

Expediente Núm. 40/2014  
Dictamen Núm. 43/2014

**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 13 de marzo 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 13 de febrero de 2014 -registrada de entrada el día 21 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de redacción del proyecto y ejecución de obras de reforma y ampliación del Centro Polivalente de Recursos “Arriondas”, 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 27 de noviembre de 2006, se adjudica el contrato de redacción del proyecto y ejecución de obras de reforma y ampliación del Centro Polivalente de Recursos “Arriondas”, por un precio de 2.715.753,02 euros -IVA incluido-, de los cuales 164.700 corresponden a los honorarios por redacción del proyecto. El plazo de

ejecución del contrato es de dos meses para la elaboración del proyecto y de quince meses para la realización de la obra.

El día 20 de enero de 2007 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 108.630,12 euros, el proyecto básico y de ejecución fechado en "diciembre de 2007", y los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas por los que se rige la contratación. La cláusula 11 del pliego de las administrativas particulares establece, en su apartado 3, que "el órgano de contratación exigirá la subsanación por el contratista de los defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios que le sean imputables, otorgándole al efecto el correspondiente plazo que no podrá exceder de 15 días y sin que hasta tanto y una vez se proceda a nueva supervisión, aprobación y replanteo del proyecto pueda iniciarse la ejecución de obra./ Si transcurrido este plazo las deficiencias no hubiesen sido corregidas la Administración podrá, atendiendo a las circunstancias concurrentes, optar por la resolución del contrato o por conceder un nuevo plazo al contratista./ En el primer caso procederá la incautación de la garantía y el contratista incurrirá en la obligación de abonar a la Administración una indemnización equivalente al 25 por 100 del precio del contrato./ En el segundo caso el nuevo plazo concedido para subsanar las deficiencias no corregidas será de un mes improrrogable, incurriendo el contratista en una penalidad equivalente al 25 por 100 del precio del contrato". En el apartado 4 se añade que "de producirse un nuevo incumplimiento procederá la resolución del contrato con obligación por parte del contratista de abonar a la Administración una indemnización igual al precio pactado con pérdida de la garantía". La cláusula 24 del mismo pliego determina, a propósito de las "causas de resolución del contrato", que "la resolución del contrato por las causas señaladas en los artículos 111 y 149 del TRLCAP tendrá lugar conforme al

procedimiento regulado en el artículo 109 del RGLCAP (...). El contratista queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución del contrato y de los plazos parciales fijados por la Administración. Si el contratista, por causas imputables al mismo, hubiera incurrido en demora de los plazos parciales de manera que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final o este hubiera quedado incumplido, la Administración contratante podrá optar indistintamente por la resolución del contrato con pérdida de fianza o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,12 por cada 601,01 euros del precio del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 95 del TRLCAP. El importe de las penalidades y su pago no excluye la indemnización de los daños y perjuicios que puedan ser exigibles al contratista. En todo caso, la constitución en mora no requerirá intimación previa por parte del organismo autónomo ERA”.

**3.** Mediante oficio de 12 de febrero de 2007, el Alcalde del Ayuntamiento de Parres traslada al Viceconsejero de Bienestar Social del Principado de Asturias el Acuerdo adoptado por el Pleno el día 8 del mismo mes, relativo a la aprobación inicial de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de planeamiento del suelo urbano, “con la finalidad de permitir el desarrollo de los terrenos incluidos en la misma y posibilitar la gestión y adecuación inmediata para la ampliación prevista en el equipamiento actual (Centro Polivalente de Recursos para personas mayores, CPR) y para reordenar el resto de la unidad UA-4”. El acuerdo comprende la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación de terrenos, edificación y demolición hasta la aprobación definitiva de la modificación puntual.

**4.** Con fecha 18 de mayo de 2007, la empresa adjudicataria presenta en el registro del organismo autónomo ERA el proyecto básico y de ejecución.

**5.** El día 30 de mayo de 2007, el Jefe del Servicio de Ingeniería Fluvial de la Confederación Hidrográfica del Norte dirige al organismo autónomo contratante

una comunicación en la que le advierte que la parcela en la que se proyecta construir el centro polivalente de recursos “tiene la consideración de zona de inundación frecuente”, por lo que, “para llevar a cabo la tramitación de la autorización que, en su caso, pudiera otorgarse”, deberá aportar “un plan de encauzamiento del tramo de río correspondiente a la zona en que se proyectan las obras, aprobado por el Ayuntamiento, que se someterá a la autorización de este Organismo de cuenca”. En consecuencia, le indica que no deberá iniciar las obras hasta obtener la preceptiva autorización de la Confederación Hidrográfica.

