

Expediente Núm. 288/2016
Dictamen Núm. 297/2016

V O C A L E S :

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de diciembre de 2016, 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 17 de noviembre de 2016 -registrada de entrada el día 22 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras contempladas en el proyecto actualizado 2013, acondicionamiento general de la carretera AS-22, tramo Samagán-Lagar.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de 17 de julio de 2015, se adjudica a el contrato de las obras contempladas en el proyecto actualizado 2013, del acondicionamiento general de la carretera AS-22, tramo Samagán-Lagar, por un precio de cuatro millones seiscientos ochenta y tres mil cuatrocientos noventa y seis euros con cincuenta y cinco céntimos (4.683.496,55 €), IVA excluido, y un plazo de

ejecución de treinta meses, debiendo ajustarse su ejecución al pliego de cláusulas y a la oferta presentada. El contrato se formaliza en documento administrativo suscrito por las partes el día 21 del mismo mes.

2. El día 21 de agosto de 2015, ambas partes suscriben el acta de comprobación del replanteo en la que se refleja que, “de conformidad con las disposiciones en vigor, se procedió (...) a la comprobación del replanteo con arreglo al proyecto aprobado, observándose por ambos la viabilidad de este, no disponiéndose de los terrenos necesarios para la realización de las obras y no estando aprobado el Plan de seguridad y salud, se suspende el inicio de las obras hasta la resolución de los problemas indicados”.

3. Con fecha 30 de octubre de 2015, el Jefe del Servicio de Construcción de Carreteras, con el visto bueno del Director General de Infraestructuras y Transportes, suscribe una propuesta de reajuste de anualidades del contrato de referencia, teniendo en cuenta que “al día de la fecha no se dispone de los terrenos necesarios para la ejecución de los trabajos; situación que se mantendrá durante el presente ejercicio presupuestario”. La modificación propuesta supone trasladar la parte de gasto contemplada para 2015 (por importe de 83.473,58 €) al ejercicio 2018, en que se prevé finalizar la ejecución del contrato, manteniéndose invariables el resto de las anualidades.

4. El día 30 de octubre de 2015, el representante de la adjudicataria suscribe un documento en el que manifiesta “su conformidad a la modificación de anualidades presentada por la Administración contratante”, precisando seguidamente que “dicha conformidad se otorga sin renuncia a los derechos que (...) le correspondan de acuerdo con la ley aplicable”. Al escrito se adjunta un programa de trabajos, firmado en idéntica fecha por el representante de la empresa, del que resulta el compromiso de iniciar las obras en enero de 2016.

5. Mediante Resolución de la titular de la Consejería actuante de 17 de noviembre de 2015 se autoriza el reajuste de las anualidades del contrato.

6. Con fecha 4 de mayo de 2016, la Consejera de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente resuelve autorizar el levantamiento de la suspensión temporal del contrato, habida cuenta de que ya se dispone de las fincas "que componen los terrenos necesarios para la realización de las obras", y ordena el levantamiento de un acta de reanudación de los trabajos. La citada resolución se comunica al contratista, mediante fax, el día 5 del mismo mes.

7. El día 13 de mayo de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante de la contratista solicita "la resolución del contrato (...), con base en la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por causas imputables a la Administración, y el pago de la indemnización correspondiente a la resolución establecida en el 3% del precio de adjudicación del contrato, o, en su defecto (...), la resolución por mutuo acuerdo con el abono de los costes incurridos durante el citado periodo, sin contar la estructura de empresa, cuyo cálculo se adjunta y (...) asciende a noventa y un mil quinientos cincuenta y tres euros (91.553,00 €), así como a la devolución en todo caso del aval establecido como fianza definitiva". A este escrito adjunta un cálculo de costes por importe total de 91.553,00 €, en el que incluyen los del personal adscrito a la obra y "restos de gastos de estructura" durante 8 meses, los gastos de "trabajos (de) topografía" solicitados por la Dirección de Obra según desglose adjunto y una serie de gastos de "inicio de obra" entre los que se encuentran los "costes de estudio de licitación (...), colocación cartelería obra (...), publicaciones" y costes financieros de seguros y avales.

