

Expediente Núm. 130/2017  
Dictamen Núm. 119/2017

**V O C A L E S :**

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

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de abril de 2017, 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 29 de marzo de 2017 -registrada de entrada el día 3 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de ampliación de cuatro unidades de primaria y aula complementaria en el Colegio Público Juan Rodríguez Muñiz, de las Campas.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Mediante Resolución de la titular de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de 14 de octubre de 2014, se adjudica a la empresa ..... el contrato de ampliación de cuatro unidades de primaria y aula complementaria en el Colegio Público Juan Rodríguez Muñiz, de las Campas, por un precio de 587.262,16 euros -IVA incluido-, con un plazo de ejecución de seis (6) meses.

Con fecha 23 de octubre de 2014 se formaliza el contrato en documento administrativo, en cuya cláusula quinta se establece que “para responder de los

compromisos adquiridos por el adjudicatario en relación con el presente contrato se ha recibido documento de depósito de garantía definitiva, por importe de 24.267,03 €”.

El mismo día de la formalización del contrato se procede a la comprobación del replanteo. En el acta correspondiente se pone de manifiesto que el proyecto es “no viable” por “no estar aprobado el Plan de seguridad y salud”.

Con fecha 28 de noviembre de 2014 se levanta el acta de comprobación del replanteo, que suscriben sin reserva alguna, una vez comprobado que la ejecución del proyecto es “viable”, el Director de Ejecución de la Obra, el Director de la Obra y representante de la Administración y el representante del contratista.

**2.** Obran incorporados al expediente, entre otra documentación, los proyectos (original y modificado) y el pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato. Su cláusula 18 prescribe que “serán causas de resolución del contrato, además de las previstas en los artículos 223 y 237 del TRLCSP, las siguientes: / 1ª. La desobediencia o inobservancia de las órdenes de la Dirección Facultativa. / Para que la desobediencia o inobservancia constituyan causa de resolución, las órdenes deben expresarse por escrito, a través del libro de órdenes o de cualquier otro medio que permita dejar constancia del contenido de la orden. / Bastará un solo acto de desobediencia o inobservancia cuando la conducta de la empresa o su personal sea intencionada; se apreciará intencionalidad cuando tras una inobservancia por negligencia no se dé cumplimiento a la orden en el menor plazo posible desde que se produzca el correspondiente requerimiento por parte de la Dirección Facultativa. / Cuando la conducta de la empresa o de su personal no sea intencionada, sino negligente, la desobediencia o inobservancia deberán ser reiteradas. En este supuesto, la causa de resolución concurrirá aunque la empresa haya dado cumplimiento a las órdenes tras los correspondientes requerimientos. Se apreciará reiteración cuando la Dirección Facultativa haya reiterado por escrito órdenes inicialmente

observadas en, al menos, tres ocasiones durante el periodo de 6 meses./ 2ª. La suspensión de la ejecución de las obras sin autorización expresa./ Se considerará causa de resolución la suspensión de la ejecución de las obras por parte del contratista sin autorización expresa de la Administración, salvo que obedeciera a una orden de la Dirección Facultativa que tuviera como finalidad evitar daños a las personas, a la propia obra o a otros bienes, o a una orden de la autoridad administrativa o judicial competente”.

**3.** Mediante Resolución del órgano de contratación de 19 de marzo de 2015 se acuerda la suspensión temporal parcial de las obras y se autoriza, a propuesta del Arquitecto Director de las Obras, la redacción de un proyecto modificado cuya necesidad se justifica señalando que “se propone modificar parte de la cubierta prevista con el fin de agilizar su montaje e impedir que las inclemencias meteorológicas afecten a las aulas que se encuentran debajo de la misma, produciéndose entradas de agua por los huecos de instalaciones actualmente existentes y a través del forjado, y ello a pesar de haberse previsto independientemente de esta obra el realojo temporal de parte de las aulas para facilitar los trabajos del presente contrato./ Parte de la obra ha resultado accesible únicamente una vez efectuados los primeros trabajos de demolición, por lo que una vez realizados estos se han observado una serie de incidencias que afectan al desarrollo de los trabajos y que eran imprevisibles hasta ese momento. Entre ellos, la flecha alcanzada en los forjados una vez retirada la cubierta actual y que precisa ser medida de forma detallada para confirmar los datos y previsiones del proyecto. Igualmente, en cuanto a la flecha, se hace necesario regularizar la superficie superior de los forjados con un sistema poco pesado y acorde con la previsión de colocación de suelo radiante, lo que implica buscar un sistema menos pesado del previsto y que permita la adecuada colocación y asentamiento de las placas de poliestireno del sistema del suelo radiante previsto./ En cuanto a los refuerzos a disponer en la estructura, una vez hechos los huecos pertinentes en tabiques e incluso fachada se observa que la estructura no se corresponde fielmente con lo esperado, ya que algún

