de alzada frente a la resolución, de 28 de junio de 2013, de imposición de penalidades en el que pide su anulación y el “inmediato reintegro de las cantidades indebidamente descontadas más los intereses que legalmente correspondan”.

17. Mediante Resolución del Director Gerente del organismo autónomo de 29 de agosto de 2013, se estima la reclamación de cantidad formulada por la empresa el día 1 de julio de 2013, “reconociendo su derecho a percibir la cantidad de 4.433,11 euros en concepto de intereses de demora derivados del retraso en el pago del precio correspondientes a las certificaciones de febrero, marzo, abril, mayo”. En los antecedentes de dicha resolución se señala que “en fecha 4 de julio de 2013 se procede al abono de los importes correspondientes a las certificaciones de obra núm. 26_febrero, núm. 27_marzo, núm. 2_abril (*sic*) y núm. 29_mayo”.

18. El día 18 de septiembre de 2013, el representante de la contratista presenta en el registro del organismo autónomo un escrito de solicitud de revisión de precios del contrato en el que pone de manifiesto que, pese a lo señalado en los antecedentes de la resolución de 29 de agosto de 2013, a fecha 4 de julio de 2013 “no se procedió por parte del ERA al abono íntegro de las certificaciones de obra núm. 26_febrero, núm. 27_marzo, núm. 28_abril y núm. 29_mayo, siendo únicamente abonada en su totalidad la certificación núm. 27_marzo. Dichas cantidades correspondientes a las certificaciones núm. 26_febrero, núm. 28_abril y núm. 29_mayo todavía se adeudan a la fecha de la presentación de este escrito”, a lo que añade que “con posterioridad al 4 de julio de 2013 el ERA no

ha abonado de forma íntegra ninguna de las siguientes certificaciones (...), sino (...) de forma parcial e incompleta, lo que afecta, a la fecha de la presente, a las certificaciones núm. 30_junio y núm. 31_julio”.

19. Con fecha 10 de octubre de 2013, el representante del contratista presenta un escrito en una oficina de correos en el que señala que, “transcurrido sobradamente el plazo de un mes al que hace referencia el artículo 200.5 de la Ley de Contratos del Sector Público y sin que Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias haya firmado el acta de suspensión solicitada por la compareciente, por medio del presente escrito se pone en (su) conocimiento (...) que se procede a suspender los trabajos llevados a cabo por mi compareciente con fecha 10 de octubre de 2013”.

20. Mediante comunicación de 10 de octubre de 2013, el Secretario General Técnico de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda traslada al interesado la Resolución adoptada por la titular de la Consejería, el día 3 del mismo mes, por la que se estima parcialmente el recurso de alzada presentado “únicamente en el sentido de modificar la fecha de inicio para el cómputo de la imposición de penalidades diarias al contratista del 14 de septiembre de 2012 al 17 de septiembre de 2012”.

21. El día 14 de octubre de 2013 se extiende el acta de suspensión total de las obras “derivada de la paralización de la obra en fecha 10 de octubre de 2013, comunicada por la contratista ante el órgano de contratación el día siguiente al amparo, según refiere (...), del artículo 200.5 LCSP”. En el acta se reseña que “por el ERA se estima no procedente la paralización de la obra, constando, a la fecha, cumplidas en su integridad las obligaciones de pago conforme a lo establecido en la ley, el pliego de cláusulas administrativas particulares, el contrato administrativo, la resolución de 20 de mayo de 2013 de imposición de penalidades (...) y demás documentos contractuales”.

22. Según resulta de la documentación incorporada al expediente (folio 1.273), el día 30 de octubre de 2013 el representante de la contratista interpone recurso contencioso-administrativo frente a la resolución del recurso de alzada.

