

Expediente Núm. 48/2012  
Dictamen Núm. 120/2012

**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 19 de abril 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 V. E. de 13 de marzo de 2012, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de construcción del centro polivalente de recursos para personas mayores en El Reguerón, Cangas del Narcea, 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 24 de agosto de 2010, se adjudica el contrato de obras de construcción del centro polivalente de recursos para personas mayores en el Reguerón, Cangas del Narcea, por un importe de 5.599.952,73 euros -IVA excluido- y un plazo de ejecución de dieciocho meses.

El día 3 del mes siguiente 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 279.997,64 euros, y el pliego tipo de cláusulas administrativas particulares por el que se rige la contratación, en cuya cláusula octava se señala que "serán a cargo del adjudicatario los gastos de publicidad de la licitación del contrato, tanto en boletines oficiales como, en su caso, en otros medios de difusión, hasta el límite indicado en el apartado I del cuadro resumen", fijado en 4.000 euros. En la cláusula decimoctava del mismo pliego se establece, respecto de las causas de resolución del contrato, que lo serán, entre otras, "las previstas en los artículos 206 y 220 de la LCSP", especificándose en la siguiente que "cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total o, en su caso, de los plazos parciales, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades diarias en la proporción de 0,20 € por cada 1.000 € del precio del contrato, previstas en el artículo 196 de la Ley de Contratos del Sector Público". Asimismo, consta en el expediente que mediante Decreto 86/2009, de 29 de julio, el Principado de Asturias dispuso la aceptación de la cesión gratuita, en propiedad, de una parcela sita en El Reguerón, efectuada por el Ayuntamiento de Cangas del Narcea, con destino a equipamientos de servicios sociales especializados y viviendas sociales.

**3.** El día 6 de octubre de 2010 tiene lugar la comprobación del replanteo, consignándose en el acta correspondiente que "están disponibles los terrenos, que son conformes los documentos del proyecto, las características geométricas de la obra y el proyecto es:/ viable. Por lo que el Director de la obra autoriza el inicio de la misma, empezándose a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la firma de la presente".

**4.** Con fecha 12 de noviembre de 2010, el representante de la adjudicataria remite un escrito al Organismo Autónomo ERA en el que pone de manifiesto que "iniciadas las obras, en el transcurso de las mismas, han surgido dificultades que impiden la normal continuación (...). A saber (...): Del replanteo topográfico del edificio se deduce que la actuación constructiva afecta a varias parcelas ajenas a la parcela objeto de nuestro proyecto. Dichas parcelas pertenecen a (las personas que cita), quienes no permitirán actuación alguna en tanto no resuelvan la negociación que, al respecto, mantienen con el Ayuntamiento (...). Por nuestro solar (...) discurre la red general de agua potable que abastece al polígono 'El Reguerón'. Ello impide la excavación (...). Para ejecutar el muro cortina de pilotes secantes contemplados en proyecto es imprescindible realizar previamente obras complementarias que no figuran en el mismo ni en el contrato, pero que son necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba prevista en el proyecto. Ello impide la excavación./ Siendo que dicha actuación no se contempla en el proyecto, se solicita a la Dirección Facultativa la aportación de planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, así como estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración./ Por todo lo expuesto, rogamos dicte las órdenes oportunas conducentes a la suspensión temporal de las obras en tanto no queden resueltas estas obstrucciones".

**5.** Consta en el expediente un informe suscrito por el Arquitecto y la Arquitecta Técnica del ERA el día 26 de enero de 2011, en el que dan cuenta de las "incidencias" producidas en la ejecución de los trabajos. Relatan que el día 9 de octubre de 2010, como se recoge en el "acta de reunión nº 2", y "tras la reclamación planteada por propietarios colindantes, se solicita al Ayuntamiento plano de deslinde del solar a fin de definir la viabilidad de la implantación del edificio"; que el 26 de octubre de 2010, "en el acta de reunión nº 3 se indica que se ha detectado que la red municipal de suministro de agua, así como la red de evacuación discurre por dentro de la parcela y que se ha presentado un

escrito en el Ayuntamiento solicitando el desvío de dichas redes”, y que el día 8 de noviembre del mismo año se recibe en las oficinas del ERA un “fax procedente del Ayuntamiento (...) en el que se indica ‘que las parcelas anexas al terreno municipal en la zona de El Reguerón en el que se llevará a cabo el proyecto (...) han sido adquiridas (...), estando en fase de escritura de propiedad y registro ’”, y que “se ha dado orden a los servicios municipales de obras para que las canalizaciones de agua y saneamiento en esta zona sean reubicadas de forma inmediata”.

Refieren que la solicitud de suspensión de los trabajos se formula por parte de la empresa en varias ocasiones, mediante fax el día 12 de noviembre de 2010, por e-mail el día 24 de noviembre de 2010 y mediante fax los días 10 y 16 de diciembre de 2010. Según indican los autores del informe, en la solicitud de 10 de diciembre el representante de la contratista menciona que “el propietario de la parcela nº 2 ha manifestado su rotunda oposición al uso de sus terrenos, incluso temporalmente, anunciando acciones civiles y/o penales”, y en la de 16 de diciembre de 2010 señala que “la dilación en el tiempo de todo lo expuesto les conduce a una demora en la acción constructiva no imputable a este contratista, de forma que se vienen lesionando gravemente sus intereses económicos”, afirmando que “el acta de comprobación del replanteo debería haber sido no viable o negativa hasta tanto no se dispusiera libremente de los terrenos”, por lo que entiende que “puede ser nula de pleno derecho”.

