

Expediente Núm. 66/2014
Dictamen Núm. 65/2014

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 3 de abril 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 7 de marzo de 2014 -registrada de entrada el día 11 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de reforma interior del edificio destinado a museo del Complejo Deportivo Fernando Alonso, adjudicado a la empresa “X”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte de 29 de octubre de 2013, se adjudica el contrato de obras de reforma interior del edificio destinado a museo del Complejo Deportivo Fernando Alonso, por un precio de 490.310,20 euros -IVA incluido-.

El día 4 del mes siguiente se formaliza el contrato en documento administrativo, en cuya cláusula tercera se establece que “el plazo de ejecución de la presente actuación es de diez (10) semanas, a partir del día siguiente al

de la comprobación del replanteo, que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su firma”.

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 20.220,76 euros, y el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación. La cláusula 14 de este pliego se ocupa de la comprobación del replanteo y en ella se reproduce parcialmente el contenido del artículo 139 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, precisando que “si el contratista no acudiere, sin causa justificada, al acto de comprobación del replanteo su ausencia se considerará como incumplimiento de una obligación contractual esencial (...) con las consecuencias y efectos previstos en el TRLCSP”. En la cláusula 15 del mismo pliego, relativa a la ejecución del contrato, se establecen “otras obligaciones” del contratista, entre ellas, que “le corresponde así mismo el pago de los gastos de publicidad de la licitación del contrato (...), así como la tramitación ante los organismos, administraciones y empresas competentes de las autorizaciones, permisos y licencias que requiera la ejecución de las obras y la ocupación, mantenimiento o reposición de las vías de comunicación y servicios afectados o cualquier otra actuación que exija su ejecución, así como el pago de los precios, tarifas o tributos correspondientes”. La cláusula 18 establece como causas resolutorias, “además de las previstas en los artículos 223 y 237 del TRLSOP, las siguientes (...): La desobediencia o inobservancia de las órdenes de la Dirección Facultativa o del responsable del contrato (...). La suspensión de la ejecución de las obras sin autorización expresa (...). La cesión del contrato sin la autorización del órgano de contratación (...). El incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación”, y “el incumplimiento del compromiso de adscripción de medios”, al que se atribuye “el carácter de obligación contractual esencial”.

3. Se ha incorporado al expediente el acta de comprobación del replanteo que suscriben, el día 4 de diciembre de 2013, el Director de Ejecución, el Director de Obra y Responsable del Contrato y el Coordinador de Seguridad y Salud, faltando la firma del contratista. En el acta se refleja que “el proyecto contratado tiene un plazo de ejecución de 10 semanas. Según la fecha de esta acta, las obras tienen que desarrollarse durante el año 2013 y el 2014. En la cláusula 5.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares para esta obra se indicó que está recogida en los Presupuestos Generales del Principado para el ejercicio 2013. Se inician las obras tras haber firmado con fecha 27 de noviembre de 2013 un informe para proponer el cambio de anualidades, con una anualidad de 9.033,67 euros IVA incluido en 2013 y de 481.276,53 euros IVA incluido para el 2014. Es con el conocimiento de este supuesto, que cuenta con la aprobación del contratista, con el que se firma esta acta de replanteo de las obras. Se adjunta a cada ejemplar del acta de replanteo este informe, suscrito por el Director General de Deporte, el representante de la empresa (...) y el responsable del contrato./ Observándose por todos la viabilidad del proyecto, se autoriza el comienzo de las obras, cuyo plazo de ejecución se computará desde el día siguiente hábil a la fecha de este acta, la cual se extiende y suscribe en el lugar y fecha arriba indicados”.