23. Mediante Resolución del Director Gerente del ERA de 21 de noviembre de 2013, notificada al adjudicatario al día siguiente y al avalista el 26 del mismo mes, se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato "por incumplimiento de las obligaciones contractuales". En los fundamentos de derecho de la resolución se precisa como causa de la resolución que se pretende la "suspensión de la ejecución de las obras sin autorización expresa" establecida en el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado para regir la contratación, razonando que "es el contratista el que unilateralmente propone la suspensión a la Administración por aplicación automática de lo dispuesto en el art. 200.5 de la LCSP 30/2007", si bien "las certificaciones de febrero, marzo, abril y mayo (a las) que se refiere la reclamación ya han sido abonadas con fecha 4 de julio de 2013, así como los intereses de demora".

24. Con fecha 21 de noviembre de 2013, el Director Económico-Administrativo del ERA suscribe un informe en el que se valoran los daños y perjuicios que supone a la Administración la resolución del contrato. Estos gastos son los costes de tramitación de "las incidencias que han surgido y la tramitación de una nueva contratación de las obras", que se cuantifican en 598,40 euros, a razón de 40 horas de trabajo de un titulado superior y otras 40 horas de un auxiliar administrativo, más el incremento del presupuesto de ejecución material de las obras pendientes de ejecutar, que, tomando como referencia los índices de precios de materiales y mano de obra publicados por el Ministerio, la Dirección de Obra ha calculado en 34.091,98 euros. Acompaña la valoración efectuada por los arquitectos directores y redactores del proyecto con fecha 15 de noviembre

de 2013, en cuyo "anexo de cálculo" se especifica que el "importe de ejecución material pendiente" asciende a 288.495,11 €.

25. El día 2 de diciembre de 2013, el representante de la empresa contratista presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que formula su "total oposición a la iniciación del expediente de extinción" del contrato. Entiende que, "a pesar de que el ERA ponga de manifiesto que se encuentra al corriente del pago de las certificaciones de obra, la realidad no es así. Desde la certificación correspondiente al mes de febrero se han producido sucesivos impagos" y "en el momento en que la compareciente suspende la obra la deuda ascendía a (...) (131.184,68 euros) más los correspondientes intereses de demora". Señala que "el ERA alega que ha procedido al pago de las certificaciones de obra; sin embargo, lo que ha realizado ha sido una compensación entre las mismas y unas penalidades impuestas a la compareciente de manera arbitraria, injusta e improcedente", reproduciendo a continuación los argumentos formulados en el escrito de alegaciones presentado el 4 de junio de 2013.

Aduce, asimismo, que el día 20 de marzo de 2013 la Dirección de Obra remitió a la contratista un documento "bajo el nombre 'ralentización de obra' en el cual se indica una nueva planificación de los trabajos en la obra para concluirlos a final de febrero de 2014, y no el 15 de noviembre de 2013, como se había acordado en el acta de reanudación de los trabajos de fecha 12 de noviembre de 2012", por lo que entiende que el organismo autónomo "está siendo contrario a sus propios actos. Siendo que el interés del ERA era retrasar la obra inicia un expediente de imposición de penalidades contra la contratista". Afirma que "la imposición de penalidades (...) tiene su origen precisamente en la negativa de la contratista de retrasar la obra, es decir, por negarse la contratista a obedecer las instrucciones de la Dirección Facultativa de la obra, el ERA inicia un expediente de imposición de penalidades que carece de fundamento alguno con efectos retroactivos". Señala que "la contratista desde febrero de 2013

(primer mes que se impaga) hasta el día 10 de octubre de 2013 (fecha en la que suspende la obra) continuó (...) con la ejecución (...). Sin embargo, llegó un momento en el que esta situación devino imposible (...). Ante los continuos impagos por parte del ERA la compareciente se vio obligada a suspender la obra amparándose en el artículo 200.5 de la Ley de Contratos del Sector Público, ya que como consecuencia de los impagos del ERA no pudo afrontar desde un punto de vista económico la continuidad de la obra”.

26. El día 27 de diciembre de 2013, el representante de la contratista presenta en una oficina de correos un escrito en el que formula alegaciones frente a la “Resolución del Director Económico-Administrativo, de 21 de noviembre de 2013, relativa a la valoración de daños y perjuicios” que, según señala, le ha sido notificada el día 18 del mismo mes. Respecto a los costes de tramitación del procedimiento de resolución contractual, considera “del todo improcedente este gasto, ya que el ERA cuenta con el personal necesario para (...) gestionar la tramitación administrativa de una nueva contratación de las obras”, y entiende, por otra parte, que para ello “no es necesario ni dos personas ni 80 horas de trabajo”.