Exponen que el día 20 de diciembre de 2010 “por parte de uno de los coordinadores se solicita a la Dirección Facultativa que informe respecto a dos puntos: si es necesaria la ocupación temporal de la parcela nº 2 para la ejecución de los trabajos y la repercusión de los trabajos del Ayuntamiento en el desarrollo de la obra”, y que el 22 del mismo mes “la Dirección Facultativa informa que sí es necesaria la ocupación temporal de esa parcela, dado que en el momento de cada hinca el cabezal de la máquina tiene que apoyar unos 50 cm en la parte exterior de la parcela”, si bien “el desvío de las instalaciones existentes no tiene por qué afectar a la ejecución de la obra, pues están

ubicadas en un lateral de la misma, siendo la obra lo suficientemente grande como para tener abiertos otros tajos”.

Concluyen que “se desconoce si las parcelas están ya en propiedad del Ayuntamiento, aunque sí existe una aparente voluntad por parte de los propietarios de las parcelas 3, 4, 5 y 6 manifestadas verbalmente a la empresa. Por otro lado, se desconoce si se ha realizado algún trámite respecto a la parcela nº 2, también afectada, aunque solo para una ocupación temporal”. En cuanto a los “trabajos complementarios”, se pone de manifiesto que “no existe entendimiento respecto a este punto y que la empresa no ha encontrado los medios técnicos para ejecutar (...) la cimentación según proyecto y que su estudio previo de la obra no tuvo en cuenta este apartado, siempre y cuando no se demuestre que existe un defecto técnico del proyecto”.

En resumen, señalan que “las instalaciones detectadas se encuentran situadas próximas a la acera de la calle (...), a una distancia de 1,50 metros, lo que significa que la mayor parte del solar se encuentra libre para la actuación. En la última visita realizada por los coordinadores de la oficina técnica del ERA la mayor parte de las conexiones ya estaban realizadas a falta de algún pozo, arqueta y tapado de la zanja./ La ‘disposición’ de las parcelas 3, 4, 5 y 6 permite cerrar la obra en su totalidad. La necesidad de acceder temporalmente a la parcela 2 solo se refiere a un momento puntual de la ejecución de los pilotes. En este punto, creo que se debería plantear a la Dirección Facultativa que informara respecto a la posibilidad de ejecutar la cimentación por fases, dado que (...) la problemática se centra en una esquina de la parcela”.

**6.** El día 1 de febrero de 2011, el Arquitecto a quien corresponde la Dirección Facultativa de la Obra informa que “el replanteo topográfico del proyecto es conforme con la parcela aportada por el Organismo Autónomo ERA”, si bien “existen errores en el replanteo de pilares realizado por la contrata, según ha comprobado la entidad de control, adjuntándose nota técnica solicitada por parte de esta (Dirección Facultativa) relativa a dichos replanteos”. Considera “oportuno aclarar que para desarrollar las obras no es necesaria la ocupación

de la parcela (del propietario que cita, identificada en otros documentos como parcela 2), como se expone entre otras, de una forma reiterada, por parte de la contrata”, y que “la superficie de actuación es lo suficientemente extensa como para que estas cuestiones no paralizen la ejecución de las obras”. Finalmente, manifiesta que no existen “causas técnicas conocidas que avalen” la suspensión de los trabajos solicitada por la contratista.

**7.** Con fecha 14 de febrero de 2011, el Director Gerente del organismo autónomo remite a la empresa contratista un escrito en el que extracta el contenido del anterior informe de la Dirección Facultativa. Asimismo, le indica que los “errores en el replanteo inicial de los pilares por parte de la empresa constructora” han producido “un desplazamiento de la edificación hacia el sur de 1,4 metros aproximadamente”, y le pone de manifiesto que “el Ayuntamiento de Cangas de Narcea celebró un contrato de compraventa el 14 de diciembre de 2010 con los propietarios para la adquisición de las parcelas anexas a la cedida para construcción del centro polivalente de recursos en Cangas del Narcea (...), elevado a escritura pública el 31 de enero de 2011”. Concluye que, por lo expuesto, “el organismo autónomo no estima procedente la paralización ni (la) suspensión de los trabajos”.

**8.** El Arquitecto que ejerce la Dirección Facultativa de la Obra informa, el día 4 de abril de 2011, que “desde el acta de inicio de obra el contratista ha estado buscando distintas justificaciones para no ejecutar la misma, no adscribiendo en ningún momento los medios personales o materiales suficientes para la ejecución del contrato./ Que durante gran parte del pasado mes de diciembre y sin autorización de esta (Dirección Facultativa) la obra ha estado cerrada. Que desde enero del presente en la obra únicamente se encuentra un encargado-vigilante de la misma, realizando visitas esporádicas el teórico Jefe de Obra, habiéndose advertido a este de la necesidad de su permanencia en obra diariamente en horas de trabajo y exigiéndosele reiteradamente que ejecutase obras y cumplierse con las órdenes dadas por esta (Dirección Facultativa). Lo

único que se hizo desde enero hasta la fecha son dos catas profundas para conocer la naturaleza del terreno en su rasante con el río próximo./ Que desde inicios del mes de marzo se está solicitando la certificación a valor cero correspondiente al mes de febrero, presentando por parte de la contrata distintas justificaciones no válidas para esta (Dirección Facultativa) para que dicha certificación no sea 'a cero', pues, según la misma, 'contractualmente le perjudicaría muchísimo' y 'al fin y al cabo son a cuenta'. Evidentemente la certificación correspondiente a marzo también debería ser 'a cero'./ Que el contratista incumple los plazos parciales por causas únicamente imputables al mismo. La demora en el cumplimiento de estos hace presumir más que razonablemente el incumplimiento del plazo total de obra señalado".