4. El día 11 de diciembre de 2013, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante de la empresa contratista manifiesta que “con fecha cinco de diciembre de 2013 (...) no se ha firmado el acta de comprobación del replanteo, siendo la fecha límite para ello el cuatro de diciembre de 2013”, y que “las causas de la no firma del acta de comprobación de replanteo no son imputables a (la adjudicataria)”. Indica, al respecto, “que el Arquitecto (...) responsable del contrato no estaba de acuerdo con la firma del acta de comprobación de replanteo hasta que no se firmara el documento para el cambio de anualidades del contrato. Esta decisión del responsable del contrato se hizo constar en una reunión mantenida en las oficinas de la Consejería (...) el pasado martes tres de diciembre de dos mil trece (...). El cuatro de diciembre de dos mil trece (...), a las 09:00 h, se

convoca en el lugar de ejecución de las obras una reunión para el inicio y la firma del acta de comprobación del replanteo, pero en ella tampoco se firma el acta, siendo la fecha límite este mismo día (...). El motivo (...) es la misma causa (...). Que la obra, objeto del contrato firmado, carece de licencia municipal de obras a fecha 04-12-2013, lo que imposibilita el inicio de las obras (...). Que (...) la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su artículo 9, punto 2.c, establece como obligación del promotor 'Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas (...)', siendo este punto no pactable en un contrato o acuerdo entre partes, ya que en dicho texto no lo dice y por consecuencia se tiene que cumplir el artículo 1255 del Código Civil, 'los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público' (...). Que (...) el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, en su cláusula 15, punto 15.9, indica como obligación del contratista 'la tramitación ante los organismos, administraciones y empresas competentes de las autorizaciones, permisos y licencias que requiera la ejecución de las obras (...)', siendo esto contrario a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su artículo 9, punto 2.c".

En consecuencia, insta "la resolución del contrato (...) según el punto c) del artículo 223 del TRLCSP (el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista) o según el punto a) del artículo 237 del TRLCSP", pues "entiende que las causas de la solicitud de resolución no son imputables al contratista y que (...) razones de interés público hacen innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato". Asimismo, "solicita la devolución de la garantía definitiva".

5. En sesión celebrada el día 13 de diciembre de 2013, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Llanera otorga la licencia de obras para la reforma interior del edificio destinado a museo del Complejo Deportivo Fernando Alonso.

6. Con fecha 16 de diciembre de 2013, la Jefa del Servicio de Planificación y Promoción del Deporte suscribe un informe en el que analiza la solicitud de resolución contractual formulada por la adjudicataria. Según relata, el 25 de noviembre de 2013 “se convoca al contratista al acto de comprobación del replanteo, a celebrar el 4 de diciembre de 2013”, fecha que la citada empresa había señalado como “idónea”.

Refiere que el día “29 de noviembre la Dirección General de Deporte se dirige mediante correo electrónico a la empresa contratista, adjuntando propuesta de reajuste de anualidades de la obra contratada, con objeto de recabar la firma de dicho documento por parte del representante de la empresa”, y que “a última hora de la mañana del 3 de diciembre de 2013 (la persona designada por la adjudicataria para acudir al acto de comprobación del replanteo) se persona en las dependencias de la Dirección General manifestando que aún no dispone del documento requerido, si bien asegura que (...) la empresa no tiene objeciones al respecto”. Planteadas por parte del responsable del contrato “dudas sobre la posibilidad de celebrar el acto de comprobación de replanteo sin contar con la conformidad de la empresa a la propuesta de reajuste de anualidades, la Jefa del Servicio y la Jefa de la Sección aclaran que el acto debe celebrarse, sin perjuicio de que en el acta que se levante al efecto se hagan constar cuantas reservas y eventualidades tengan por conveniente cualquiera de las partes”.

El día 4 de diciembre de 2013 se celebra el acto de comprobación del replanteo sin que se formulen “objeciones técnicas”. En el transcurso de la misma se solicita “al representante del contratista, con el pliego de condiciones a la vista, la licencia de la obra” y “este reacciona con sorpresa, manifestando desconocer que sea de cuenta del contratista la obtención y pago de la licencia. Finaliza el acto comunicándole al (representante de la empresa) que el acta estaría a su disposición para la firma en la Dirección General de Deporte./ En el expediente consta el acta firmada por el Responsable del Contrato, el Director Facultativo y el Coordinador de Seguridad y Salud”.