En cuanto a la partida relativa al incremento del presupuesto de ejecución material, señala que el documento que se le ha notificado “se limita a justificar la procedencia con base en un informe del cual no se ha dado traslado a la contratista, de tal manera que la compareciente no puede conocer cuáles son los parámetros que se han tenido en cuenta para cifrar en (...) (34.091,98 euros) el incremento de los precios para la realización de la obra”, lo que, a su juicio, le produce indefensión.

Afirma, seguidamente, que “la determinación de los daños y perjuicios debería haberse llevado a cabo por el Director Gerente del ERA y no por el Director Económico de dicho organismo”, y que “para que el ERA tuviera derecho a la indemnización por daños y perjuicios sería necesario que se hubiera producido un incumplimiento culpable por parte del contratista”, que niega.

Finalmente, en relación con la incautación de la garantía definitiva, pone de relieve que “en ningún momento se ha resuelto el contrato, únicamente se ha iniciado el expediente de resolución”, por lo que considera que, “atendiendo a la normativa que resulta de aplicación en ningún momento se puede proceder a la incautación de la garantía, será necesario en primer lugar que se declare el contrato resuelto”.

27. Con fecha 30 de diciembre de 2013, el representante del contratista presenta en una oficina de correos un escrito en el que, tras reproducir los razonamientos ya expresados en otros anteriores, en los que manifestaba su oposición tanto a la imposición de penalidades como a la resolución del contrato por causa de suspensión de los trabajos, solicita que se “tenga por resuelto el contrato de obra” al haber “transcurrido 8 meses sin que el ERA abone las certificaciones pendientes”, con cancelación de la garantía definitiva constituida, y que se le indemnice en “la cantidad mínima de (...) (47.217,58 euros) por los daños y perjuicios causados”. La indemnización comprende las partidas de “daño emergente” -en la que incluye los costes de “vigilancia de la obra”, que justifica mediante facturas; los intereses de demora generados por las certificaciones pendientes de pago, y los recargos e intereses generados por la “imposibilidad” de la empresa de “atender sus obligaciones tributarias” debido al impago de la Administración contratante, más los salarios del personal que tenía contratado para la ejecución de los trabajos y que no ha podido recolocar- y “lucro cesante”, que contempla un 6% de beneficio industrial.

A este escrito adjunta, entre otros documentos, el que suscriben los directores de la obra con fecha 15 de marzo de 2013, en el que se señala que “la nueva planificación parte de terminar la obra en febrero de 2014, con lo que se podrían ahorrar unos 50.000 euros (2 meses) de gastos generales, que quedarían libres para destinarlos a posibles imprevistos de obras./ Hay una serie de partidas que se podrían dejar para hacer en los meses de enero y febrero de 2014. Su importe con la baja de adjudicación y el IVA incluido es de 322.843,07

€ (...). La idea es que la diferencia hasta completar los 492.583,07 €, que serían 169.739,59 € (IVA incluido), se ejecutarían y certificarían en diciembre de 2013 para que se pudiesen pagar en enero (...). De esta forma, reducimos en dos meses (eliminamos marzo y abril de 2014) los gastos generales y (la adjudicataria) no adelantaría dinero alguno”.

28. Mediante Resolución del Director Gerente del ERA de 9 de enero de 2014, se acuerda la acumulación en un único procedimiento del iniciado para la resolución del contrato por incumplimiento por parte del contratista y de la solicitud de resolución formulada por aquel, fundada en el impago de la Administración por un periodo de 8 meses, lo que se notifica a la contratista y al avalista.

29. El día 9 de enero de 2014, el Director Gerente del organismo autónomo dicta Resolución por la que se suspende la tramitación del procedimiento “por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias”, lo que se comunica a los interesados.