pilar fue sustituido por vigas de canto (imposible de conocer este extremo hasta haber realizado los primeros trabajos de refuerzo), con lo que hay que realizar nuevos ajustes en la estructura, tanto en disposición como en dimensiones./ Las instalaciones actuales de electricidad del centro se han localizado tapadas por la cubierta (aquellas que corresponden a la planta primera del edificio actual), lo que se ha visto una vez demolida una parte de esta. Dicha disposición de la instalación eléctrica no es posible mantenerla, por constituir un incumplimiento de lo previsto en el Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión (REBT), estando obligados a modificar todo su trazado por la cubierta a fin de realizarlo *ex novo* por la planta inferior, anulando esta parte de la instalación actual y cumpliendo el REBT./ El sistema de calefacción empleado actualmente tiene elementos en la zona no accesible hasta ahora de la cubierta, lo que va a implicar actuaciones provisionales en dicho sistema./ Adicionalmente se ha detectado la necesidad de resolver pequeños ajustes en el proyecto derivados del conocimiento exacto de las instalaciones actuales y de los espesores y características de las fachadas que no representarían un cambio significativo, pero que ya se dejarían reflejadas". La modificación supone un incremento del precio del contrato en un 8,50% y una ampliación del plazo de ejecución de un mes y medio.

**4.** El día 8 de junio de 2015, el titular de la Consejería dicta Resolución por la que se aprueba, previo informe favorable del Servicio de Supervisión e Inspección, el proyecto técnico modificado, al que presta su conformidad el contratista con la misma fecha.

**5.** Con fecha 30 de julio de 2015, el titular de la Consejería acuerda la suspensión temporal total de la obra, dado que, según informa la Arquitecta encargada de la asistencia técnica a la Dirección de las Obras, no es posible proseguir con la ejecución de los trabajos hasta que el modificado sea aprobado, extendiéndose la correspondiente acta de suspensión con fecha 3 de agosto de 2015.

**6.** Mediante Resolución de 6 de agosto de 2015 el órgano de contratación autoriza el inicio del expediente de modificación contractual, y el día 10 del mismo mes la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora formula propuesta de aprobación del expediente modificado, que se remite al Servicio Jurídico del Principado de Asturias para informe.

**7.** Con fecha 30 de septiembre de 2015, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa desfavorablemente la propuesta de aprobación del expediente modificado, razonando que las necesidades de "acelerar el montaje del tejado e impedir que las condiciones meteorológicas afecten a las aulas que están bajo el mismo" y de "encontrar un sistema menos pesado del indicado en el proyecto para la colocación adecuada y asentamiento de las placas de poliestireno del sistema de suelo radiante" no tienen "encaje en ninguno de los casos del artículo 107.1, pues no responden -ya que no se dice así en la petición de autorización del Director de las Obras de 16 de marzo de 2015- ni a errores ni a omisiones en la redacción del proyecto, ni tampoco pueden ser 'inadecuaciones del proyecto' debidas a circunstancias que no pudieran verse en principio 'aplicando la diligencia debida'".

Por el contrario, afirma que las derivadas de la necesidad de "medir la flecha aparecida en los suelos", de "hacer ajustes en la estructura", de "ajustar la instalación eléctrica al Reglamento electrotécnico de baja tensión" y de "actuar sobre el sistema de calefacción" sí pueden considerarse como "una 'omisión' del artículo 107.1.a); omisión que se justifica en el hecho de que sus causas solo se detectaron una vez que se iniciaron las obras, tal y como se indica en la petición de autorización para la redacción del proyecto modificado (...). Desde luego, ninguna de las circunstancias mencionadas en la consideración de derecho anterior, y ello en oposición a lo que dice la propuesta de resolución (que no consta que esté hecha por la unidad administrativa que según el Decreto de estructura orgánica de esta Consejería

tiene a su cargo la tramitación de los expedientes de contratación), puede tener encaje en el artículo 107.1.b)”.