8. Mediante escrito registrado de entrada en la Administración del Principado de Asturias el 20 de mayo de 2016, el representante de la contratista expone

que el día 18 del mismo mes han recibido una “carta certificada con acuse de recibo” en la que se nos da traslado de una “comunicación en la que se nos requiere comparecer en fecha 18 de mayo de 2016 para suscribir el acta de levantamiento de la suspensión total temporal que se acordó el pasado 21 de agosto de 2015” y de “la resolución por la que, a petición de la Dirección de Obra, se acuerda la aprobación del levantamiento de la suspensión temporal total del contrato de obras (...). Asimismo, se informa que con fecha 5 de mayo de 2016 ha sido notificada por fax la resolución”.

Manifiesta que “evidentemente es imposible que (la contratista) pueda enviar los datos del representante cualificado de la empresa con anterioridad al 18 de mayo de 2016 para asistir a una hipotética firma del acta de reanudación de los trabajos cuando recibe la comunicación ese mismo día, y que por lo tanto es imposible realizar la firma del acta de levantamiento de la suspensión”. Tras indicar que “con fecha 22 de noviembre de 2013” la empresa ya había notificado a la Administración sus datos, “indicando en dicha comunicación tanto la dirección física como los números de teléfono y de fax a disposición de la misma para cualquier notificación, y en los cuales no se ha recibido ningún fax el día 5 de mayo de 2016”, señala que aquella “presentó con anterioridad a la convocatoria recibida escrito de fecha 13 de mayo de 2016 solicitando la resolución del contrato en base al artículo 237.b) del TRLCSP, por lo que no procede la reanudación de los trabajos, y en consecuencia la firma del acta de reanudación de los trabajos, al eliminarse la motivación que lo genera. Al contrario, lo que procede es que la Administración resuelva oportunamente la mencionada solicitud de resolución del contrato”.

9. El día 25 de mayo de 2016 se extiende el acta de levantamiento de la suspensión de la obra, una vez “comprobado que están resueltos favorablemente los impedimentos que obligaron a la suspensión de inicio de las obras y que por el órgano de contratación se ha resuelto, en fecha 5 de mayo de 2016, el levantamiento de la citada suspensión”. El contratista suscribe el

acta "en disconformidad, dado que presentó escrito en fecha 13 de mayo de 2016 (...) solicitando la resolución del contrato en base al art. 237.b) del TRLCSP y sobre el cual la Administración debe resolver. En consecuencia (...), los trabajos no pueden ser reanudados en tanto no se resuelva la anterior solicitud de resolución contractual".

10. Atendiendo a la solicitud cursada por el Jefe del Servicio de Contratación, el 7 de junio de 2016 el Ingeniero Director de las Obras informa sobre el cálculo de costes presentado por la empresa adjudicataria, concluyendo que "los gastos citados no suponen la existencia de obras ejecutadas de ningún tipo y solamente responden de actividades previas a las obras, como son las propias del replanteo".

11. Con fecha 13 de junio de 2016, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora propone la desestimación de las "solicitudes de resolución del contrato" y que se ordene a la empresa que "proceda (a) la inmediata ejecución" de los trabajos, "al haberse producido el levantamiento de la suspensión del contrato de referencia". Se razona en la propuesta que "el plazo de inicio de las obras ha variado (...) como consecuencia del reajuste de anualidades aprobado en fecha 17 de noviembre de 2015, en virtud del propio programa de trabajos que presenta el contratista, que fija la fecha de inicio de las obras en enero de 2016". Significa a continuación que "dicho programa de trabajos es suscrito por el propio contratista, el cual asimismo muestra su conformidad con el reajuste presupuestario. No se puede obviar, en orden a examinar las consecuencias jurídicas de dicha situación, el artículo 96.3 del RGLCAP, que exige la revisión del programa de trabajos en un reajuste de anualidades, y la cláusula 15.4 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato de obra de referencia, la cual establece que aprobado el programa de trabajo, con las modificaciones que en su caso correspondan, se entenderá parte integrante del contrato a efectos de su