**9.** En escrito remitido por fax el día 3 de abril de 2011 al Director Gerente del Organismo Autónomo ERA, el representante de la empresa contratista manifiesta que "venimos manteniendo discrepancias con la (Dirección Facultativa) desde el comienzo de las obras, de forma que, al día de hoy, se niega a emitir certificaciones de obra realmente ejecutada. Ya la certificación nº 4 correspondiente al mes de enero la emitió caprichosamente sin valorar la totalidad de la obra ejecutada./ Al negarse a emitir la certificación nº 5 correspondiente al mes de febrero la emitimos nosotros, poniéndola a su disposición para su revisión y firma si procediese. Verbalmente, y no de otra manera, dicta instrucciones para que se sustituyan las unidades de excavación ejecutadas por las partidas 19.3.1 y 19.3.2 correspondientes a control de calidad ya certificadas y abonadas por ERA en la certificación nº 1, correspondiente al mes de octubre de 2010. De esta forma, la certificación actual ascendería exclusivamente al alquiler mensual de vallas y casetas (...). No podemos aceptar la pretensión de la (Dirección Facultativa) ya que:/ a) Se podría incurrir en falsedad documental./ b) Sería la segunda certificación sin obra ejecutada, lo que podría ser utilizado, sin duda, de mala fe, como si esta contrata hubiera paralizado las obras unilateralmente./ c) Quizás pretende con ello enmendar el error cometido al dictar ordenes de excavación en terrenos

que eran de propiedad privada, como ha quedado demostrado tras la compra de dichos terrenos en fecha 31 de enero de 2011”.

Seguidamente pone de manifiesto, en cuanto a los errores que se achacan al replanteo de los pilares realizado por su empresa, que esta “realizó el replanteo marcado en el terreno, requiriéndose al organismo de control para que comprobase el mismo. Existiendo diferencias entre ambos topógrafos con respecto a los planos de proyecto y disponibilidad de los terrenos, se ponen estos hechos en conocimiento de la (Dirección Facultativa)./ Entendemos que procedería (...) comprobar el replanteo o elaborar un acta en el que la (Dirección Facultativa) fije el punto de arranque de iniciación de obra, según lo marcado por el organismo de control, quien, sugerido por la (Dirección Facultativa) parece venir actuando como ‘consulting’ de la (Dirección Facultativa). En ningún momento se ha aportado informe del organismo de control a este contratista que defina los puntos anteriormente descritos. En tanto no se defina la validez del replanteo no se podrá definir si se invade o no también la parcela (número 2) y se nos deberá dar orden escrita al respecto, puesto que, en cualquier caso, no se cumple la separación entre linderos que marcan las Normas Urbanísticas que se contemplan en el proyecto./ Documentalmente demostrada la fecha de compra de los terrenos privados que impedían nuestra acción constructiva, y desestimada la paralización temporal de las obras, nos veremos obligados a denunciar el acta de replanteo por no haberse suscrito de buena fe por el organismo contratante, y desde luego por la (Dirección Facultativa) por cuanto los documentos no reflejan la realidad, lo que podría llevarnos a la nulidad de la propia licitación (...), habida cuenta de los graves perjuicios sufridos”.

Solicita que se informe a la Dirección Facultativa de su “compromiso contractual en relación a la adscripción (a) la obra de medios personales perfectamente regulado en la cláusula 15.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares” y, “al no aceptar la (Dirección Facultativa) alternativa alguna al muro pantalla de pilotes, les manifestamos que este contratista no creará plataforma alguna de trabajo que no venga soportada por

datos precisos y concretos de la (Dirección Facultativa) una vez concertado su precio mediante el correspondiente modificado en su caso, y ello para salvaguardar la necesaria determinación y seguridad de la ejecución que puede resultar comprometida por estudios que obran en nuestro poder”.

**10.** El día 12 de abril de 2011, el Arquitecto a quien corresponde la Dirección Facultativa de la Obra informa que “en correo electrónico de fecha 28 de marzo de 2011 se solicita por parte de esta Dirección Facultativa la presencia del Jefe de Obra ‘desde hace tres semanas’ para resolver temas de la certificación nº 5 correspondiente a febrero de 2011, sin hasta la fecha hacer acto de presencia. Mientras no esté resuelta la certificación nº 5 de febrero de 2011 difícilmente puede resolverse la certificación nº 6 de marzo de 2011 (...). Que la adjudicataria no ha adscrito en ningún momento los medios personales o materiales suficientes para la ejecución del contrato./ Que durante gran parte del pasado mes de diciembre y sin autorización de esta (Dirección Facultativa) la obra ha estado cerrada. Que desde enero del presente en la obra únicamente se encuentra un encargado-vigilante de la misma, realizando visitas esporádicas el teórico Jefe de Obra./ Que los informes de los distintos meses del Coordinador de Seguridad y Salud al respecto son contundentes, informando entre otras que ‘no se advierten trabajos de ejecución en la parcela’./ Que el contratista incumple los plazos parciales, haciendo presumir más que razonablemente el incumplimiento del plazo total de obra señalado”.