Por último, significa que las aseveraciones contenidas en la propuesta de resolución objeto de informe en las que se rechaza que la modificación altere las condiciones esenciales del contrato “no tienen apoyo técnico alguno en el expediente. La petición del Director de las Obras no incluye ningún análisis sobre si se dan o no las circunstancias de los puntos 2 y 3 del artículo 107”.

**8.** El día 15 de diciembre de 2015, el órgano de contratación, a propuesta del Servicio de Centros de la Consejería instructora, y teniendo en cuenta el sentido desfavorable del informe del Servicio Jurídico, dicta Resolución por la que se acuerda desistir de la tramitación del expediente modificado, lo que se comunica a la empresa adjudicataria el día 5 del mes siguiente.

**9.** Con fecha 25 de enero de 2016 se extiende el acta de reanudación de los trabajos, en el entendimiento de que han “desaparecido los motivos que originaron la suspensión” acordada con fecha 19 de marzo de 2015. Firman el acta el Director de Ejecución de la Obra, el Director de la Obra y el representante de la contratista, quien manifiesta su disconformidad al considerar que “no han desaparecido los motivos que originaron la suspensión (...). De acuerdo al artículo 220 LCSP, se ha de levantar acta en el que se consignen las circunstancias que han motivado la suspensión y la situación de hecho en la ejecución de aquel. No se ha realizado./ De acuerdo al art. 220 TLCSP, el contratista tendrá derecho al abono de los daños y perjuicios sufridos por este por la suspensión. No se ha producido”.

**10.** El día 28 de enero de 2016, un representante de la Consejería y la Arquitecta a quien corresponde la asistencia técnica a la Dirección Facultativa extienden un acta de visita a la obra en la que ponen de manifiesto que “no se han reanudado los trabajos”.

**11.** Con fecha 10 de febrero de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante del contratista explica que cuando se redacta el Plan de seguridad se detecta que el Estudio básico de seguridad y salud del proyecto “no refleja la realidad de las obras a ejecutar, ni las interferencias con la actividad docente del centro escolar, así como tampoco tenía en cuenta las medidas de seguridad específicas a adoptar para el desarrollo de los trabajos tanto en el interior de las aulas existentes como en las cubiertas del centro, las afecciones al Plan de emergencia y evacuación propio del colegio”, y que para “corregir estas deficiencias se redactó un nuevo Plan de seguridad acorde con la realidad de las obras y que reflejaba las unidades reales a ejecutar y las medidas preventivas a adoptar: / Sectorización de las zonas de trabajo, evitando el contacto entre alumnos y obras. / Prolongación de salida de emergencia del centro mediante un itinerario protegido. / Instalación de accesos independientes a los del alumnado. / Colocación de barandillas específicas con protección contra proyecciones en zonas en las que el proyecto no contemplaba afección alguna. / Instalación de andamios con redes de protección como solución de mayor seguridad en las zonas específicas de trabajo, y como solución más adecuada para la posterior ejecución de las obras en condiciones seguras para los usuarios del centro. / Instalación de puertas con avisadores acústicos (...). Una vez incluidas todas estas cuestiones en el Plan de seguridad (...) se obtiene la aprobación del mismo con fecha 27 de noviembre de 2014 (...). Todos estos trabajos no contemplados son valorados económicamente, y con estimación de los plazos correspondientes, para confeccionar precios nuevos”.

Entiende que el desistimiento del modificado “supone, a efectos prácticos, volver al proyecto inicial, con las medidas iniciales, y con el Plan de seguridad y salud anterior (...), poniendo en grave riesgo la seguridad y salud de los trabajadores, así como de los alumnos y el personal del centro educativo donde se realiza la obra”.