exigibilidad. El programa de trabajos presentado por el contratista (...), incorporado a la propuesta de reajuste de anualidades, y que consta en el expediente de contratación, forma a la luz de dichos fundamentos jurídicos parte del contrato administrativo de obra que nos ocupa, es exigible y modifica de forma indubitada la fecha de inicio de las obras, por lo que en la fecha en que se dicta la Resolución de levantamiento de la suspensión, 4 de mayo de 2016, en la fecha 13 de mayo de 2016 en (la) que se presenta por el contratista el primer escrito de resolución del contrato de obras por suspensión del inicio de las obras, así como en la fecha de 25 de mayo de 2016 de levantamiento del acta de suspensión temporal total que se firma de disconformidad por parte del contratista, no ha transcurrido el plazo de seis meses de suspensión de inicio de las obras, de conformidad con el programa de trabajos mencionado”.

Expresa, por otro lado, que “es preciso tener en consideración una serie de cuestiones e indicios que ponen de manifiesto una transgresión de la buena fe contractual por parte del contratista, generando una duda razonable sobre las intenciones de dicho contratista en la necesaria ejecución de la obra. En este sentido, debemos tener en cuenta lo siguiente:/ Que el contratista podría haber pedido, a la luz de la interpretación que de la situación jurídica del contrato de obra se deduce que realiza en sus escritos, la resolución del contrato por la causa del 237.b) del TRLCSP el 21 de febrero de 2016, ya que el acta fallida de comprobación del replanteo se levanta el 21 de agosto de 2015, sin que conste la presentación de escrito alguno, ni en esa fecha ni en los meses posteriores./ Que curiosamente a raíz del dictado de la Resolución de 4 de mayo de 2016, notificada en fecha 5 de mayo de 2016 al contratista, por la que se acuerda el levantamiento de la suspensión temporal total del contrato, es cuando el contratista presenta su primer escrito solicitando la resolución del contrato de obras de referencia; dicho escrito se presenta en fecha 13 de mayo de 2016./ Que el segundo escrito (...) solicitando la rescisión se presenta el 20 de mayo de 2016, en fecha posterior a que fuera convocado por primera vez

por el Director de la Obra un representante del contratista para la firma del acta de levantamiento de la suspensión de la obra; dicha convocatoria fue para el 18 de mayo, sin que se personase ningún representante de la empresa, justificando su acción la (...) adjudicataria en que recibió el requerimiento el mismo día en que se debía personar un representante de la empresa, por lo que resultaba imposible cumplir el requerimiento (...). Que requerida de nuevo (...) para la firma del acta se persona un representante de la empresa, firmando en disconformidad al considerar, tal y como consta transcrito de forma expresa en el acta, que los trabajos no pueden ser reanudados en tanto en cuanto la Administración no resuelva la solicitud de resolución contractual presentada por el contratista./ Presentado de nuevo un escrito en fecha 25 de mayo de 2016, en idéntica fecha a la del levantamiento del acta (25-05-2016), reiterando su solicitud de rescisión por suspensión del inicio de las obras de referencia”.

Concluye que “dichas actuaciones, que constan acreditadas en el expediente de contratación, denotan de forma clara una actitud dilatoria por parte del contratista en su obligación de ejecución de la obra, en la medida en que la presentación de una solicitud de resolución de un contrato administrativo no tiene como efecto jurídico la suspensión de un contrato de obras (...), que tiene su fundamento en una necesidad administrativa pública y en un claro interés público, generando de forma indubitada su paralización un daño a dicho interés público. Sin que resulte admisible la interpretación que de contrario realiza la empresa constructora, que no responde a un interés público y carece totalmente de fundamento jurídico, con las consecuencias que dichas circunstancias pueden generar a efectos de los correspondientes daños y perjuicios; el contratista tiene obligación de suscribir el acta de levantamiento de la suspensión, y solo podría negarse a su suscripción si las causas que motivaron la suspensión de la obra no hubiesen desaparecido, sin que quepa alegar de contrario una causa nueva cuya tramitación y resolución seguirá los trámites pertinentes, pero sin que se pueda obviar que en estos momentos la obra está activa y resulta ejecutable”.