**11.** Con fecha 19 de mayo de 2011, el representante de la contratista remite un fax al Arquitecto Director Facultativo de las Obras en el que se queja de “su ausencia en obra desde tres meses atrás (...), desde que dio Vd. orden de ejecutar la excavación hasta un nivel determinado llegado el cual decidiría si era suficiente u ordenaría un mayor rebaje para una posible ulterior mejora del terreno”. Le reprocha, asimismo, que, “ejecutada la ordenada excavación (...), contenida en las certificaciones nº 5 y 6 correspondientes a febrero y marzo de 2011”, no “hayan sido suscritas por esa Dirección Facultativa”. Entiende que

“no confecciona las certificaciones porque las ilegalidades se han convertido en instrumento de enfrentamiento permanente entre la Dirección Facultativa y esta contratista, siendo que la propiedad no puede tramitar certificación alguna./ Tampoco esa Dirección Facultativa dicta instrucciones que clarifiquen la discrepancia entre nuestros topógrafos y los de su consulting (...) que determinen el punto de arranque de la obra./ Tampoco esa Dirección Facultativa dicta instrucciones para la ejecución de la exigida plataforma de trabajo para la buena ejecución del muro pantalla de pilotes./ Entendemos por su parte un incomprensible abandono de las obras que impiden rotundamente la buena marcha del contrato”. Finalmente, afirma que “su incomprensible actitud y la grave irregularidad documental (no disponibilidad de los terrenos) cometida en el acta de replanteo de las obras (que puede acarrear la nulidad de la contratación), unido a los graves perjuicios que se vienen ocasionando a esta contratista por sus impedimentos para la buena marcha del contrato, creando grandes retrasos en la ejecución y una absoluta descompensación en nuestra tesorería, nos conducen a tomar tantas acciones legales como sean oportunas en defensa de nuestros intereses que en derecho nos corresponden (...). En ningún caso la mala marcha del contrato será imputable a esta contratista”.

**12.** El día 26 de mayo de 2011, el Arquitecto y la Arquitecta Técnica del organismo autónomo suscriben un informe en el que ponen de manifiesto que “el día 24 de mayo de 2011 se realiza visita de obra y se constata” que esta “sigue en las mismas condiciones que en las visitas anteriores, es decir, los accesos a la obra permanecen cerrados, la obra está desierta, no hay personal ni maquinaria y no existe algún indicio de actividad en la obra o que se haya ejecutado trabajo alguno en los últimos 4 meses./ Asimismo, en estos 4 meses no se ha recibido comunicación alguna de las cuestiones sobre las que la empresa ha solicitado a la Dirección Facultativa aclaración o detalles para la ejecución de la obra, salvo la ejecución de la pantalla de pilotes, no habiendo ninguna razón aparente que impida la ejecución, al menos, del resto de la

obra./ Asimismo, en los informes de la Coordinación de Seguridad y Salud también se reitera esta situación de inactividad en los últimos meses”.

**13.** Mediante Resolución de 6 de junio de 2011, el Director Gerente del organismo autónomo dispone incoar el procedimiento de resolución contractual “por incumplimiento de las obligaciones contractuales” imputable al adjudicatario y “conceder un plazo de diez días naturales para realizar alegaciones frente a los hechos expuestos, así como presentar o proponer la práctica de cuantas pruebas estime necesarias para la determinación de los hechos y posibles responsabilidades”. Consta su notificación por correo a la empresa adjudicataria el día 22 de julio de 2011.

**14.** El día 20 de junio de 2011 el representante de la adjudicataria presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que afirma que, por causas ajenas a la voluntad de la empresa, relacionadas con la falta de disponibilidad de los terrenos y la necesidad de desviar la red general de abastecimiento de agua potable al municipio, “no ha podido ejecutarse ninguna unidad de obra, sino simples actuaciones previas, cerramiento de parcela, instalación de casetas y demás medios y costes por control de calidad, seguridad y salud. En definitiva, las obras están suspendidas, de hecho, desde la firma del acta de replanteo”.

Entiende que, “de conformidad con lo establecido en los art. 31 y siguientes de la LCSP, nos encontramos ante un supuesto de invalidez del contrato administrativo suscrito entre ambas partes que afecta a la previa adjudicación, e incluso a la convocatoria del concurso, por infracción de lo dispuesto en el citado art. 110 de la LCSP, que considera como requisito indispensable para la adjudicación de cualquier procedimiento la plena disponibilidad de los terrenos./ Pero es que, además, el ERA, al tiempo de convocar el concurso y posterior adjudicación, no disponía de la preceptiva licencia urbanística, lo cual sustenta aún más la invalidez./ Por todo ello no solo el contrato y la previa adjudicación son nulos de pleno derecho, sino que

sustentan la imposibilidad de ejecutar las obras en un terreno cuya titularidad no constaba en poder o posesión de la Administración contratante”.