Por otra parte, considera que “es palmario” que no procede la modificación del contrato al alterar estas las condiciones esenciales de la

licitación y adjudicación al amparo de lo señalado en el artículo 107.3, letra d), del TRLCSP, pues "el importe de la obra, según consta en la adjudicación, es de 587.262,17 € (IVA inc.), mientras que a fecha de hoy (partidas con IVA inc.):/ Los precios (...) contradictorios firmados en acta y ejecutados ascienden a 77.541,87 €./ Los precios contradictorios no incluidos en el acta, pero sí incluidos en la propuesta de modificado y ya ejecutados por condicionantes de obra ascienden a 51.623,79 €./ Los materiales acopiados en obra y almacenes (y no certificados) (carpinterías metálicas, luminarias, recuperador de calor) ascienden a 44.059,71 €./ Así las cosas, el importe de la obra acumulada no certificada asciende a 173.225,37 €; importe que, a mayores, se ve incrementado diariamente en 183,92 €, dado que se encuentran desplegados en obra medios alquilados por plazo de seis meses, y ese es el precio fijado por día adicional (13.058,62 € a día de hoy, incrementándose en otros 6.253,28 € para la nueva fecha de terminación impuesta por la Administración)./ Esto hace que el importe pendiente de certificar a la fecha ascienda a 192.537,27 €, excluyendo de esta cifra daños y perjuicios y lucro cesante para el contratista, pendientes de valoración".

Por ello, solicita que se resuelva el contrato, que se le abonen "todas las unidades de obra efectivamente ejecutadas", más los daños y perjuicios causados por la paralización de la obra y las cantidades que "en concepto de lucro cesante se cuantifiquen una vez se dé lo anterior". Asimismo pide que, "como medida cautelar de carácter urgente, se mantenga la suspensión de la obra".

**12.** Con fecha 3 de marzo de 2016, el Director de Obra, el Director de Ejecución y la Arquitecta encargada de la asistencia técnica a la Dirección de Obra suscriben una nueva acta de visita a la obra en la que "se constata que sigue sin haber obra en curso, no se han reanudado los trabajos".

**13.** El día 9 de marzo de 2016, el Arquitecto Técnico encargado de la Coordinación de Seguridad y Salud de la obra suscribe un informe en el que

concluye que “las medidas de seguridad y salud dispuestas a fecha 3 de marzo de 2016 son las adecuadas al estado actual de la obra”, y que, “salvo vicios ocultos, no existen motivos suficientes relacionados con la seguridad y salud que impidan el normal desarrollo de los trabajos según lo previsto en el plan de seguridad vigente de fecha 25 de noviembre de 2014, elaborado por el contratista”.

**14.** Mediante Resolución del titular de la Consejería de 14 de marzo de 2016 se dispone la remisión del expediente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que está conociendo del recurso presentado por la adjudicataria contra la Resolución de 15 de diciembre de 2015, de la Consejería de Educación y Cultura, por la que se desiste del procedimiento de modificación del contrato.

**15.** Con fecha 6 de abril de 2016, el Arquitecto Técnico encargado de la Coordinación de Seguridad y Salud de la obra suscribe un nuevo informe en el que analiza las afirmaciones del adjudicatario en el escrito presentado el día 10 de febrero de 2016. En él señala que “el acta de replanteo de fecha 24 de noviembre de 2014 es negativa porque el Plan de seguridad presenta deficiencias -recogidas en escritos enviados a (la contratista) por este Coordinador de Seguridad y Salud con fechas 19, 21 y 25 de noviembre-, y por ello no recoge los requisitos mínimos para ser aprobado (...). No existen particularidades de suficiente peso argumental como para asegurar que el Estudio de seguridad y salud (...) carece de validez, siendo el estudio un documento inicial que siempre debe ser desarrollado por el contratista./ De hecho, el mayor cambio del Estudio de seguridad y salud realizado por el Plan de seguridad y salud (...) reside en la sustitución de la grúa torre por un montacargas para adaptar el estudio de seguridad a las particularidades productivas de la empresa contratista para esta obra, junto con la ampliación del recinto de la obra al ocupar el aparcamiento posterior del colegio (...). El retraso en la aprobación del Plan de seguridad responde a las deficiencias