**6.** Con fecha 22 de junio de 2007, la adjudicataria presenta en el registro del organismo autónomo ERA un escrito en el que responde a otro del Director Gerente que no figura incorporado al expediente. En aquel se señala que “el proyecto presentado está de acuerdo a las necesidades funcionales que pedía el pliego de condiciones técnicas”, y que “el aumento de presupuesto, 303.141,12 € (...), viene determinado por el cambio de cimentación prevista en nuestra oferta. Este cambio de cimentación superficial (zapatas aisladas) a cimentación profunda (micropilotes) la marca el estudio geotécnico del terreno que nos fue entregado por el ERA durante la fase de redacción del proyecto de ejecución, posteriormente a la adjudicación de la obra”. Afirma que “al ser obligada la cimentación mediante micropilotaje se hace imposible mantener la oferta económica objeto de adjudicación”.

**7.** El día 1 de septiembre de 2008, el Jefe del Servicio de Supervisión e Inspección de la Consejería de Infraestructuras, Política Territorial y Vivienda emite un informe sobre la existencia de diversos defectos en el proyecto que deben ser subsanados, lo que se comunica a la empresa adjudicataria mediante fax de fecha 4 del mismo mes, y el 29 de septiembre de 2008 el mismo Servicio emite informe favorable de supervisión del proyecto.

**8.** Mediante Resolución de 2 de diciembre de 2008, el Comisario de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Cantábrico autoriza la realización de las obras de

reforma y ampliación del centro polivalente de recursos, una vez aprobado por el Ayuntamiento de Parres y el Organismo de cuenca el correspondiente plan de encauzamiento, y establece un plazo de dieciocho meses para la finalización de los trabajos.

**9.** El día 31 de mayo de 2010, el Director Gerente del organismo autónomo ERA dirige un escrito a la Confederación Hidrográfica del Cantábrico en el que solicita la suspensión de “la efectividad de la autorización” y del “plazo para (la) finalización de los trabajos”. La petición se justifica en que, “debido a problemas con la modificación de las Normas Subsidiarias de planeamiento que posibilita (*sic*) la realización de la ampliación de la residencia, la licencia urbanística no ha sido concedida aún por parte del Ayuntamiento”.

**10.** Mediante Resolución del Consejero de Economía y Hacienda de 30 de mayo de 2011, se adscribe al organismo autónomo ERA una finca con destino a la ampliación del Centro Polivalente de Recursos para personas mayores de Arriondas.

**11.** En sesión celebrada el 24 de octubre de 2011, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parres acuerda conceder la licencia para la realización de los trabajos, efectuándose por parte del Ayuntamiento la liquidación de los tributos correspondientes.

**12.** Con fecha 20 de enero de 2012, el Director Gerente del organismo autónomo ERA remite al Alcalde del Ayuntamiento de Parres un escrito en el que refiere que, “habiendo recibido (...) este organismo sendos requerimientos en relación al abono en concepto de tasa por otorgamiento de licencia urbanística (...) en relación a la obra de reforma y ampliación del Centro Polivalente de Recursos para personas mayores sito en (...) Arriondas (...), tengo a bien poner en su conocimiento que a la fecha las obras de referencia no se van a iniciar./ Debe tenerse en cuenta que es una actuación planificada en el año 2006, es

decir, hace más de cinco años, en un contexto en el que los recursos asistenciales de este organismo eran mucho menores. Actualmente la red del ERA cuenta ya con un considerable aumento de estos recursos, prácticamente duplicando el número de plazas existentes en aquel momento./ A mayor abundamiento, y con motivo de la actual situación económica, esta actuación no ha podido ser incluida en el proyecto de presupuestos generales para este ejercicio". Por ello, solicita "la suspensión de los requerimientos de pago interesados".

**13.** El día 6 de febrero de 2013, un Letrado del organismo autónomo ERA suscribe un informe-propuesta para la resolución del contrato por causa de desistimiento de la Administración. En él señala que el desistimiento "viene motivado y justificado, en primer lugar, por el hecho indudable del dilatado periodo existente entre la adjudicación y firma del contrato y la actualidad: más de seis años". Refiere que "el último proyecto básico y de ejecución presentado por la empresa data de septiembre de 2008, que fue el que recibió, tras varias subsanaciones, el informe favorable del Servicio de Supervisión e Inspección de la Dirección General de Vivienda", y que "en este largo periodo temporal se han producido notables modificaciones normativas de carácter técnico (...) que inciden de forma notoria y significativa en el contrato (...). Así, ha de considerarse la publicación del documento DB-HR de protección contra el ruido - con una notable incidencia en el proyecto en sus apartados de tabiquería, aislantes y fachada-; el documento DB-HS-3 Calidad del aire interior, que exige la aplicación del nuevo Reglamento de Instalaciones Térmicas de los Edificios (RITE); entre otros, de desarrollo del Código Técnico de Edificación y que deberán ser objeto de mayor precisión por la Oficina Técnica del ERA./ Se trata, todas ellas, de normas que fueron entrando en vigor en todo este periodo de tiempo y que afectan sustancialmente al proyecto elaborado y a la propia esencia del contrato, alterando gravemente la realidad del proyecto y los elementos básicos del mismo, y consecuentemente su presupuesto". Añade que "hay que considerar también el impacto que en la concepción, la organización y