Considera que “se ha de declarar la nulidad del contrato cuyo efecto inmediato es, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35 de la LCSP, la indemnización a mi representada de los daños y perjuicios ocasionados, cuya descripción e importe se recoge en el documento anexo nº 20”, y que no obra entre la documentación remitida a este Consejo. Señala que “en el muy improbable caso de no declararse la invalidez del contrato por culpa absolutamente ajena a mi representada, y en virtud de lo establecido en el art. 221.2 de la LCSP, al haber transcurrido más de 6 meses desde el acta de replanteo e inicio de las obras, con estas suspendidas de facto, procede la resolución del mismo con una indemnización del 3% del precio de adjudicación (art. 222.3 de la LCSP), o bien, si se consideraran iniciadas, procedería igualmente la resolución del contrato por suspensión, de facto, de las mismas durante más de 8 meses y el abono a mi representada del 6% del importe de las obras dejadas de realizar”. Solicita, “subsidiariamente”, que se “resuelva el contrato de mutuo acuerdo (...), con las indemnizaciones a favor de (la empresa contratista) que se acuerden”, y que “se devuelva la (...) garantía prestada por mi representada, en cualquier caso”.

**15.** El Arquitecto Director Facultativo de las Obras emite un informe el 21 de junio de 2011 en el que pone de manifiesto que “a fecha 21 de junio de 2011 no ha habido novedad alguna en relación a lo informado con fecha 12 de abril de 2011. Los representantes de la contrata no han hecho acto de presencia para dar cumplimiento al trámite de audiencia del contratista como se venía haciendo en certificaciones anteriores. Dado el incumplimiento de los plazos parciales que se han puesto en conocimiento reiterado del promotor, nos encontramos a instancia de que el órgano de contratación y los responsables del contrato efectúen las indicaciones oportunas a esta (Dirección Facultativa) entendiéndose que no da lugar a la emisión de certificaciones de obra ante un incumplimiento contractual por parte de la adjudicataria”.

Señala, “con referencia al acta de comprobación del replanteo”, que “en la misma no consta que el contratista haya formulado reservas sobre la viabilidad del proyecto o que haya hecho otras observaciones que puedan afectar a la ejecución del contrato”.

Refiere que “nuestra labor como Dirección Facultativa se limita, a los efectos del replanteo, a su comprobación y verificación, para lo que se ha solicitado en este caso informe puntual del organismo de control, resultando ser inválido el replanteo efectuado por la constructora”, y afirma “que se dieron, en su momento, instrucciones para la corrección del replanteo efectuado”.

Manifiesta que “resulta increíble, grave y aventurada la afirmación sobre el incumplimiento urbanístico de la separación de linderos” realizada por el representante de la contratista y reitera que “la adjudicataria no ha adscrito en ningún momento los medios personales o materiales suficientes para la ejecución del contrato”, precisando que “conviene aclarar la diferencia entre la exigencia en una licitación de una carta de compromiso de adscripción de medios y la responsabilidad que el constructor asume, contractualmente ante el promotor, del compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato. Además, debe designar al jefe de obra que asumirá la representación técnica del constructor en la obra y que por su titulación o experiencia deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características y la complejidad de la obra, así como asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera”.

Por otra parte, subraya, en relación con las obras complementarias, que “la contrata pretende alejarse del vínculo contractual existente (proyecto) proponiendo alternativas a su desarrollo con el objetivo de lograr modificados del mismo en la búsqueda de un beneficio empresarial implícito”.

Indica que “hace falta destacar, por último, los intentos de cesión de la obra a un tercero que ha tratado de llevar a cabo la adjudicataria” de los que esta Dirección Facultativa “ha tenido conocimiento desde el mes de diciembre de 2010”.

**16.** El día 12 de septiembre de 2011, en respuesta a la solicitud de informe sobre la “valoración técnica del perjuicio económico que supone la no realización de las (obras), en particular el incremento del precio que las (...) pendientes de ejecución han podido experimentar en el momento presente con respecto a los recogidos en el proyecto” formulada por el Director Gerente del organismo autónomo, la Dirección Facultativa señala “que los precios recogidos en el proyecto se basan en los emitidos por la FECEA en su base de precios del año 2009, conocida como ASTUR2009./ Que la base de precios vigente a la fecha es la conocida como ASTUR1112, emitida por la misma entidad hace escasas fechas./ Que revisados los precios, y en particular los correspondientes a la mano de obra, se ha comprobado un incremento del presupuesto de ejecución material (PEM) de 111.326,23 €, lo que representa un incremento del presupuesto de contratación de ciento treinta y dos (mil) cuatrocientos setenta y ocho euros con veintidós céntimos (132.478,22 €), impuestos no incluidos./ Se adjunta presupuesto actualizado en formato digital”.

**17.** Mediante Resolución del Director Gerente del organismo autónomo de 29 de septiembre de 2011, se declara la caducidad del procedimiento de resolución contractual iniciado de oficio por Resolución de 6 de junio de 2011, al haber transcurrido el plazo de tres meses sin haberse dictado y notificado la resolución expresa.