Significa la autora del informe que “a las 20:59 horas del 4 de diciembre de 2013 el representante del contratista remite a la Jefa del Servicio, por correo

electrónico, la propuesta de reajuste de anualidades conformada por el representante legal de la empresa”, y que “en la mañana del 5 de diciembre de 2013” el representante de la adjudicataria, “en conversación telefónica con quien suscribe, manifestó no haber solicitado la licencia de obras, así como sus reservas a que la empresa hubiera de dar cumplimiento a este trámite y cargar con sus costas, remitiéndose la Jefa del Servicio a lo señalado en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Esa misma mañana, con objeto de (...) no perder más tiempo en la obtención de la preceptiva licencia, y sin perjuicio de la repercusión de su coste a la empresa contratista, los técnicos de la Dirección General de Deporte presentan en el Ayuntamiento de Llanera la solicitud de la licencia”.

El día 10 de diciembre de 2013 se celebra una reunión con el representante legal de la empresa y la persona designada para asistir al acto de comprobación del replanteo por parte de aquella, quienes “manifiestan su intención de hacerse cargo de la obra contratada, si bien rehúsan firmar el acta correspondiente a la comprobación del replanteo realizada el 4 de diciembre aduciendo reservas en relación con la obligación de asumir los gastos correspondientes a la obtención de la licencia. Finaliza la reunión advirtiendo la Jefa del Servicio que, conforme a lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, cualquier reserva u observación habrá de reflejarse en el acta correspondiente, siendo lo cierto que el acto de comprobación del replanteo se ha celebrado, por lo que de no firmar la empresa dicha acta procederá proponer la resolución del contrato por incumplimiento del contratista e incautación de garantía”.

Subraya que, establecida en el pliego de cláusulas administrativas particulares la obligación de tramitar las licencias y permisos que requiera la ejecución de las obras y de abonar los tributos correspondientes, y “sin perjuicio de que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 38/1999 ya aludida, cuando las Administraciones Públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (...), no consta que la

empresa contratista haya formulado en el momento procedimental oportuno oposición alguna” a tal obligación, “manifestando por primera vez sus reparos al respecto en el acto de comprobación del replanteo”.

Entiende la Jefa del Servicio de Planificación y Promoción del Deporte que la negativa a firmar el acta de comprobación del replanteo “habrá de extenderse a la celebración del acto en sí. Esto es, si el contratista rehúsa la firma del acta niega su participación en el acto a que se refiere, con independencia de su presencia contrastada en el mismo, pues su actitud pone de manifiesto su voluntad de negar la celebración de aquel”, y que por ello incurre, de acuerdo con dispuesto en la cláusula 14 del pliego de las administrativas particulares, “en el incumplimiento de una obligación contractual esencial, con las consecuencias previstas en el TRLCSP”.

Tras rechazar que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, como indica el contratista, señala que “tampoco se sostiene” la pretensión resolutoria fundada en “la demora en la comprobación del replanteo, pues dicho acto se ha celebrado, como la propia empresa reconoce. Ahora bien, si lo que el contratista mantiene es que, estando presente en el lugar previsto para la celebración del acto, el mismo no se celebró, considerando los antecedentes expuestos, la conclusión es que el contratista, sin causa justificada, no acudió al acto de comprobación del replanteo, incumpliendo una obligación contractual esencial”.