la regulación de los dispositivos de alojamiento residencial ha provocado la entrada en vigor (...) de normativa específica en la materia (...). Se introducen así modificaciones en la propia concepción de los centros de atención, que deben atender nuevas necesidades, con mayores exigencias de calidad, de intimidad y de respeto a la dignidad de los usuarios, mayores requerimientos técnicos en cuanto a espacios y distribución del medio físico, principalmente”.

Por otra parte, señala que “el interés público exige asimismo que la Administración no desconozca la realidad de la actual coyuntura socioeconómica”, lo que “obliga a plantear escenarios rigurosos de control del gasto público y de optimización de todos los recursos” y a considerar las “importantes disminuciones en los diferentes procesos constructivos, en materiales y en mano de obra en el momento actual, a diferencia de los existentes cuando se adjudicó el contrato hace más de seis años”, concluyendo que “continuar la obra con el actual contrato y el actual proyecto” supondría un “coste adicional”.

Analiza los “efectos económicos” del “desistimiento”, precisando que, dado que la resolución del contrato “no deriva del incumplimiento del contratista de sus obligaciones, procedería la devolución de la garantía”, y afirma que “existe además otro motivo que puede fundamentar objetivamente que el contrato se encuentra incurso en posible causa de resolución, conforme al contenido del artículo 149 (del) TRLCAP, como es el señalado en el apartado e)”, pues “el informe emitido por la Oficina Técnica del organismo en fecha 05-12-12 sobre la repercusión en el presupuesto del contrato adjudicado de su adaptación a la nueva realidad revela que podría producirse un aumento superior al 20 por 100 del precio primitivo”. Por ello, concluye que “cabría (...) utilizar adicionalmente este motivo como apoyo” a la resolución del contrato por desistimiento de la Administración.

**14.** Con fecha 18 de marzo de 2013, el Director Gerente del organismo autónomo ERA dicta resolución por la que se inicia el procedimiento para la resolución del contrato por desistimiento de la Administración. En ella se asumen

las justificaciones contenidas en el informe-propuesta del Letrado del ERA y se precisa, en cuanto a los efectos resolutorios, que aquella supondrá el abono al contratista del 6% del precio de las obras dejadas de realizar y la devolución de la garantía definitiva. Dicha resolución se notifica a la adjudicataria, a la que se da audiencia por un plazo de diez días.

**15.** El día 11 de abril de 2013, la adjudicataria presenta en el registro del organismo autónomo un escrito de alegaciones en el que solicita que se le abonen, además del 6% legal en concepto de lucro cesante, 37.455,21 € por los daños derivados de la resolución del contrato y 134.168,68 € en concepto de "coste del proyecto modificado que se realizó en marzo de 2008 a requerimiento del ERA (...), basado en nuevos requisitos funcionales y un aumento de superficie de un 15,92%". Señala, respecto del modificado, que "el requerimiento para que se elaborara tuvo lugar durante una reunión" en la que estaban presentes el Gerente del organismo autónomo, la Arquitecta del ERA y el Arquitecto autor del proyecto inicial y posteriormente del modificado, y en prueba de tales hechos interesa la práctica de testifical a la Arquitecta del ERA y al Arquitecto proyectista para que declaren si el citado organismo "solicitó a (la adjudicataria) la elaboración del proyecto modificado" y si "este proyecto fue elaborado y entregado".

**16.** Al expediente se incorpora un informe de 31 de julio de 2013, sin rúbrica, aunque con la antefirma de una Técnica Superior del organismo autónomo, en el que se analiza el escrito de alegaciones de la adjudicataria.

Respecto a la pretensión de abono de los trabajos de redacción del proyecto modificado, afirma que se considera "procedente su estimación". Asimismo propone "la inadmisión de la práctica de la prueba interesada", por "no ser punto controvertido" la realidad de los hechos en los que se sustenta la petición de la adjudicataria.



**17.** Con fecha 10 de septiembre de 2013, la Instructora del procedimiento de resolución contractual -que coincide con aquella cuya antefirma figura en el informe de 31 de julio de 2013- suscribe un informe en el que señala que no procede atender a la reclamación de la mayor parte de los importes reclamados en concepto de daños por trabajos realizados. Precisa, respecto al coste del proyecto modificado que “el abono de las cantidades solicitadas no son incardinables en el artículo 215 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por no tratarse de trabajos incluidos en el contrato de cuya ejecución desiste esta Administración, sino (...) de trabajos extracontractuales que, en su caso, deberán abonarse con fundamento en el principio de enriquecimiento sin causa, y cuya tramitación habrá de realizarse en otro procedimiento”.