**18.** El día 10 de octubre de 2011, el Director Económico-Administrativo del organismo autónomo y la Instructora del procedimiento de resolución contractual suscriben un informe en el que dan respuesta a las alegaciones formuladas por el contratista en el escrito presentado el día 20 de junio de 2011. Respecto a la falta de disponibilidad de los terrenos, señalan que “existe un contrato privado de compraventa entre el Ayuntamiento y los propietarios de estas fincas desde el 14 de diciembre de 2010, que con posterioridad es elevado a escritura pública el 31 de enero de 2011, a partir del cual ya no

existe oposición a la entrada y, sin embargo, no se han visto avances en la obra desde esta fecha hasta el día de hoy". Añaden que, "tal como precisan los Coordinadores de la obra en el informe fechado el 21 de julio de 2011, aproximadamente, dado que no se dispone de plano topográfico exacto de todos los elementos, la superficie de las parcelas 3, 4, 5 y 6 afectadas por las obras es del 12,46% del total de la superficie de la parcela destinada a la construcción de la residencia, ubicándose en el extremo sur de la parcela, pudiendo dilucidar al respecto que, si bien no se hubieran podido comenzar las actuaciones en esas fincas, sí se hubiera podido realizar una más que considerable parte de la obra", pues "la superficie de la parcela y el edificio por su geometría en planta en forma de 'z', así como su disposición dentro de la parcela, permite que los distintos capítulos de obra se vayan desarrollando, si es necesario, en varias fases, avanzando así en la construcción del edificio".

Refieren que "las obras se han iniciado, así consta en las certificaciones emitidas, las cuales han sido pagadas a la empresa adjudicataria, y desde luego si no se han realizado más actuaciones en la misma no se debe a causas imputables a la Administración". Puntualizan que "la única obra realmente ejecutada son las excavaciones, en las cuales la empresa adjudicataria subcontrata" a otra empresa que "remite escrito al organismo poniendo en nuestro conocimiento el 8 de abril de 2011 el impago de las actuaciones realizadas, pese a sus reiterados requerimientos".

Manifiestan que se da en este supuesto la causa de resolución contractual consistente en la "suspensión de la obra durante 6 meses sin autorización de la Administración", y que "la inactividad por parte de la empresa adjudicataria produce un perjuicio para la Administración susceptible de indemnización por daños y perjuicios", por lo que procede "llevar a cabo una valoración económica de los perjuicios causados" que "se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía". En cuanto a la identificación de tales daños, se indica que "el retraso en la ejecución de las obras conllevaría paralelamente un retraso en las listas de espera para la ocupación de 115 plazas de residencia

y 30 plazas de centro de día, si bien en este momento no pueden computarse los daños reales”.

**19.** Con fecha 17 de noviembre de 2011, el Director Gerente del organismo autónomo dicta Resolución por la que se dispone “el inicio de expediente de extinción de contrato administrativo consistente en la construcción del centro polivalente de recursos para personas mayores dependientes del Reguerón-Cangas del Narcea” por causa de incumplimiento del plazo de ejecución contractual, según se deduce de los fundamentos de derecho contenidos en la resolución citada, así como “la acumulación de los expedientes referentes a la extinción del contrato administrativo consistente en la construcción del centro polivalente de recursos para personas dependientes en El Reguerón-Cangas del Narcea, a efectos de tramitación bajo un único procedimiento”. Consta en los antecedentes de hecho de la resolución mencionada que “el 20 de junio de 2011 la empresa (...), con carácter previo a la recepción de la notificación de la resolución de inicio de la extinción del contrato administrativo, remite escrito solicitando (la) resolución del contrato por causas imputables a la Administración (...). Dado que la situación no ha variado en el momento presente, se procede a iniciar el procedimiento de extinción de contrato administrativo”.

**20.** Con esa misma fecha se comunica a la empresa contratista y a la aseguradora la apertura del trámite de audiencia por un plazo de diez días naturales, con ofrecimiento de vista del expediente.

**21.** En fecha que no consta, por resultar ilegible la del sello, el representante de la interesada presenta en una oficina de correos un escrito en el que da “por íntegramente reproducido” el presentado anteriormente. Insiste en que “la no disponibilidad de los terrenos por parte del ERA con anterioridad a la adjudicación e inicio de las obras (...) conlleva la nulidad radical de la citada adjudicación por incumplimiento exclusivamente imputable al ERA, así como el

derecho de mi representada a ser indemnizada por los daños y perjuicios que se le han ocasionado". Considera que la ejecución de los trabajos resulta "imposible, tanto por la no disponibilidad de los terrenos como por los necesarios retranqueos y la existencia de las redes de agua y saneamiento en los solares", y señala que, "si bien las obras no han sido suspendidas formalmente por el ERA, a petición reiterada de mi mandante, sí lo están de facto, dado lo irrealizable del proyecto por los motivos indicados y por otros de aspecto técnico no resueltos por la Dirección Facultativa que afectan a la cimentación, lo que igualmente da derecho a mi representada a la percepción de los daños y perjuicios ocasionados por la suspensión".

**22.** El día 21 de diciembre de 2011, la Instructora del procedimiento, con el visto bueno del Director Económico-Administrativo del organismo autónomo, formula propuesta de resolución en el sentido de "acordar la extinción" del contrato por causa de "incumplimiento contractual de la empresa adjudicataria (...), con pérdida parcial de la garantía definitiva constituida por una cuantía de 174.378,51 euros". En la citada propuesta razona que "al paralizar la obra sin la autorización de la Administración resulta inviable la imposición de penalidades sobre las certificaciones y, dada la fecha en la que nos encontramos, resulta manifiesta la imposibilidad de finalizar en tiempo la ejecución del contrato prevista para el mes de abril de 2011, sin duda tal incumplimiento es esencial y relevante (...). Tanto (la) jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Consejo de Estado vienen señalando que las discrepancias surgidas durante la ejecución del contrato no justifican que el contratista paralice o abandone la ejecución del contrato".