generalizadas del mismo, explicadas en escritos de correcciones enviados a la contrata y expuestas anteriormente; en ningún caso relacionadas con circunstancias especiales ni imprevistas (...). En ningún caso se redacta Plan de seguridad nuevo, sino que se van corrigiendo las deficiencias encontradas y se refleja la situación real de la obra a ejecutar; hecho este común a todas las obras de construcción que requieren Plan de seguridad. Todos los puntos que se exponen como novedosos ya estaban contemplados y eran conocidos al inicio de la elaboración del Plan de seguridad como hechos a tener en cuenta./ Exclusivamente se produce con posterioridad a la aprobación del Plan de seguridad, por Resolución de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte de 22 de mayo de 2015, y previo informe del Coordinador de Seguridad y Salud, la aprobación del anexo I al Plan de seguridad y salud de las mencionadas obras; anexo denominado Instalación de aparatos elevadores (...). La valoración económica de las unidades contempladas en el Plan de seguridad se debaten en las fechas posteriores, habiendo discrepancias respecto a alguno de los puntos. A juicio del Coordinador de Seguridad y Salud, todas estas unidades están contempladas dentro de los distintos documentos que conforman el proyecto de ejecución de la obra y su Estudio de seguridad y salud, o bien asimilables dentro de las unidades que lo componen, siendo las pequeñas modificaciones aprobadas a conveniencia del método productivo de la contrata. En ningún caso se adoptan medidas que no pudieran realizarse a partir de las unidades previstas./ Es cierto que alguna de las medidas recogida en el Plan, y previamente en el Estudio de seguridad, carecen de asignación presupuestaria dentro del proyecto, como los andamiajes perimetrales y las instalaciones sanitarias y de higiene de los trabajadores, pero no se puede decir que no estuvieron previstas, ya que están incluidas dentro de los documentos que componen el proyecto, p. ej. los planos del estudio”.

Concluye que “no cabe volver a un Plan de seguridad anterior, ya que solo existe uno, el inicial, al que responde la completa ejecución de las obras. La única modificación del Plan responde al anexo I al Plan de seguridad,

correspondiente a los trabajos específicos del instalador del ascensor, tal y como se ha indicado anteriormente”.

**16.** El día 14 de abril de 2016, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante de la contratista solicita “instrucciones precisas sobre cómo proceder con la obra principal, toda vez que, una vez realizadas las unidades del modificado por todos conocidas, se deben constatar las mismas (...), abonarlas y proceder a su demolición, que también será de abono./ Estas unidades han sido ejecutadas por el interés público, y poder mantener el ‘normal’ funcionamiento del centro, pero al desistirse de la tramitación del modificado no solo no tienen cabida en el proyecto principal sino que impiden su desarrollo, no siendo tampoco posible continuar con dicho proyecto principal, aun procediendo a su demolición, por lo que la obra perdería su finalidad, al no resultar posible a estas alturas de la misma, y de acuerdo con lo expresado, que pueda llegar a cumplir su finalidad sin implementar nuevas actuaciones (como las que se incluían en el modificado desistido) (...). Instrucciones precisas sobre cómo proceder con los elementos de seguridad adicional exigidos, constatándose su existencia a la fecha para proceder a su abono de acuerdo a los precios firmados, y proceder a su retirada inmediata acto seguido, ya que no constan en el proyecto inicial y fueron implementadas, como se ha dicho, en el modificado de cuya tramitación ha desistido esa Administración (...). Tal y como indica la resolución de suspensión total, y es de justo derecho reclamar, solicitamos se cuantifique y abone todo el material acopiado, constatado por ambas partes, y cuyo acopio fue realizado previamente a la suspensión total de las obras (...). Reiterar lo solicitado a la firma en disconformidad del acta de reanudación y en nuestro escrito de fecha 9 de febrero de los presentes, en el que se solicita (además de la resolución del contrato) el resarcimiento de los daños y perjuicios causados de acuerdo con lo establecido en el artículo 220.2 LCSP (...). Reiterar, asimismo nuestra solicitud (...) de que, en cualquier caso, y como medida cautelar de carácter urgente, se mantenga la suspensión de la obra”.

**17.** Mediante Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 4 de mayo de 2016, se desestima el recurso de reposición interpuesto por la contratista frente al Auto de la misma Sala de 29 de marzo de 2016, por el que se denegaba la medida cautelar de suspensión de la Resolución de la Consejería de 15 de diciembre de 2015.