Finalmente, eleva “propuesta de acuerdo” para la resolución del contrato por causa de desistimiento de la Administración, “reconociendo el derecho de la adjudicataria a percibir 112.249,43 euros en concepto de indemnización, cantidad que comprende el importe de los gastos por avales (1.366,25 €) y el 6% (de) lucro cesante (...), 110.883,18 €, así como la devolución de la garantía definitiva”. Asimismo, eleva “propuesta de incoación de expediente de reclamación de cantidad por importe de 131.668,97 euros en concepto de redacción de proyecto técnico de carácter extracontractual”. En los antecedentes del citado informe-propuesta se consigna que “con fecha 18-05-07 la empresa (...) presenta ‘proyecto básico y de ejecución de reforma y ampliación de edificio en la Residencia de Ancianos de Arriondas’. Con fecha 12-06-07 se le remite escrito a la empresa (...) donde se le insta a que subsane el error que presenta el presupuesto del proyecto presentado, pues la cuantía es superior a la adjudicada. Con fecha 22-06-07 la empresa presenta escrito justificando un aumento de presupuesto (...) determinado por el cambio de cimentación conforme al estudio geotécnico realizado. Dicho aumento no es aceptado por el ERA por las razones que constan en el informe técnico al efecto. Con fecha 13-08-08 la empresa entrega proyecto básico y de ejecución, después de haberse solicitado a la misma la subsanación de errores. Con fecha 18-08-08 se envía el proyecto al Servicio de Supervisión e Inspección de la Dirección General de

Vivienda del Principado de Asturias. Con fecha 04-09-08 se recibe el informe del citado Servicio, con deficiencias que han de ser subsanadas. Con fecha 25-09-08 se remite documentación al citado Servicio con la subsanación de los defectos detectados, recibándose informe favorable del mismo con fecha 08-10-08. Con fecha de expedición 19-02-09 la empresa adjudicataria presenta factura por importe de 164.700,00 euros (IVA incluido), correspondiente a la redacción del proyecto de ejecución de la obra. Dicha factura fue abonada a la empresa”.

La propuesta se notifica a la adjudicataria el día 13 del mismo mes, concediéndole un plazo de diez días para la formulación de alegaciones.

**18.** Con fecha 20 de septiembre de 2013, la representante de la contratista presenta en el registro del organismo autónomo un escrito en el que muestra su conformidad con el abono a la empresa del importe de los gastos por avales, el 6% del precio del contrato en concepto de lucro cesante, la devolución de la garantía definitiva y el abono del proyecto modificado, manifestándose también conforme “en cuanto al resto de las partidas que se consideran no indemnizables (...), salvo en lo que se refiere al coste de mano de obra” correspondiente a la contratación de un ingeniero por importe de 24.916,07 €, cuyo abono solicita.

**19.** Remitido el expediente al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, el día 14 de octubre de 2013 un Letrado informa que en “los antecedentes del informe-propuesta se hace mención a que entre la fecha de la firma del contrato administrativo y la presentación inicial del proyecto por parte de la empresa transcurrieron casi cuatro meses (del 20 de enero al 18 de mayo), con el agravante de que el proyecto no fue aceptado en primera instancia por el ERA, que le efectuó un primer requerimiento el 12 de junio. Tras una presentación de subsanación de defectos realizada el 22 de junio, que tampoco fue aceptada, se produjo una nueva entrega del proyecto (13 de agosto), con la consecuencia de que el Servicio de Supervisión e Inspección de la Dirección General de Vivienda del Principado de Asturias detectó un conjunto de deficiencias que la empresa no subsanaría finalmente hasta el 25 de septiembre (fecha de entrega que parece

haber tenido carácter definitivo)./ Atendiendo al relato de hechos facilitado por el órgano proponente, entendemos que concurría causa de resolución del contrato por (...) incumplimiento culpable del contratista en la entrega del proyecto (tarda casi cuatro meses, cuando el plazo otorgado era de dos, debiendo entrar en acción la cláusula 24 del pliego). Por si esto no fuera suficiente, ateniéndonos a la lectura de la cláusula 11.<sup>a</sup> del pliego y del relato fáctico, el 12 de junio se le hace un primer requerimiento cuya no subsanación en quince días podría haber motivado la resolución del contrato. El 22 de junio no se le acepta la subsanación y hasta el 25 de septiembre no se da por válida la entrega definitiva del proyecto, transcurriendo un intervalo de tiempo superior al mes, lo que implicaría la resolución del contrato con obligación del contratista de abonar a la Administración una indemnización igual al precio pactado con pérdida de garantía./ En consecuencia, atendiendo a la entidad de los incumplimientos previos del contratista, no debemos pronunciarnos sobre la causa de resolución posterior relativa al desistimiento de la Administración en la realización del contrato de obra cuando lo cierto es que una actuación rigurosa por los gestores en la fase de proyecto debería haber finalizado con la resolución del contrato por incumplimiento del contratista (conforme a lo recogido en la cláusula 11.4 del pliego)".