12. Remitida la anterior propuesta al contratista, con fecha 21 de junio de 2016 se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que su representante califica el planteamiento de la Administración de "interpretación interesadamente incorrecta". Manifiesta que la empresa "se encuentra plenamente facultada para solicitar la resolución del contrato en tanto que concurre una de las causas previstas en el TRLCSP, concretamente, el inicio de los trabajos ha estado suspendido durante un periodo mayor de seis (6) meses por causas imputables a la propia Consejería"; que "como consecuencia de esa suspensión de los trabajos por parte de la Administración, y por causas imputables a ella, esta acordó el correspondiente reajuste de las anualidades previstas en el pliego de cláusulas administrativas", y que "el citado reajuste de anualidades en ningún caso elimina la concurrencia de la causa que faculta a (la adjudicataria) para solicitar la resolución del contrato ni (...) supone la renuncia de (la empresa) a ninguno de los derechos que le reconoce la legislación aplicable".

A propósito de esta última cuestión, señala que, "como la Administración bien conoce, la renuncia de derechos en ningún caso se produce de forma tácita, al igual que tampoco resulta admisible una interpretación que, además de errónea, derive en la pérdida de derechos para el administrado, y menos todavía si esa pérdida de derechos deriva de un incumplimiento de la propia Administración (entrega del terreno libre y expedito para la ejecución de los trabajos)".

Finaliza afirmando que "la resolución del contrato solicitada (...) resulta plenamente aplicable. Asimismo, reiteramos que los efectos de la resolución contractual serán los previstos en el artículo 239.3 del TRLCSP, es decir: una indemnización del 3% del precio de adjudicación del contrato, que asciende a la cantidad de ciento cuarenta mil quinientos cuatro euros con ochenta y nueve céntimos (...) (140.504,89 €), todo ello sin perjuicio de los daños y perjuicios

que la suspensión ha ocasionado a (la empresa) y por los que deberá ser resarcida”.

13. El día 22 de junio de 2016, el Jefe del Servicio de Construcción de Carreteras remite a la Secretaría General Técnica el informe librado por el Ingeniero Director de las Obras con fecha 21 del mismo mes. En él indica que “las labores de seguimiento y control de las actividades del contrato de las obras se siguen realizando por parte del equipo de Dirección de Obra, si bien la empresa adjudicataria no realiza ningún tipo de actividad referida a dicho contrato al entender que el mismo se encuentra denunciado” por ella.

Añade que “existe un contrato de servicios de asistencia técnica para la coordinación de seguridad y salud (...) vinculado con las obras de construcción”.

14. Mediante oficio de 1 de julio de 2016, el Ingeniero Director de las Obras traslada a la Secretaria General Técnica una copia del escrito enviado a la adjudicataria de la obra ese mismo día en el que se expresa que “desde la fecha de la firma del acta de levantamiento de la suspensión de inicio esta Dirección de Obra realiza las labores propias del seguimiento del contrato, con visitas semanales al lugar de ejecución, comprobándose que las obras siguen paralizadas y que la empresa no ha dispuesto ningún tipo de infraestructura de apoyo a la construcción, careciendo de oficina y otros medios habituales en este tipo de contratos. Lo que les comunico a los efectos oportunos”.

15. Con fecha 11 de julio de 2016, el Jefe del Servicio de Contratación suscribe un informe en el que parte del planteamiento de que “estamos ante la interpretación de un contrato de obras, al ser la cuestión debatida el régimen del plazo de ejecución y el tracto temporal del contrato”. En consecuencia, manifiesta librar su informe “de conformidad con lo establecido en el artículo 97.3 del RGLCAP, habiéndose realizado los trámites pertinentes recogidos en dicho artículo, propuesta de la Secretaria General Técnica de la Consejería,

trámite de audiencia de la empresa contratista y del órgano gestor del contrato (Servicio de Construcción-Director de Obra)". Destaca asimismo que "resulta necesario el dictamen del Consejo Consultivo".