En cuanto a los daños, señala que "el retraso en la ejecución de las obras conllevaría paralelamente un retraso en las listas de espera para la ocupación de 115 plazas de residencia y 30 plazas de centro de día, si bien en este momento no pueden computarse los daños reales y efectivos, si en un futuro puede efectuarse una determinación cierta de los mismos, en pieza separada podrá solicitarse a la empresa contratista la correspondiente

indemnización". Además de los anteriores se refieren otros daños, como "los gastos de gestión que a esta Administración le ha supuesto, y le va a suponer, la tramitación administrativa derivada de la resolución contractual y de la necesidad de atender a una nueva contratación de las obras en legal forma. Siendo necesario contratar la Coordinación de Seguridad y Salud para la ejecución de la obra, se ha llevado a cabo un contrato que supone unos gastos mensuales que ascienden a un importe de 650 euros, IVA excluido", durante "el periodo comprendido entre febrero hasta el mes actual, diciembre (...), y unos gastos de publicación del anuncio de licitación en el Boletín Oficial del Estado que ascendieron a un importe de 615,25 euros./ El incremento de los precios para la realización de la obra, el informe técnico elaborado sobre el coste que supondría la realización de la obra dejada de realizar pone de manifiesto que los precios del proyecto de esta obra se basan en los emitidos por la FECEA en su base de precios del año 2009, conocida como ASTUR2009, que la base de precios vigente es la conocida como ASTUR1112, emitida por la misma entidad hace escasas fechas, y que revisados los precios, y en particular los correspondientes a la mano de obra, se ha comprobado un incremento del presupuesto de ejecución material (...) de 111.326,23 euros, lo que representa un incremento del presupuesto de contratación de ciento treinta y dos (mil) cuatrocientos setenta y ocho euros (con) veintidós céntimos (132.478,22 euros), impuestos no incluidos./ La pérdida de las ventajas económicas para la Administración de la oferta realizada por el adjudicatario (el importe de la licitación es 9.752.868,72 euros y el importe de la adjudicación es 6.047.948,95 euros, IVA incluido) si bien, teniendo en cuenta las bajas experimentadas por las empresas, se compara con la segunda mejor oferta (5.634.087,77 - 5.599.952,73 = 34.135,04 euros)./ (TOTAL = 7.150 + 615,25 + 132.478,22 + 34.135,04 = 174.378,51 euros)".

**23.** Con fecha 10 de febrero de 2012, el Director Gerente del organismo autónomo dicta Resolución por la que se suspende el procedimiento de resolución contractual "por el tiempo que medie entre la petición y la recepción

del informe al Consejo Consultivo del Principado de Asturias”, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.5, letra c), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En el mismo acto se dispone “dar traslado de la presente resolución a la interesada”.

**24.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de marzo de 2012, registrado de entrada el día 16 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 para la construcción del centro polivalente de recursos para personas mayores en El Reguerón, Cangas del Narcea, 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.-** 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 agosto 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, lo que sucede en este caso. También es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el asunto examinado, se formula oposición por parte del contratista. Finalmente, y puesto que la propuesta que examinamos guarda silencio sobre la competencia para acordar la resolución del contrato, hemos de poner de manifiesto que corresponde al órgano de contratación, a tenor de lo señalado en el artículo 194 de la LCSP, que, como hemos indicado, es el Director Gerente del ERA. No obstante, la resolución contractual no podrá declararse sin recabar antes la autorización del Consejo de Administración del organismo autónomo, atendida la cuantía del contrato y de conformidad con lo establecido 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".

El expediente sometido a nuestra consulta da cuenta, al menos formalmente, del cumplimiento de los actos de instrucción señalados. No obstante, advertimos de una tramitación irregular, motivada por el hecho de que con posterioridad a la celebración del trámite de audiencia se han identificado nuevos perjuicios para ser liquidados con cargo a la garantía definitiva. Tales daños, que se identifican en la propuesta de resolución,

corresponden a los costes de tramitación tanto del procedimiento de resolución contractual como del que será necesario abordar con motivo de la nueva licitación de las obras, los gastos de publicidad, el coste del contrato de coordinación de seguridad y salud y la “pérdida de las ventajas económicas para la Administración de la oferta realizada por el adjudicatario”, resultando que el nuevo cálculo incrementa el saldo del que debe responder la garantía definitiva en 41.900,29 euros. Con tal forma de proceder se ha privado a los interesados -contratista y avalista- de la posibilidad de conocer la determinación de estos daños y de formular al respecto las alegaciones que estimasen oportunas, en definitiva, de conocer los efectos de la resolución contractual en toda su extensión.

La introducción en la propuesta de resolución de estos nuevos elementos de juicio, no considerados por la Administración con anterioridad a la celebración del trámite de audiencia, contraría la esencia misma de dicho trámite, que, como ha señalado este Consejo en anteriores dictámenes, radica en posibilitar a los interesados la eficaz defensa de sus derechos e intereses mediante la puesta a su disposición de los elementos de hecho y de derecho manejados durante la instrucción.