**20.** Mediante Resolución del Director Gerente del organismo autónomo de 27 de noviembre de 2013, se declara la caducidad del procedimiento de resolución contractual por desistimiento de la Administración, que se funda, según se expresa, en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, teniendo en cuenta que "el plazo máximo de tres meses para su resolución concluyó el 18-06-13".

**21.** El día 13 de diciembre de 2013, el Director Gerente del ERA dicta resolución de incoación del procedimiento de resolución contractual "por culpa del contratista por incumplimiento del plazo de entrega del proyecto", teniendo en

cuenta que el retraso de la adjudicataria “precede en el tiempo al (...) desistimiento del contrato por esta Administración”. En sus fundamentos de derecho se invocan la letra h) del artículo 111 del TRLCAP, a cuyo tenor constituyen causas de resolución “aquellas que se establezcan expresamente en el contrato”, y la cláusula 11 del pliego de las administrativas particulares.

En cuanto a los efectos resolutorios, se precisa que para “determinar las consecuencias del incumplimiento, conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rige en materia de contratación -1.258 CC- y teniendo en cuenta que nos encontramos ante un contrato mixto, sería del todo prudente, aplicarle los efectos de la resolución del contrato a la parte del contrato incumplido”. De acuerdo con lo anterior, se establece que los efectos económicos “ascenderían a la cuantía de 42.083,64 euros, sumatorio de la incautación de la garantía por importe de 4% del importe de adjudicación del proyecto (...) y de la indemnización del 25% del presupuesto del proyecto (...) sin IVA”.

La resolución se notifica al contratista y al avalista el día 18 del mismo mes, concediéndoles un plazo de diez días naturales para alegaciones.

**22.** Con fecha 20 de diciembre de 2013, la representante de la empresa contratista presenta en el registro del organismo autónomo un escrito de alegaciones que inicia poniendo de manifiesto la “mala fe” con que, a su juicio, actúa la Administración. Indica que el contrato, “que se formalizó el 20 de enero de 2007, nunca se ha podido ejecutar por causas imputables a la Administración”.

Significa que “el Tribunal Supremo viene reiterando que la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de buena fe constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento honrado y justo”, y que, “tanto la doctrina científica como la jurisprudencia vienen reputando sin vacilación alguna desleal, y por ende contrario a la buena fe, el ejercicio de un derecho en contradicción con su anterior conducta -actuación contra los propios actos- o tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba

a actuarlo -retraso desleal-, sorprendiendo de esta forma la confianza que en ella despertó”.

Afirma, respecto al incumplimiento que se le imputa, que “si el proyecto no se entregó en 2 meses fue debido a causa imputable a la Administración”, pues, “de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas del concurso, el proyecto debía elaborarse de acuerdo con las bases técnicas de elaboración del proyecto y obra de las que formaba parte el estudio geotécnico que el ERA debía elaborar antes de la formalización del contrato./ Por otra parte, en el pliego del concurso se describían unos condicionantes geotécnicos y se daba una información geotécnica preliminar, y se decía `este es un informe geotécnico preliminar, de carácter no vinculante, previo a la realización del estudio geotécnico (...)’. El ERA (...) entregó a esta parte el estudio geotécnico con posterioridad a la adjudicación y a la formalización del contrato, cuando ya había comenzado la fase de redacción del proyecto. Esto motivó (...) que tuviera que cambiarse la cimentación prevista en la oferta de acuerdo con la información geotécnica del pliego, que era la única de la que se disponía, y en consecuencia que tuviera que cambiarse el proyecto que ya se había empezado a elaborar. Esta fue la causa, imputable a la Administración, de que en la elaboración del proyecto se tardara más de dos meses./ Este proyecto fue supervisado y aprobado por el ERA el 29 de septiembre de 2008 y el ERA lo entregó al Ayuntamiento de Parres para la concesión de la licencia de obras el 21 de abril de 2009 (...). En la resolución, alegando el art. 217 del TRLCAP, se dice que la Administración puede optar; de apreciarse deficiencias en el proyecto (...) requerirá su subsanación, y, posteriormente, de no subsanarse, puede optar por conceder un nuevo plazo de subsanación o proceder a la resolución./ Evidentemente este art. es inaplicable. La Administración no puede optar por la resolución del contrato estando ya aprobado el proyecto./ Y, ya por último, para que sea procedente resolver el contrato por incumplimiento del contratista es necesario:/ Que se haya producido un incumplimiento culpable./ Que exista voluntad de incumplir./ Que no se haya producido a su vez, incumplimiento de la otra parte”.