30. Con esa misma fecha, la Instructora del procedimiento suscribe una propuesta favorable a la resolución “por incumplimiento de las causas expresamente establecidas en el contrato por la empresa (...), con pérdida parcial de la garantía definitiva por importe de 34.690,38 euros”, que se remite al Servicio Jurídico del Principado de Asturias para informe.

31. Un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa, el día 22 de enero de 2014, que “concorre la causa de resolución del contrato a la que se refiere la propuesta de resolución”, si bien advierte que en “la parte dispositiva” de la resolución que recaiga debe hacerse “referencia expresa al rechazo de la petición de resolución formulada por el contratista”.

32. El día 28 de enero de 2014, la Instructora del procedimiento suscribe una nueva propuesta de resolución en la que se pronuncia de modo favorable a la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la adjudicataria, con incautación parcial de la garantía, proponiendo “rechazar la petición de resolución formulada por el contratista”. La decisión de resolver el contrato por incumplimiento culpable de la adjudicataria se fundamenta en el hecho de que, “a un mes de finalización del nuevo plazo previsto, la empresa suspende la ejecución, sin la conformidad del órgano de contratación, circunstancia que recoge la cláusula 19 (*sic*) del citado pliego con causa de resolución”. Asimismo, se señala que el acta de suspensión, extendida “sin la conformidad de la Administración, se debe a la insistencia de la empresa y al escrito de 10 de octubre de 2013, en que ponen de manifiesto que dejan definitivamente la obra, no existiendo ningún interés en que las obras se suspendan ni paralicen por parte del organismo autónomo, más aun teniendo en cuenta el pequeño porcentaje que queda pendiente para la finalización de la misma”.

Respecto a la solicitud de resolución contractual formulada por la contratista, la autora de la propuesta de resolución entiende que debe considerarse “del todo improcedente, al no existir la causa de resolución argumentada”, y que no procede la indemnización de los daños y perjuicios solicitados.

33. Mediante Resolución del Director Gerente del organismo autónomo de 30 de enero de 2014, se dispone la suspensión del procedimiento de resolución contractual “por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias”.

34. En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de febrero de 2014, registrado de entrada el día 7 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de construcción de un

centro de día y residencia para personas mayores en Lastres, 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 del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- 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, que él también ha instado, 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 solo cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de aquella, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la resolución pretendida por la Administración, como sucede en este caso.

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

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -8 de octubre de 2010-, 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, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro "de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley".

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

procedimiento por el órgano competente -en este caso el Director Gerente del organismo autónomo, a quien corresponde actuar como órgano de contratación según lo dispuesto en los artículos 45.3, letra d), de la Ley del Principado de Asturias 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección al Anciano, y 9, letra d), del Decreto 79/1994, de 13 de octubre, por el que se establece la Estructura Orgánica y Régimen de Funcionamiento del Organismo Autónomo "Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias"-, su instrucción se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 207 de la LCSP (en redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo), que se remite a la regulación reglamentaria, y en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía, e informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria, de acuerdo con lo señalado en el artículo 197.1 de la LCSP. También es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el asunto examinado, se formula oposición por parte del contratista.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento sustancial de todos los trámites señalados. El procedimiento se ha iniciado mediante resolución del órgano de contratación, y obra en el expediente la cuantificación de los daños ocasionados al interés público por causa de la resolución contractual propuesta. Se ha dado audiencia al contratista, que se opone a la resolución contractual pretendida, y al avalista. Igualmente, se ha elaborado la correspondiente propuesta de resolución.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución del contrato, corresponde al órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 194 de la LCSP, que -como ya hemos mencionado- es el Director Gerente del organismo autónomo. No obstante, antes de acordar la resolución contractual deberá recabarse la autorización para ello del Consejo de Gobierno del

Principado de Asturias, a tenor de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias, dado que, por su cuantía y por haberse comprometido un gasto de carácter plurianual, es este órgano el que ha autorizado su celebración.