7. El día 21 de enero de 2014, la Jefa del Servicio de Planificación y Promoción del Deporte suscribe un informe en el que valora los daños y perjuicios que ocasionaría la resolución contractual propuesta. Su análisis se extiende a las siguientes partidas: “Pérdida de financiación comunitaria del proyecto (...). Cantidades liquidadas por el Ayuntamiento de Llanera en concepto de impuesto y tasa correspondientes a la licencia urbanística (...). Indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato” de instalación de equipos de aire acondicionado, “cuya ejecución se encuentra vinculada a la del contrato de obra de referencia (...). Impacto negativo de la paralización de la inversión y retraso de la puesta

en funcionamiento de la instalación”, y “horas dedicadas por el personal a la tramitación de los procedimientos de contratación y resolución del contrato no ejecutado”.

Concluye que la resolución del contrato no origina un daño cierto y efectivo en relación con las tres primeras partidas, teniendo en cuenta que “el Jefe del Servicio de Fondos Europeos (...) ha confirmado telefónicamente que, de ejecutarse en 2014 la obra, no se derivaría ningún daño para el Principado”; que las cantidades liquidadas por el Ayuntamiento de Llanera serán exigidas “a quien resulte adjudicatario”, y que se ha acordado la suspensión del inicio del contrato complementario del de obras en tanto se resuelve el principal.

En cuanto al impacto negativo del retraso en la puesta en marcha del complejo, afirma que su valoración, “salvo mejor criterio fundado en derecho, habrá de tomar como referencia el interés legal de la inversión realizada y paralizada durante el tiempo transcurrido entre la fecha prevista de finalización de las obras (10 semanas contadas a partir del 4 de diciembre de 2013), y la fecha en que finalicen efectivamente (...). Sin embargo, si bien el daño es en este caso cierto, no es posible cuantificar el mismo en el momento actual, por no poder determinar con cierta exactitud la fecha, no ya de finalización de las obras, sino incluso de la nueva adjudicación del contrato, estando como está supeditada su licitación a la resolución del contrato vigente, mediante procedimiento que aún se está iniciando”.

Seguidamente detalla el número de horas dedicadas a cada una de las tareas abordadas por ella misma, por el Arquitecto responsable del contrato y por el Director de ejecución con motivo de la “tramitación de los procedimientos de contratación y resolución del contrato no ejecutado”, aunque no concreta su valoración económica.

8. Con fecha 28 de enero de 2014, la Jefa del Servicio de Contratación emite informe sobre el número de horas invertidas por el personal de su Servicio en la tramitación del expediente de contratación.

9. A la vista de ello, el día 28 de enero de 2014 la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora señala que los daños ocasionados ascenderían a 2.521,36 €, que se calculan “en función de los costes retributivos” de cada uno de los intervinientes en el procedimiento, “cuyo detalle y desglose se acompaña en documento adjunto extraído de la base de datos del sistema de gestión de personal y nómina para la Administración del Principado de Asturias”. Precisa que, “de conformidad con el artículo 225.3 del TRLCSP, dichos daños y perjuicios (2.521,36 €) (...) habrán de hacerse efectivos, en primer término, con cargo a la garantía constituida por el contratista por importe de 20.260,76 €. Todo ello, sin perjuicio de que quedarían por valorar los eventuales gastos ocasionados a consecuencia de la resolución contractual, así como los que, de nuevo, se generaran cuando vuelvan a licitarse las obras, necesidad de contratar trabajos complementarios, etc., por lo que, en caso de superar los daños irrogados el importe de la garantía constituida se podrá acordar una indemnización por un importe que exceda de la garantía incautada”.

10. Con fecha 30 de enero de 2014, la Consejera de Educación, Cultura y Deporte acuerda iniciar el expediente de resolución contractual “por incumplimiento del contratista de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, notificar la resolución al contratista y al avalista y darles audiencia por un plazo de diez días naturales a contar desde la recepción de la notificación. En los fundamentos de derecho de la citada resolución se recogen las conclusiones del informe suscrito por la Secretaria General Técnica el día 28 del mismo mes, a propósito de los efectos resolutorios.