Seguidamente analiza las alegaciones de la contratista, y señala que "tanto el programa de trabajos como el reajuste de anualidades aprobado provocan una variación en el plazo de inicio de la obra y de ejecución del contrato, sin que la cláusula de salvaguarda que se recoge en el conforme del contratista (...) pueda vaciar de contenido el acuerdo suscrito por las partes. Dicha cláusula, aunque no hubiese sido mencionada, resultaría obvia, ya que una Administración pública en el ejercicio de sus potestades está sometida a la ley y al derecho, y en ninguna medida puede dejar de reconocer los derechos que le corresponden a un administrado de conformidad con la ley; ahora bien pretender", como hace "el contratista, que como consecuencia de dicha cláusula no ha existido una variación del plazo de ejecución de la obra, y que tiene derecho a solicitar la rescisión contractual de conformidad con el plazo primigenio o primero del contrato, anterior al nuevo programa de trabajos y al reajuste aprobado, supone (...) vaciar de contenido dichos actos y la modificación del tracto temporal del contrato de obras que dichos actos han generado. Sin que podamos obviar que dichos actos no tienen carácter unilateral, sino que su tramitación exige la conformidad de las dos partes del contrato, Administración y contratista, que en virtud de la autonomía de la voluntad de cada uno muestran o no su conformidad con dichos actos, suponiendo por tanto una transgresión de la buena fe contractual".

Pone de manifiesto que "a fecha actual, tal y como se deduce del informe del Director de la Obra de fecha 1 de julio de 2016 (...), no existe ejecución de obra por parte de la empresa contratista, siendo esta una decisión unilateral de dicha empresa", debiendo "tener en cuenta que en fecha 4 de mayo de 2016 se dictó Resolución de levantamiento de la suspensión temporal del contrato de obras (...), que fue notificada a la empresa contratista en fecha 5 de mayo de 2016; acto administrativo que no consta que haya sido recurrido

de contrario y que (...) ha devenido firme y es plenamente ejecutivo, suscribiéndose el acta de levantamiento de la suspensión de la obra de disconformidad por la empresa, pero siendo decisión de esta el abandono de la obra, con las consecuencias que dicha situación puede generar para el interés público y el erario público”.

Concluye que “deben ser desestimadas las solicitudes de rescisión del contrato (...) presentadas por el contratista”.

16. El día 13 de julio de 2016, la titular de la Consejería de Infraestructuras, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente dicta resolución por la que se acuerda “la suspensión del plazo de tres meses para resolver y notificar el procedimiento de interpretación del contrato de las obras (...) por el tiempo que medie entre la solicitud del preceptivo dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias y la recepción del mismo”. Con la misma fecha se da traslado de la Resolución a la empresa contratista y se remite el expediente a la Presidencia del Principado de Asturias al objeto de que se formule la solicitud del preceptivo dictamen.

17. Mediante escrito de 25 de julio de 2016, esa Presidencia solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el 7 de septiembre de 2016, dictamina que, “pese a los términos formales en los que se ha planteado, la consulta se refiere, desde un punto de vista sustantivo, no a la interpretación del contrato, sino a su resolución, la cual constituye el objeto del procedimiento incoado a instancia del contratista y sobre el que la Administración está obligada a resolver”, y que, en consecuencia, ha de retrotraerse el procedimiento al objeto de recabar el preceptivo informe del Servicio Jurídico, que había sido omitido en la

consideración de que aquel debía configurarse como de interpretación contractual.

El día 3 de octubre de 2016, una Letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa que no concurre la causa de resolución del contrato invocada por la adjudicataria. Afirma que “las partes acordaron no iniciar la ejecución del contrato hasta el mes de enero de 2016, tramitándose el correspondiente reajuste de anualidades (...), por lo que ambas partes modificaron voluntariamente la fecha de inicio de las obras, y a dicha obligación quedan vinculadas tanto la Administración -que por lo tanto no podría incoar el expediente correspondiente para la imposición de penalidades administrativas por demora en el inicio de las obras- como la empresa adjudicataria, que en buena lógica no podía plantear, en los términos pretendidos, la resolución del contrato por la suspensión durante un plazo superior a seis meses”.

Con fecha 11 de octubre de 2016, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora suscribe propuesta de resolución desestimatoria de las “solicitudes” de resolución contractual formuladas por la adjudicataria, que se comunica a la contratista el 18 del mismo mes dándole audiencia por plazo de diez días naturales.

El día 28 de octubre de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante de la contratista reitera las alegaciones formuladas en el presentado el 21 de junio de 2016.