A lo anterior añade que, “una vez presentado y aprobado este proyecto, cambia la Dirección del ERA y entonces se nos dice que se haga un segundo proyecto que modifique el anterior para adaptarse a los gustos de la nueva dirección (...). Se hace este segundo proyecto que, además, nunca se ha abonado y se entrega (...). En el transcurso de todo este tiempo, como se puso de manifiesto en las resoluciones dictadas por el ERA, cuando su voluntad era desistir del contrato ha cambiado además la normativa y al ERA ya parece que no le interesa su continuación. Así se lo comunicó al contratista en las citadas resoluciones y este contratista no se opuso. Pero ahora parece que lo que le interesa es culpabilizar a esta parte e incluso que (...) abone una indemnización por este motivo”.

Finalmente, solicita que se acuerde “el archivo de este expediente y continuar la tramitación del expediente de resolución del contrato por desistimiento del ERA” y pide que se practique interrogatorio al entonces Director Gerente del organismo autónomo, a la Arquitecta del ERA y al Arquitecto proyectista sobre “los hechos relatados”.

**23.** Ese mismo día, la representante de la contratista presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias mediante el cual interpone recurso de alzada frente a la Resolución del Director Gerente del organismo autónomo de 26 de noviembre de 2013, por la que se declara la caducidad del expediente iniciado para el desistimiento del contrato, fundado en la inaplicabilidad del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al caso de que se trata, pues en aquel procedimiento “los efectos que se derivan son el reconocimiento de derechos” y, “en consecuencia, el efecto de la falta de resolución en plazo no es la caducidad”.

**24.** Mediante Resolución del Director Gerente del organismo autónomo de 15 de enero de 2014, se rechaza la práctica de la prueba testifical solicitada por la representante de la adjudicataria “en orden a acreditar la solicitud de la tramitación de un proyecto modificado por parte del ERA”, al considerarla

improcedente, "puesto que la causa que fundamenta la resolución del contrato que es objeto del presente expediente es el incumplimiento del plazo establecido para la presentación del proyecto originario, no de ningún modificado posterior", e innecesaria, "dado que queda acreditado el plazo incumplido de manera fehaciente". En la misma resolución se señala, respecto al reproche del contratista relativo a la tardanza del organismo autónomo en poner a su disposición el estudio geotécnico, que "la formalización del contrato administrativo tiene lugar el 20 de enero de 2007, y el estudio geotécnico (...) viene fechado el 5 de diciembre de 2006, fecha previa a la formalización del contrato, sin que por parte de la empresa aporte prueba alguna de los hechos alegados".

La citada resolución se notifica a la contratista y al avalista el día 21 del mismo mes.

**25.** Con fecha 16 de enero de 2014, la Instructora del procedimiento suscribe propuesta de resolución favorable a la resolución del contrato por la causa y con los efectos señalados en la resolución de inicio. Se indica en ella, en cuanto al "incumplimiento del plazo de entrega debido a causas imputables a la Administración", que la empresa no aporta "ninguna prueba sobre la entrega tardía (del estudio geotécnico) a la que se refiere", y que "habla reiteradamente de la aprobación del proyecto cuando dicho proyecto sí fue objeto de informe por parte del Servicio de Supervisión pero no fue aprobado por el órgano de contratación".

Sobre la "solicitud de un proyecto modificado", afirma que "no existe constancia documental ni de la solicitud, ni de la tramitación de la modificación, ni de la recepción de dicho modificado, ni de la documentación relativa al mismo".

**26.** Mediante Resolución del Director Gerente del organismo autónomo de 16 de enero de 2014, 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 notifica a los interesados.

**27.** El día 21 de enero de 2014, la representante de la adjudicataria presenta un escrito en el registro del organismo autónomo en el que afirma que el ERA le entregó el estudio geotécnico “con posterioridad a la adjudicación y a la formalización del contrato (una cosa es la fecha del estudio y otra cuando fue entregado), cuando ya había comenzado la fase de redacción del proyecto”, y que “para acreditar este extremo, entre otros, se solicitó la prueba testifical correspondiente que acreditara que el estudio geotécnico se entregó al contratista con posterioridad a la formalización del contrato. Y esto se deniega. Suponemos, en consecuencia, que (...) cuentan con la acreditación documental de la fecha en que le fue entregado este estudio al contratista, porque no se puede establecer por su parte la presunción de que el estudio fue entregado en la fecha de su elaboración mientras que a esta parte se le ha denegado la posibilidad de acreditar la fecha de entrega”.