Por otro lado, incoado el procedimiento de resolución contractual por causa de incumplimiento culpable del contratista de oficio, mediante Resolución de 21 de noviembre de 2013, y considerando que la caducidad de este procedimiento se produce, salvo que concurra suspensión o ampliación del plazo acordada en forma legal, a los tres meses de su incoación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), precepto que resulta aplicable al procedimiento de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -Sección 4ª- y de 9 de septiembre de 2009 y 8 de septiembre de 2010 -Sección 6ª-, entre otras), hemos de plantearnos si la suspensión dispuesta por el tiempo que medie entre la petición de informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias y su recepción, fundada en el artículo 42.5.c) de la LRJPAC, puede considerarse ajustada a derecho.

Establece el precepto citado que el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender cuando "deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses". Es presupuesto necesario de la suspensión fundada en la solicitud de informes, por tanto, que los solicitados sean preceptivos y, además, determinantes.

No existe duda de que, en el procedimiento que nos ocupa, el informe del Servicio Jurídico tiene carácter preceptivo, por imponer su solicitud el artículo

109.1 del RGLCAP al que antes hemos hecho referencia. Ahora bien, debe dilucidarse si el mismo merece la consideración de determinante.

Con carácter general, la doctrina y la jurisprudencia vienen reconociendo la condición de informes determinantes del contenido de la resolución a los que permiten fijar su sentido. Esta especial incidencia en la resolución conlleva que no todos los informes evacuados durante la instrucción del procedimiento, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración llamada a resolver, puedan ser calificados como determinantes, y en este sentido únicamente lo serán, como ha señalado el Tribunal Supremo, aquellos “necesarios para que el órgano que ha de resolver se forme criterio acerca de las cuestiones a dilucidar” o que adquieran “singular relevancia en cuanto a la configuración del contenido de la decisión”, por lo que “es exigible que el órgano competente para resolver esmere la motivación en caso de que su decisión se aparte de lo indicado en aquellos informes”, de modo que “por mucho que estos informes no puedan caracterizarse como vinculantes desde un plano formal, sí que se aproximan a ese carácter desde el plano material o sustantivo” (Sentencias de 8 de marzo de 2010 y 15 de marzo de 2013 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª-), constituyendo el paradigma de esta clase de informes los de tipo técnico, en los que los elementos de juicio y valoraciones en ellos contenidos no pueden ser aportados por el instructor del procedimiento ni suplidos por el órgano decisor.

Ahora bien, sentado lo anterior, la determinación de los informes que tienen la consideración de determinantes no puede establecerse de manera apriorística, siendo preferible abordar cuál haya de ser su consideración caso por caso, como han señalado el Consejo de Estado (Dictamen Núm. 2072/1999) y el Tribunal Supremo (Sentencia de 1 de abril de 2003 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª-).

Este Consejo Consultivo se ha pronunciado en contra de la consideración como determinante del informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias a efectos de la suspensión de ciertos procedimientos de resolución contractual en

los Dictámenes Núm. 292 a 326/2010, al igual que ha hecho el Consejo de Estado, más recientemente y en un caso similar, en su Dictamen Núm. 352/2013.

En el caso que ahora analizamos, y considerando las circunstancias concurrentes, hemos de concluir igualmente que la suspensión acordada con motivo de la solicitud de informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, por no ser aquel determinante del contenido de la resolución, no puede operar legítimamente, lo que deberá tener en cuenta la Administración consultante a la hora de computar el plazo máximo para resolver y notificar la resolución al objeto de precaver una posible caducidad del procedimiento.

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.

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, cuya letra h) remite, a su vez, a “Las establecidas expresamente en el contrato”.

La propuesta de resolución contractual que se somete a nuestra consideración contiene acumuladas las pretensiones resolutorias del organismo autónomo contratante y del propio contratista, fundadas en causas diversas y a las que cada parte atribuye unos efectos, asimismo, distintos.

La Administración ha incoado, de oficio, un procedimiento de resolución contractual fundado en la causa especial de resolución recogida en la cláusula decimoctava del pliego de las administrativas particulares aprobado para regir la contratación, esto es, “la suspensión de la ejecución de las obras sin autorización expresa”.