11. Notificada la resolución al contratista el 31 de enero de 2014 y al avalista el día 3 del mes siguiente, aquel presenta, con fecha 10 de febrero de 2014, en una oficina de correos un escrito en el que manifiesta que “está conforme con la resolución del contrato”, si bien “muestra su desacuerdo con los efectos de la resolución”, al estimar que “las causas no son imputables” a la contratista sino “a la Dirección Técnica responsable del contrato”. Afirma que “el 4 de diciembre

de 2013 se nos comunica que la obra carece de licencia municipal de obras, lo que imposibilita de cualquier forma la firma del acta de replanteo”, y que al considerar “la Dirección Técnica que en la firma del acta sí que influía el mero hecho de un documento de cambio de anualidades, (la adjudicataria) entiende que no se puede firmar el acta de comprobación de replanteo sin tener solicitadas las correspondientes licencias de obras, cuya solicitud y tramitación es responsabilidad del promotor”.

Sostiene que “la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en su artículo 9, punto 2.c), establece como obligación del promotor ‘Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas (...)’, siendo este punto no pactable en un contrato o acuerdo entre partes, ya que (...) dicho texto no lo dice y por consecuencia se tiene que cumplir el artículo 1255 del Código civil, ‘los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público’”. Añade que la misma Ley, “en su artículo 1, punto 3, establece ‘cuando las Administraciones Públicas y los organismos y entidades sujetos a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas actúen como agentes del proceso de la edificación se regirán por lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y (en) no lo contemplado en la misma por las disposiciones de esta ley (...)’, con referencia a que agente es el que tiene la obligación de gestionar y obtener las preceptivas licencias. La legislación de contratos de las Administraciones Públicas no contempla nada, por lo que en este caso aun siendo Administración pública se debe regir por la LOE”.

12. El día 19 de febrero de 2014, la Jefa del Servicio de Contratación suscribe propuesta de resolución favorable a la resolución del contrato por causa de “incumplimiento culpable del contratista de sus obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, asumidas por este”.

Razona que “los pliegos que ha elaborado la Administración contratante y son aceptados de modo expreso por los licitadores desde el momento en que

presentan su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan a las partes implicadas en el procedimiento (...), de forma que en el momento procedimental en el que nos encontramos (contrato formalizado) ya no procedería recurrir este punto del (pliego de cláusulas administrativas particulares) referido a la licencia de obras”.

La resolución contractual que se pretende conlleva como efecto la “incautación parcial de la garantía definitiva constituida para el resarcimiento de los daños y perjuicios que aquella ocasiona al interés público, que han sido cuantificados por la Administración en 2.521,36 € (...). Todo ello, sin perjuicio de que quedarían por valorar los eventuales gastos ocasionados a consecuencia de la resolución contractual, así como los que, de nuevo, se generaran cuando vuelvan a licitarse las obras, necesidad de contratar trabajos complementarios, etc., por lo que en caso de superar los daños irrogados el importe de la garantía constituida se podrá acordar una indemnización por un importe que exceda de la garantía incautada”.

13. El día 27 de febrero de 2014, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de marzo de 2014, 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 reforma interior del edificio destinado a museo del Complejo Deportivo Fernando Alonso, 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 asunto 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 examinamos es la propia de un contrato administrativo de obras.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -29 de octubre de 2013-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 del TRLCSP, 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 dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”.

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

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo, 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.

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

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 237 del TRLCSP, sin perjuicio de la remisión general de este precepto al artículo 223 del mismo cuerpo legal.

El contratista pretende hacer valer la causa resolutoria contenida en el artículo 223.c) del TRLCSP, esto es, el “mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista”, al considerar que “razones de interés público hacen innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato” y que las “causas de la solicitud de resolución” no le son imputables. Subsidiariamente, solicita que se aplique la causa contemplada en el artículo 237.a) de la misma norma, es decir, la “demora en la comprobación del replanteo, conforme al artículo 229”.