Cuando así se procede se corre el riesgo de ocasionar una indefensión al interesado susceptible de dar lugar a la anulación de todo lo actuado en el procedimiento. Para conjurar este riesgo la Administración no debe pronunciarse sobre la resolución contractual y sus efectos sin antes subsanar la irregularidad señalada.

Igualmente, hemos de destacar que no todos los daños y perjuicios identificados se han evaluado y cuantificado, como resulta preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208 de la LCSP. La Administración actuante ha renunciado a cuantificar los perjuicios ocasionados por el retraso en las listas de espera para la ocupación de las plazas residenciales y de centro de día, limitándose a diferirla a “un futuro” y condicionándola a que pueda efectuarse una “determinación cierta de los mismos”, pese a que la demora es fácilmente cuantificable y los daños pueden ser determinados utilizando como

referencia, entre otros posibles elementos de juicio, los costes del concierto de plazas en centros de titularidad privada, en su caso. Aunque se incluyen en el monto de los perjuicios resarcibles, tampoco se especifica el importe de los ocasionados con motivo de la tramitación administrativa derivada de la resolución contractual y de la que resulte de atender a una nueva contratación de las obras. Como ha puesto de manifiesto este Consejo en ocasiones anteriores, el régimen legal resultante del artículo 208 de la LCSP, antes citado, impide la incautación de la garantía definitiva en ausencia de cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados e imposibilita demorar a un momento posterior al acto de resolución contractual la liquidación de aquellos, de modo que para incautar la garantía es indispensable identificar y cuantificar de forma previa 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.

Por otro lado, respecto al daño dimanante de los gastos de publicidad de la licitación, hemos de señalar que aquel no puede considerarse, en puridad, un perjuicio procedente de la resolución contractual, pues constituye, de conformidad con lo señalado en la cláusula octava del pliego tipo de cláusulas administrativas particulares, una obligación impuesta al adjudicatario, no vinculada al incumplimiento contractual.

Finalmente, la instrucción aduce que la resolución contractual ocasiona un daño por "la pérdida de las ventajas económicas para la Administración de la oferta realizada por el adjudicatario" que resulta de comparar la realizada por este "con la segunda mejor oferta". Como ya ha señalado este Consejo, los perjuicios ocasionados por la necesidad de proceder a una nueva licitación de las obras una vez extinguido el contrato cuya resolución se pretende no pueden consistir, en ningún caso, en la diferencia entre el precio de adjudicación del contrato de cuya resolución se trata, que por no haberse ejecutado las obras no se va a abonar, y el que correspondería pagar al adjudicatario nuevamente elegido. Tampoco es posible calcular aquella indemnización atendiendo al importe de la "segunda mejor oferta", pues en el régimen legal aplicable no

resulta posible adjudicar subsidiariamente el contrato al licitador que en su día hubiese presentado la siguiente oferta más ventajosa respecto de la del contratista inicial. El mayor gasto a estos efectos vendrá determinado por el incremento de los costes de ejecución del precio de licitación, los cuales han sido cuantificados por el Director Facultativo de las Obras en su informe de 12 de septiembre de 2011.

Los defectos que hemos indicado impedirían que pudiera dictarse en este momento una resolución que ponga fin al procedimiento, lo que obligaría a la Administración consultante a retrotraer el mismo al momento procesal oportuno al objeto de cuantificar los daños y perjuicios que la resolución contractual le irroga, para dar seguidamente audiencia al contratista y al avalista y, finalmente, redactar una nueva propuesta de resolución, solicitando a continuación de este Consejo el preceptivo dictamen de formularse oposición por parte del contratista.

No obstante, sin perjuicio de lo anterior, hemos de poner de manifiesto que, iniciado el procedimiento mediante Resolución del Director Gerente del organismo autónomo de 17 de noviembre de 2011, su caducidad se ha producido antes de empezar a operar la suspensión acordada mediante Resolución del mismo órgano de 10 de febrero de 2012. En efecto, la causa invocada en aquella Resolución, reflejada en el artículo 42.5, letra c), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), acota el plazo de suspensión al intervalo existente entre el momento de "la petición" del informe y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, asumiendo esta la obligación de comunicar a los interesados ambos hitos temporales. En el caso que analizamos, la petición de dictamen a este órgano consultivo, formulada con fecha 13 de marzo de 2012, se recibió en nuestro registro de entrada el día 16 del mismo mes y, en cualquiera de estas dos fechas, había transcurrido ya ampliamente el plazo máximo de tres meses para resolver y notificar la resolución en esta clase de procedimientos. De lo anterior resulta que el procedimiento sobre el que se nos consulta ha terminado

por caducidad el día 17 febrero de 2012, de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), reflejada, entre otras, en las Sentencias de 13 de marzo de 2008, 9 de septiembre de 2009 -dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina- y 8 de septiembre de 2010. En este estado de cosas, la resolución de la Administración consultante debe reducirse a citar la concurrencia de dicha causa de terminación, en los términos señalados en el artículo 42.1 de la LRJPAC, sin perjuicio de la facultad de incoar, en su caso, un nuevo procedimiento para resolver el contrato de referencia, en el que debería valorar las consideraciones anteriormente realizadas a propósito de la instrucción del procedimiento.

En mérito a lo expuesto, este Consejo entiende que no cabe en el estado actual de tramitación un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada y que debe procederse como queda razonado 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.