**28.** Un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa, el día 30 de enero de 2014, que “concorre la causa de resolución del contrato a la que se refiere la propuesta de resolución”.

**29.** Mediante Resolución del Director Gerente del organismo autónomo de 6 de febrero 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”, acordando su traslado a los interesados.

**30.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de febrero 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 redacción del proyecto y ejecución de obras de reforma y ampliación del Centro



Polivalente de Recursos "Arriondas", 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 naturaleza jurídica del contrato que analizamos es la propia de un contrato administrativo mixto de elaboración de proyecto y ejecución de obras en el que la prestación de mayor importancia económica, y que, por tanto, califica el contrato, es la propia del contrato de obras.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -27 de noviembre de 2006-, 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 registrarán, 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 el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP), 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 7 del TRLCAP, 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.

Ahora bien, al objeto de determinar la ley aplicable al procedimiento de resolución contractual y a la competencia del órgano que debe acordarla hemos de remitirnos al momento de incoación del procedimiento resolutorio, que en este caso ha tenido lugar mediante Resolución del Director Gerente del ERA de 13 de diciembre de 2013, lo que implica la aplicabilidad del TRLCSP.

El artículo 59.1 del TRLCAP, equivalente al 210 del TRLCSP actualmente en vigor, atribuye al órgano de contratación, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos legalmente establecidos, la prerrogativa de "acordar su resolución y determinar los efectos de esta".

El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que el contratista tiene 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.

En este sentido, debemos señalar que, 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"-, ha sido instruido con arreglo a lo dispuesto en el artículo 224 del TRLCSP, que remite a sus normas de desarrollo, y en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma

sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio; b) audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador, si se propone la incautación de la garantía; c) informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 del TRLCAP, y d) dictamen del Consejo Consultivo cuando, como sucede en este caso, se formula oposición por parte del contratista.

En definitiva, el expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites reglamentariamente establecidos.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución del contrato, corresponde al órgano de contratación, conforme a lo señalado en el artículo 224.1 del TRLCSP, que es -como ya hemos señalado- 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, este órgano ha autorizado su celebración.

Por otro lado, incoado de oficio el procedimiento de resolución contractual por causa de incumplimiento culpable del contratista, mediante Resolución de 13 de diciembre 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, según dispone 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 media 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 asunto 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.

**TERCERA.-** En relación con el fondo del asunto, hemos de indicar que, en caso de concurrir causa resolutoria, es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien, para ello, se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en el mismo.

Con arreglo al marco normativo anteriormente señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCAP. Teniendo presente la naturaleza jurídica mixta a la que antes nos

hemos referido, debemos considerar como causas de resolución las recogidas en los artículos 111 y 149 de esta Ley, el último de los citados relativo al contrato de obras y con el que se corresponde la prestación más importante desde el punto de vista económico, lo que determina, según el artículo 6 de la misma disposición, la aplicabilidad de las normas por las que se rige esta modalidad contractual.

La propuesta que se somete a nuestra consideración fundamenta la resolución contractual que se pretende en el incumplimiento culpable por la contratista del “plazo de entrega del proyecto”.

Sobre esta cuestión, hemos de señalar que es cierto que la entrega inicial del proyecto se produce de forma tardía, al menos objetivamente, pues, formalizado el contrato con fecha 20 de enero de 2007, y establecido en él un plazo de entrega de dos meses, el trabajo no se presenta hasta el 18 de mayo del mismo año. Ahora bien, no podemos valorar si aquella demora inicial en la entrega del proyecto es imputable al contratista, como sostiene la Administración, o al propio organismo autónomo contratante, como afirma la adjudicataria, toda vez que no consta en el expediente en qué fecha se entrega a la contratista el estudio geotécnico que el ERA había encargado a otra empresa; extremo esencial que la Administración ha renunciado a constatar mediante la denegación de la prueba propuesta a tal efecto.

Por otra parte, tampoco resultan de la documentación remitida las vicisitudes de la tramitación del proyecto desde su primera presentación el 18 de mayo de 2007 hasta que es objeto de supervisión favorable por parte de la Consejería de Infraestructuras, Política Territorial y Vivienda el 29 de septiembre de 2008, ni los pormenores del encargo a la adjudicataria de la elaboración de un proyecto modificado en marzo de 2008, que la propia instrucción del procedimiento admite durante la tramitación del procedimiento resolutorio antecedente por causa de desistimiento de la Administración; circunstancias todas ellas que deberían valorarse para determinar si la demora que se reprocha a la contratista puede imputársele a título de culpa.