Con fecha 4 de noviembre de 2016, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora suscribe propuesta de resolución desestimatoria de las solicitudes de resolución contractual en la que se reproducen los fundamentos de la formulada el 13 de junio de 2016.

18. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de noviembre de 2016, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la resolución del contrato de

obras contempladas en el proyecto actualizado 2013, acondicionamiento general de la carretera AS-22, tramo Samagán-Lagar, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con las normas citadas, la consulta preceptiva a este Consejo sobre la resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

El procedimiento se inicia a instancia de la empresa contratista a cuya propuesta de resolución la Administración se muestra contraria, lo que pone de manifiesto la “oposición” entre las posturas de las partes que constituye el presupuesto de nuestra competencia en la materia.

TERCERA.- El contrato al que se refiere la consulta es de naturaleza administrativa. Más concretamente, se trata de un contrato administrativo de obras.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -17 de julio de 2015-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Real Decreto

Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), 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 19.2 del TRLCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”.

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

La instrucción del procedimiento que analizamos se encuentra sometida a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 211 y el apartado 1 del artículo 224 del TRLCSP, que se remite a la regulación de desarrollo contenida 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. Finalmente, también es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo cuando, como ocurre en el supuesto

examinado, se formula oposición por parte del contratista. El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de todos los trámites señalados.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, los artículos 210 del TRLCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al "órgano de contratación". El contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por la titular de la Consejería de Fomento, Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, por lo que habrá de ser dicha autoridad quien dicte la resolución que ponga fin al procedimiento analizado.

Finalmente, como expresamos en el Dictamen Núm. 201/2016 referido al mismo asunto, hemos de recordar que transcurrido ya el plazo máximo para la resolución del procedimiento, que es el de tres meses señalado en el artículo 42.3, letra b), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común - aplicable al procedimiento de que se trata según la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas-, los efectos del silencio son los señalados en la disposición final tercera del TRLCSP, a cuyo tenor "En todo caso, en los procedimientos iniciados a solicitud de un interesado para los que no se establezca específicamente otra cosa y que tengan por objeto o se refieran a la reclamación de cantidades, el ejercicio de prerrogativas administrativas o a cualquier otra cuestión relativa de la ejecución, consumación o extinción de un contrato administrativo, una vez transcurrido el plazo previsto para su resolución sin haberse notificado ésta, el interesado podrá considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver".

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto, debemos 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.

Con arreglo al marco legal anteriormente señalado, resulta aplicable a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato el TRLCSP. Previstas con carácter general las causas resolutorias en el artículo 223 del TRLCSP, la letra i) alude a "Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta Ley". En el caso que analizamos las partes debaten sobre la aplicación de una de estas causas, más concretamente, la del artículo 237.b) del TRLCSP, a cuyo tenor lo es "La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración".

Llegados a este punto, debemos recordar la sucesión de hechos que da lugar a la controversia planteada. Según resulta del expediente, al momento de la realización de la comprobación del replanteo -el día 21 de agosto de 2015- se evidencia tanto la falta de disponibilidad de los terrenos, por no haberse podido culminar con carácter previo el procedimiento expropiatorio necesario para su obtención, como el hecho de que el Plan de Seguridad y Salud no ha sido aprobado aún, y por tales motivos en la misma fecha se dispone la suspensión del inicio de los trabajos. Estimando que la ejecución de los mismos no podrá iniciarse en el ejercicio en curso, y previa la oportuna tramitación administrativa, el día 17 de noviembre de 2015 el órgano de contratación autoriza el reajuste de las anualidades del contrato cuya ejecución se contempla poder abordar a partir del mes de enero de 2016, y el representante del contratista, que ha manifestado su conformidad al reajuste planteado, rubrica un programa de trabajo que resulta consecuente con el nuevo calendario. El día 4 de mayo de 2016, constatado que se han solventado los problemas que impedían la ejecución del contrato, el órgano de contratación resuelve levantar la suspensión acordada en agosto de 2015, lo que se notifica mediante fax a la empresa adjudicataria al día siguiente. El 13 de mayo de 2016 el contratista solicita que el contrato se resuelva al amparo de la causa señalada en el artículo 237.b) del TRLCSP, proponiendo subsidiariamente la