Por el contrario, la Administración considera en su propuesta de resolución que el contratista, que no ha suscrito el acta de comprobación del replanteo, incurre por razón de tal omisión en el incumplimiento de una obligación contractual esencial, aduciendo como base jurídica el motivo contemplado en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP, esto es, el “incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”.

El sustrato fáctico en el que operan tales pretensiones contrapuestas, según resulta de los documentos e informes obrantes en el expediente, es el siguiente: formalizado el contrato con fecha 4 de noviembre de 2013, el día 4 del mes siguiente se reúnen en el lugar de la obra el contratista, el Director de Ejecución, el Director de Obra y Responsable del Contrato y el Coordinador de Seguridad y Salud al objeto de comprobar el replanteo previo a la licitación. En el curso de la celebración del acto de comprobación del replanteo se evidencia que los trabajos no cuentan con la necesaria licencia municipal de obras, pues el contratista -pese a hallarse comprometido por la cláusula 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato a tramitar las “autorizaciones, permisos y licencias que requiera la ejecución”- no la ha solicitado. No obstante, considerada la voluntad del mismo de aceptar el reajuste de anualidades que ha de acometerse debido al retraso en el comienzo de la ejecución de los trabajos respecto a lo previsto al iniciarse el expediente de contratación, y constatada la viabilidad técnica del proyecto, se autoriza el inicio de las obras. Ese mismo día se recibe la conformidad del contratista con el reajuste de anualidades propuesto, pero aquel no llega a firmar el acta de comprobación del replanteo, aduciendo en los escritos incorporados al

procedimiento la imposibilidad de que se inicien las obras mientras falte la aprobación administrativa del reajuste de anualidades del contrato y carezcan los trabajos de la preceptiva licencia municipal.

Puesto que la pendencia de la autorización administrativa para el reajuste de anualidades no constituye obstáculo para la realización de los trabajos, y dado que la licencia de obras se concede el día 13 de diciembre de 2013 -como consta acreditado en el expediente-, a partir de ese momento ya no existe ningún impedimento para que el contrato se ejecute, aun con una ligera demora, en la forma comprometida. Por ello, resulta razonable suponer -tal y como señala la Jefa del Servicio de Planificación y Promoción del Deporte- que el motivo que lleva realmente al adjudicatario a sostener su pretensión resolutoria no es otro que su negativa a hacerse cargo de los gastos contractualmente asumidos correspondientes a la obtención de la licencia, que ascienden a 20.160,34 euros, según resulta de los documentos obrantes en los folios 91 y 92 del expediente.

Como hemos señalado en nuestro Dictamen Núm. 182/2012, la finalidad de la comprobación del replanteo es la de asegurar la ejecución del contrato al objeto de que puedan realizarse los trabajos sin demora si las obras fuesen viables, y, si no lo fueran, posibilitar la introducción de las modificaciones necesarias en el proyecto que permitan ejecutar los trabajos cuanto antes o, en último extremo, iniciar el procedimiento para poner fin a una relación contractual imposible de cumplir por estar mal preparada. La relevancia de aquella actuación, que marca el inicio en la ejecución de las obras, determina que la demora en su realización sea causa legal de resolución del contrato, atendidos los perjuicios que de tal retraso pueden derivarse tanto para la Administración como para el propio adjudicatario, a quien la tardanza en el comienzo de los trabajos puede ocasionarle mayores costes.

En el caso que analizamos, resulta incontrovertible que la comprobación del replanteo, a falta de la firma por parte del contratista, se ha producido según lo señalado en el artículo 229 del TRLCSP, esto es, en presencia del adjudicatario, como él mismo reconoce, sin la formulación de reserva alguna sobre la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del proyecto, y dentro del

plazo de un mes establecido en el contrato, por lo que la resolución del contrato no puede fundarse en la causa del artículo 237.a) del TRLCSP.