Del procedimiento resulta, efectivamente, que el contratista ha suspendido el día 10 de octubre de 2013, a menos de un mes para la finalización

del plazo de ejecución previsto, la ejecución de los trabajos, y que tal suspensión se ha producido *motu proprio* y sin previa autorización de la Administración contratante. Objetivamente, podríamos concluir, por tanto, que concurre la causa resolutoria aducida por el organismo autónomo ERA.

Ahora bien, la propuesta cuyo análisis nos ocupa no solo contiene esta pretensión resolutoria sino que trata acumuladamente la instada por el contratista al amparo del artículo 200.6 de la LCSP, esto es, por demora en el pago superior a 8 meses. Por consiguiente, se encuentran en liza dos causas resolutorias, una que esgrime la Administración y otra que opone el adjudicatario, y sobre ambas hemos de pronunciarnos.

En los casos en los que se plantea la concurrencia de dos causas de resolución, y sobre todo cuando aquellas surten distintos efectos en lo relativo a las consecuencias económicas de la extinción del contrato, este Consejo Consultivo ha venido señalando reiteradamente que debe acudir a la que se hubiere manifestado con anterioridad desde un punto de vista cronológico. Si bien con arreglo a este orden de prioridad temporal la prelación correspondería a la causa de suspensión de los trabajos, la cuestión no puede decidirse, en el presente supuesto, atendiendo exclusivamente al tiempo de materialización de la causa resolutoria, pues la suspensión de los trabajos constituye una facultad legítima del contratista cuando se dan las circunstancias establecidas en el artículo 200.5 de la LCSP, frente a cuyo ejercicio, concurriendo los requisitos legales, no puede reaccionar la Administración resolviendo el contrato, y es precisamente en tal derecho en el que se ampara el contratista para negar que el incumplimiento del contrato le sea imputable en el asunto que analizamos.

Para decidir sobre la cuestión planteada ha de tenerse en cuenta que a la situación de suspensión de la obra se llega tras una concatenación de hechos que son, según resulta de los documentos obrantes en el expediente, los siguientes:

a) Iniciados los trabajos a mediados del mes de enero de 2011, y tras constatarse en noviembre del mismo año que la obra se encuentra “parada”, se

piden explicaciones al contratista, quien informa de que el abandono de los trabajos se debe a su situación financiera, ya que se encuentra incurso en un procedimiento concursal, y solicita la cesión del contrato a otra empresa. La Administración incoa entonces un procedimiento de resolución contractual por incumplimiento del contratista y, al mismo tiempo, estudia la cesión solicitada, llegando a pedirse la autorización del Administrador Concursal para efectuarla. No se toma expresamente ninguna decisión sobre la cesión ni sobre la resolución contractual pretendida y el día 12 de noviembre de 2012 se reanudan los trabajos, "tras la inactividad (...) como consecuencia de la tramitación de procedimiento concursal".

b) El día 20 de mayo de 2013, cuando han transcurrido seis meses desde la reanudación de la obra, con el contrato en plena ejecución y sin que consten reparos por parte de la Administración, el contratista reclama que se le abonen 264.986,81 euros, más intereses de demora, correspondientes a facturas de febrero, marzo y abril del mismo año. Ese mismo día, el órgano de contratación inicia un procedimiento de imposición de penalidades por demora. Pese a que en la propia resolución de incoación se reconoce que se ha concedido al contratista una prórroga del plazo de ejecución de 11 meses y 15 días a contar desde la fecha de reanudación de los trabajos, y aunque la Administración contempla, al parecer, un calendario de trabajos que finalizaba en febrero de 2014 -según resulta del documento incorporado al folio 187 del expediente resolutorio-, las penalidades, a razón de 375,89 € diarios, se imponen, mediante Resolución de 25 de junio de 2013, con carácter retroactivo, "desde el 14 de septiembre de 2012, fecha en que debió terminar la obra según contrato", hasta la conclusión efectiva de los trabajos. Para hacerlas efectivas, la Administración compensa o absorbe la deuda reconocida al contratista con aquellas que, dada la forma de su devengo, alcanzan el mismo día en que se acuerda su imposición la cuantía de 73.673,87 euros.