resolución de mutuo acuerdo con indemnización de los daños que -según afirma- le ha irrogado la suspensión y cuyo importe cuantifica en 91.553,00 €. Reitera tal pretensión mediante escrito presentado el día 20 del mismo mes, en el que reprocha a la Administración una indebida práctica de la notificación del acuerdo de levantamiento de la suspensión que debía haberse dirigido -según entiende- a sus oficinas de Oviedo. Finalmente, en el escrito de alegaciones presentado durante la sustanciación del trámite de audiencia parece abandonar la pretensión de resolución por mutuo acuerdo, reclamando la resolución por suspensión del inicio de la ejecución del contrato y las indemnizaciones previstas en los artículos 220.2 y 239.3 del TRLCSP.

La Administración se opone a su pretensión por considerar, según se expresa en la propuesta de resolución, que “en la fecha en que se dicta la Resolución de levantamiento de la suspensión, 4 de mayo de 2016, en la fecha 13 de mayo de 2016 en (la) que se presenta por el contratista el primer escrito de resolución (...), así como en la fecha de 25 de mayo de 2016 de levantamiento del acta de suspensión temporal total que se firma de disconformidad por parte del contratista, no ha transcurrido el plazo de seis meses de suspensión de inicio de las obras, de conformidad con el programa de trabajos mencionado”, y que el adjudicatario, que ha adoptado una posición pasiva durante todo el periodo en que la iniciación de la obra ha estado en suspenso, no solo pretende ir ahora contra sus propios actos sino que está transgrediendo la buena fe que ha de presidir toda relación contractual.

No podemos compartir el razonamiento de la Administración respecto a la determinación de la fecha inicial del cómputo del plazo de suspensión, pues el artículo 139, regla 4.ª, del RGLCAP, que tiene carácter básico, es muy claro al señalar, en relación con la comprobación del replanteo, que cuando no resulte acreditada la disponibilidad de los terrenos o el Director de la Obra considere necesaria la modificación de los trabajos, la iniciación de la obra quedará suspendida “desde el día siguiente a la firma del acta, computándose a partir de dicha fecha el plazo de seis meses a que se refiere el artículo 149,

párrafo b), de la Ley” -la referencia legal debe entenderse efectuada al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en vigor a la fecha de aprobación del RGLCAP, cuyo artículo 149.b) tenía una redacción idéntica a la del actual 237.b) del TRLCSP-. Por otra parte, ni el reajuste de anualidades -cuya finalidad es la de acomodar el crédito reservado para la financiación del contrato al nuevo calendario de ejecución derivado de la suspensión, liberando recursos que de otra manera quedarían ociosos-, ni la consiguiente revisión del programa de trabajos -aspectos ambos a los que se refiere el artículo 96 del RGLCAP y en los que se fundamenta el reajuste autorizado en su día-, alteran las condiciones contractuales o modifican el cómputo del plazo de suspensión. Iniciado este el día 22 de agosto de 2015, es claro que cuando el 13 de mayo de 2016 la adjudicataria pide la resolución del contrato había transcurrido ya el plazo a que se refiere el artículo 237.b) del TRLCSP.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, ha de tenerse presente que cuando el contratista solicita desvincularse del contrato de referencia no existe ninguna circunstancia que impida la ejecución, por lo que, dado que esta no puede dejarse al arbitrio de ninguna de las partes, su pretensión resolutoria no puede prosperar.

Igualmente, tampoco debe perderse de vista que -como ya manifestamos en el Dictamen Núm. 9/2013- las causas de extinción de los contratos administrativos, con contadas salvedades, no operan de forma automática o *ex lege*, sino que tienen carácter potestativo, de modo que cuando se materializa el incumplimiento que se encuentra en su esencia la parte perjudicada por él tiene cierto poder de disposición sobre la continuidad del contrato, y así, previa ponderación de los intereses en presencia, puede optar por tolerarlo y proseguir su ejecución o bien hacer valer la resolución. Mientras no haga esto último ha de entenderse que su voluntad es conforme o, cuando menos, tolerante con la situación generada por el incumplimiento, y, por ello, cuando este desaparece la facultad de instar la desvinculación