La pretensión resolutoria del contratista, sustentada en la falta de firma del acta de comprobación del replanteo por su parte, evidencia una conducta fraudulenta y contraria a la buena fe contractual que el derecho no puede amparar. En efecto, el adjudicatario está obligado al recto cumplimiento de los compromisos adquiridos mediante el contrato, entre los que se encuentran los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares ex artículo 115.3 del TRLCSP, por lo que no puede prevalerse de su propia decisión de no suscribir el acta de comprobación del replanteo para desvincularse de una relación contractual que, al parecer, no le interesa ejecutar si debe hacerse cargo de los gastos a que se refiere la cláusula 15 del pliego de las administrativas particulares.

Dado que la falta de ejecución de los trabajos solo puede achacarse a la voluntad del contratista, y puesto que no consta que concurren razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, tampoco puede operar como causa resolutoria el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista, según lo dispuesto en el artículo 224.4 del TRLCSP.

Por lo que se refiere a la causa de resolución invocada en la propuesta de resolución -el incumplimiento "de las obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato"-, este Consejo ha señalado (Dictámenes Núm. 232/2011 y 40/2014) que tal motivo resolutorio debe ser objeto de interpretación restrictiva, evitando la extensión del presupuesto contemplado en la norma al incumplimiento de cualquier obligación no calificada en los pliegos o en el contrato como "esencial". Ahora bien, tal interpretación, necesariamente rigurosa en aras de la seguridad jurídica, no debe llevarse al extremo de perjudicar el interés general por causa de la mera imprevisión, en los pliegos o en el contrato, de la potencialidad resolutoria de incumplimientos que no son nimios, sino que afectan, de manera relevante, a la sustancia misma del contrato, impidiendo la consecución de su objeto.

En el asunto sometido a nuestra consideración, si bien el pliego de cláusulas administrativas no ha calificado como “obligación contractual esencial” más que la “ausencia” al acto de comprobación del replanteo -que, en puridad, no se ha producido en este caso- y “el incumplimiento del compromiso de adscripción de medios”, resulta evidente que la falta de ejecución de los trabajos por el adjudicatario impide la consecución del que constituye su objeto. Por otra parte, en el momento actual ha transcurrido ya el plazo total contractualmente fijado para su ejecución, que era de diez semanas a contar desde el día siguiente al de la comprobación del replanteo, sin que los trabajos se hayan siquiera iniciado. Ambas razones amparan la legalidad de la resolución que se propone, y se debe al incumplimiento culpable por parte del contratista de su obligación esencial de ejecutar el contrato en plazo.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, este Consejo viene manteniendo reiteradamente que, en el régimen legal que resulta del artículo 225 del TRLCSP, la pérdida de la garantía se vincula al exacto resarcimiento de los eventuales perjuicios que se hubieran causado a la Administración. En concreto, establece el apartado 3 del precepto citado que cuando “el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada”, reseñando el apartado siguiente del mismo artículo que en todo caso “el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”.

También hemos manifestado que el cumplimiento de tal régimen legal impide demorar a un momento posterior al acto de resolución contractual la liquidación de los daños y perjuicios ocasionados, de forma que para incautar la garantía, total o parcialmente, resulta indispensable identificar y cuantificar los daños y perjuicios a que deba hacerse frente, y de todo ello debe darse conocimiento al contratista, según lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP,

quien ha de tener la oportunidad de formular las alegaciones que considere oportunas en el trámite de audiencia.

A la hora de efectuar la liquidación de los daños y perjuicios sufridos, y en ausencia de previsión específica sobre el particular en el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato, la Administración podrá guiarse por lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, a cuyo tenor aquella podrá determinarse "atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración".

En el caso que analizamos tales daños han sido cuantificados en 2.521,36 euros, por lo que los efectos resolutorios sobre la garantía definitiva han de concretarse en su incautación parcial por el citado importe.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento del contratista, del contrato de obras de reforma interior del edificio destinado a museo del Complejo Deportivo Fernando Alonso sometido a nuestra consulta, con los efectos señalados en el cuerpo de este dictamen."

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.