En el entendimiento de que las penalidades impuestas son contrarias a derecho, el adjudicatario reclama reiteradamente el pago del importe total de las

certificaciones de obra y, como no se le abonan sino que se le compensan, suspende primero la ejecución de los trabajos y el día 30 de diciembre de 2013, considerando que la demora en el pago excede los ocho meses (pues la primera factura objeto de compensación corresponde al mes de febrero), pide la resolución del contrato.

Aun cuando el acto administrativo mediante el que se imponen penalidades al contratista goza de presunción de validez y es ejecutivo, dado que ha sido recurrido en vía contencioso-administrativa, encontrándose *sub iudice* en la actualidad, en tanto se mantenga la pendencia judicial no quedará despejada de forma definitiva la cuestión de cuál ha de ser la causa resolutoria aplicable al caso. En efecto, puesto que las pretensiones de la Administración y del contratista se encuentran indisolublemente ligadas, una eventual estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el adjudicatario con anulación de las penalidades impuestas podría convertir en legítimas tanto su decisión de suspensión de los trabajos como la resolución contractual a su instancia.

Aquel escenario no resulta impensable, a juicio de este Consejo, considerando, en primer lugar, que el artículo 57.3 de la LRJPAC autoriza a la Administración a conceder eficacia retroactiva a sus actos únicamente cuando se dicten en sustitución de otros anulados o produzcan efectos favorables al interesado, y ninguna de estas circunstancias se da en el asunto que analizamos, y, en segundo término, porque la naturaleza jurídica y finalidad de las penalidades por demora también abona una consideración contraria a su aplicación retroactiva. En este sentido, la jurisprudencia viene señalando de forma reiterada que las penalidades no tienen, pese a lo que su denominación podría sugerir, carácter punitivo, sino naturaleza próxima a la de las “multas coercitivas” (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª-), constituyendo un medio para “constreñir al contratista al debido cumplimiento de sus obligaciones dentro del plazo prefijado, asegurando así la terminación de la obra en el plazo previsto”

(Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2012 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a-).

La necesidad de resolver cuanto antes este asunto, pese a todas las dudas que se plantean, pues no ha de demorarse más la consecución del interés público encarnado en la terminación de la obra, nos lleva a considerar que el contrato debe resolverse, como pretenden ambas partes, si bien, a la hora de determinar los efectos de la resolución contractual, han de ponderarse las circunstancias concurrentes, como ha hecho en algunas ocasiones nuestro Tribunal Supremo. En este sentido, en la Sentencia de 14 de junio de 2002 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.^a- el Alto Tribunal señaló que "hay que tener en cuenta que, como dice la Sentencia de 19 de mayo de 1998, 'las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige específicamente en materia de contratos (artículo 1.258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (Sentencias de 10 de junio y 11 de noviembre de 1987 ó de 10 de julio de 1990)', por lo que (...) no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante". En el caso que analizamos, puesto que el incumplimiento que la Administración achaca al contratista deriva del ejercicio por su parte de una prerrogativa de imposición de penalidades que podría considerarse no ajustada a derecho, y que constituye, además, el origen de la ruptura de la atmósfera de concordia y colaboración en la que hasta entonces se había desenvuelto la ejecución del contrato, la doctrina jurisprudencial antes expuesta nos lleva a concluir que la resolución del mismo no debe acordarse con la incautación parcial de la garantía que propone la Administración. Ahora bien, al objeto de asegurar la responsabilidad que pudiera corresponder, en su caso, al adjudicatario por los daños y perjuicios liquidados durante la instrucción del procedimiento resolutorio -los cuales ascienden a 34.690,38 euros- puede disponerse la retención de la garantía por este importe

hasta que haya recaído sentencia firme, procediendo a su cancelación en cuanto al resto. Asimismo, habrá de llevarse a cabo la comprobación, medición y liquidación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 222 de la LCSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez consideradas las observaciones formuladas en el cuerpo de este dictamen, procede la resolución del contrato de obras de construcción de un centro de día y residencia para personas mayores en Lastres, sometido a nuestra consulta, con los efectos señalados.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.