También se invoca en la propuesta que analizamos, a modo de causa especial de resolución, la cláusula 11 del pliego de las administrativas particulares, en la que se reproduce el contenido del artículo 217 del TRLCAP. Este precepto, relativo a la subsanación de errores y corrección de deficiencias tanto en el contrato de elaboración de proyectos como en los mixtos de elaboración de proyectos y ejecución de obras por expresa remisión del artículo 125.3 del TRLCAP, confiere a la Administración la potestad de resolver el contrato en aquellos casos en que el proyecto presente defectos, insuficiencias, errores, omisiones o infracciones y estos no hayan sido subsanados por parte del contratista dentro de los plazos concedidos al efecto. Los presupuestos de la resolución del contrato fundada en esta causa son dos: que el proyecto resulte defectuoso, y que no se hayan subsanado en plazo las insuficiencias, errores, omisiones o infracciones advertidas por la Administración.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa la Administración pretende hacer efectiva la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de entrega del proyecto cuando han transcurrido casi cinco años desde que lo recibió y procedió al abono del precio estipulado por su elaboración, debiendo destacarse, además, que no se reprocha al proyecto deficiencia alguna en la actualidad.

Ha de tenerse presente que la Ley faculta a la Administración para ejercitar una serie de prerrogativas de carácter exorbitante ante la falta de ejecución en plazo de las prestaciones comprometidas, pero aquel ejercicio no puede producirse de manera meramente automática, esto es, sin tener en cuenta las circunstancias concurrentes, o de forma arbitraria, desproporcionada o contraria al principio de buena fe, pues ha de fundamentarse en el servicio objetivo al interés general que la actuación administrativa representa y ha de tutelar siempre por mandato constitucional. Por esta razón, y teniendo en cuenta que la resolución del contrato es la medida límite o último recurso a emplear, habida cuenta que, como ha señalado en ocasiones el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 14 de diciembre de 2001 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª-), "lo peor para todos es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista", no resulta

insólito que la Administración llegue a tolerar, porque parezca en principio más beneficioso para la consecución de aquel interés, que el contrato siga ejecutándose fuera del plazo convenido, por más que esta tolerancia no enerve el incumplimiento, como ya hemos advertido en nuestro Dictamen Núm. 279/2013 y viene señalando reiteradamente el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 289/2013).

Ahora bien, es criterio doctrinal y jurisprudencial consolidado, al que nos hemos referido en nuestro Dictamen Núm. 308/2011, que concluso el contrato, lo que se produce cuando es recibido de conformidad, aquel ya no puede resolverse por incumplimiento del contratista, y esto es precisamente lo que sucede en el caso que a nuestra consideración se somete. En efecto, siendo las prestaciones del contrato mixto de elaboración de proyecto y ejecución de obras de realización sucesiva y parcialmente independientes a tenor de lo establecido en el último inciso del artículo 125.3 del TRLCAP, la consumación de la tarea de elaboración del proyecto -evidenciada en el abono al contratista de la totalidad del precio convenido, al margen de que el proyecto no haya sido formalmente aprobado- determina que el contrato no pueda resolverse en lo que a aquella prestación se refiere.

Por otra parte, ha de ponerse de relieve que la realización completa del objeto del contrato, incluyendo la ejecución de la obra, no se frustra en este caso por el retraso de la adjudicataria en la presentación del proyecto o en la subsanación de sus defectos, pues, aun cuando aquella hubiese ejecutado dentro de plazo la primera de las prestaciones comprometidas, la ejecución de los trabajos no podría haberse iniciado, por causa imputable a la Administración, antes del 24 de octubre de 2011, fecha en que la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parres concede la licencia de obras. Y resulta que cuando eso sucede, según informa el Director Gerente del ERA en el escrito que remite al Alcalde del Ayuntamiento de Parres el día 20 de enero de 2012, la construcción del centro ya no resulta necesaria atendido el incremento de recursos asistenciales del organismo autónomo, por lo que la Administración ha decidido



ya entonces, como se refleja en el citado informe, que las obras “no se van a iniciar”.

En definitiva, recibido el proyecto por parte de la Administración, y teniendo en cuenta que, como evidencian distintos informes obrantes en el expediente, la justificación material del ejercicio de la potestad resolutoria que el interés general demanda se sustenta en presupuestos que nada tienen que ver con el retraso en la entrega del proyecto, la resolución del contrato no puede fundamentarse en causa de incumplimiento culpable por parte del contratista.

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, no procede la resolución del contrato de redacción del proyecto y ejecución de obras de reforma y ampliación del Centro Polivalente de Recursos “Arriondas”, por causa de incumplimiento culpable del contratista, sometido a nuestra consulta.”

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.