contractual se pierde. Tal consecuencia viene impuesta por el deber de coherencia con los propios actos inherente a la buena fe, la cual resultaría contrariada si tras haber tolerado una parte el incumplimiento de la otra solicitara resolver el contrato cuando aquel ya no existe. Por ello, la activación de cualquier causa potestativa de resolución requiere que el presupuesto que la integra sea actual, sin que sea de recibo invocar incumplimientos pretéritos ya superados con la finalidad de tratar de desvincularse de un contrato para cuya ejecución no existe ningún obstáculo en el presente. Tal regla opera, como es lógico, para ambas partes contratantes, y así, por ejemplo, no podría la Administración declarar la resolución contractual amparándose en un incumplimiento pasado de los plazos por parte del contratista si en el momento en que pretende hacer valer la causa resolutoria se cumplen los plazos parciales y total de ejecución, como tampoco cabría que prosperase una solicitud del adjudicatario relativa a la resolución de un contrato por retraso en el abono del precio convenido si cuando la pide la Administración se encuentra al día en los pagos. A la misma conclusión debe llegarse respecto del motivo de resolución que el adjudicatario exige aplicar en el asunto que analizamos, y por esta razón, ante una suspensión en el inicio de la obra por causas imputables a la Administración que dura más de seis meses, será el contratista quien deberá valorar si le compensa soportar la mora y esperar a que tenga lugar el levantamiento de la suspensión, sin perjuicio de solicitar el resarcimiento de los daños producidos por el retraso, en su caso al amparo de lo dispuesto en el artículo 220.2 del TRLCSP, o si lo más conveniente a sus intereses es pedir la resolución del contrato ejercitando los derechos que le reconoce el citado texto legal. Ahora bien, si consiente el retraso en el inicio de las obras no podrá pedir la extinción contractual una vez levantada la suspensión, pues, como ha señalado el Consejo de Estado en los Dictámenes Núm. 2086/2008 y 681/2009, la invocación de dicha causa potestativa no produce un efecto resolutorio a menos que sea efectuada “en su momento”.

En el procedimiento sometido a nuestra consideración consta que el contratista solicitó la resolución del contrato ocho días después de haberle comunicado la Administración, mediante fax, el acuerdo relativo al levantamiento de la suspensión de las obras. Del expediente resulta que tal comunicación se efectuó válidamente, pues fue dirigida al número que la empresa había consignado en la proposición "a efectos de notificaciones", según lo dispuesto en la cláusula 10.2 del pliego de las administrativas particulares, y obra acreditada su correcta transmisión. Aun así el representante de la contratista pretende que aquella no sería eficaz, y para ello aduce un supuesto cambio en los datos de contacto que habría sido puesto en conocimiento de la Administración con fecha 22 de noviembre de 2013, según el documento que aporta -folio 1205-. Tal argumentación no se sostiene, ya que resulta contrario a la más elemental lógica pretender que el contacto facilitado junto con la proposición presentada el día 14 de mayo de 2015 -folios 139, 140 y 216- deba entenderse modificado mediante una comunicación realizada dos años y medio antes y, por tanto, en el marco de una relación contractual distinta.

Pese a lo pretendido por el adjudicatario, la cuestión no debe plantearse en términos de renuncia de derechos reconocidos por la legislación, sino del recto ejercicio de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico, que proscribire su uso abusivo o contrario a las exigencias de la buena fe, según resulta de los artículos 7 y 1258 del Código Civil. En el caso que analizamos, el comportamiento del contratista, que no ejercita la acción resolutoria hasta que se ha solventado el incumplimiento, se compadece mal con los principios enunciados, por lo que su pretensión no debe prosperar en lo que a la extinción del contrato se refiere. Cosa distinta es si tiene derecho o no a la indemnización que solicita por la suspensión de los trabajos al amparo de lo dispuesto en el artículo 220.2 del TRLCSP, pero sobre esta cuestión no debemos pronunciarnos, en tanto que excede del ámbito de nuestra competencia.

En suma, no procede acordar la resolución contractual instada por el adjudicatario, quien se encuentra obligado a ejecutar el contrato según lo convenido.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede la resolución del contrato de obras contempladas en el proyecto actualizado 2013, acondicionamiento general de la carretera AS-22, tramo Samagán-Lagar, 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.