**18.** El día 18 de mayo de 2016, el Director de la Obra suscribe un informe en el que, en respuesta al escrito presentado por el contratista el 14 de abril de 2016, afirma que “no existen hasta la fecha precios contradictorios aprobados por el órgano de contratación, si bien dichos precios fueron incluidos en el modificado de proyecto básico y de ejecución (...). Que si la empresa ha ejecutado partidas que entiende comprendidas en dichos precios contradictorios lo ha sido bajo su estricta responsabilidad y conveniencia, dado que no existe orden expresa de realización de las mismas, recordando lo que indica la cláusula 17 del (pliego de cláusulas administrativas particulares) que dice: “En ningún caso el contratista podrá realizar modificaciones en la obra que no estuvieran previamente autorizadas por el órgano de contratación, aunque fueran consentidas, autorizadas u ordenadas por la Dirección Facultativa; el incumplimiento de esta prohibición dará lugar a la responsabilidad del contratista./ Por ello se entiende que cualquier importe relativo a la obra, de iniciarse proceso de rescisión de la misma, habrá de ser convenientemente analizado y valorado bajo la perspectiva de que consta a la Dirección de Obra que se realizaron trabajos con posterioridad al acta de suspensión temporal total de las obras y que se produjo un acopio de materiales en obra también posterior a la misma fecha, los cuales, de ser adecuados a las prescripciones previstas en el proyecto, habrán de ser analizados en cuanto a su correcta y válida ejecución o calidad antes de proceder, si procede, su abono al contratista”.

Entiende que existen motivos para resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista, pues “se ha producido una desobediencia a la orden de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras efectuada con fecha 25 de enero de 2016, en cumplimiento de la Resolución del Consejero de Educación y Cultura de 15 de diciembre de 2015, al constatarse en sucesivas visitas (...) que persisten en la actualidad, según consta a quien suscribe tras visita realizada el 5 de abril de 2016, que existe una suspensión de la ejecución de las obras por parte del contratista sin autorización expresa de la Administración”, por lo que propone el inicio del procedimiento de resolución contractual.

Respecto a la reclamación económica del contratista, adjunta al informe una propuesta de liquidación del contrato “en función de lo realmente ejecutado y acopiado hasta la fecha, con la salvedad de que procedería la reclamación a la empresa de todo aquello que pueda representar vicios ocultos de lo realizado (...). El importe resultante de dicha propuesta supondría el abono a la contratista de la cantidad de 35.845,83 euros (IVA incluido), tras aplicar la baja correspondiente al contrato vigente”.

**19.** El día 2 de junio de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante de la contratista afirma que “la continuación de las obras en base al proyecto original no es viable, toda vez que han aparecido elementos *a posteriori* que impiden su realización, por lo que esta parte firmó el acta correspondiente en disconformidad”, y que además “existen elementos de seguridad no previstos en el proyecto original, e incorporados en el modificado, de tal manera que continuar la obra en los términos que el primero nos impone supone su retirada, lo que a su vez implicaría la paralización de los trabajos por no cumplir con las medidas de seguridad establecidas”.

Tras reprochar a la Administración que no haya resuelto la solicitud de resolución contractual formulada por su parte ni haya facilitado instrucción alguna relativa a cómo proceder con la ejecución de la obra, manifiesta que se

ha "constatado la necesidad de obtener instrucciones de la Dirección de Obra en relación con unidades ejecutadas de modificado no aprobado, o precios contradictorios acordados, firmados y ejecutados" que detalla. Asimismo, destaca que "hay excesos de medición con respecto a proyecto que deberían concretarse, lo que solicitamos se realice a la mayor brevedad".

**20.** Mediante Resolución del Consejero de Educación y Cultura de 8 de junio de 2016, se inicia el procedimiento de resolución del contrato "por la causa contemplada en la cláusula 18.1 del (pliego de cláusulas administrativas particulares), esto es, la suspensión de la ejecución de las obras sin autorización de la Administración".

En los fundamentos de derecho de la resolución se indica que "el presente expediente resolutorio se inicia a solicitud del contratista en su escrito con entrada en el registro del 10 de febrero de 2016, por lo que no es aplicable la caducidad prevista 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".

Respecto a la causa resolutoria que motiva la incoación del expediente, se señala que, "de acuerdo con una consolidada doctrina del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (...), en caso de concurrencia de varias causas de resolución de un contrato administrativo debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico./ Según lo indicado, la primera causa en el tiempo es la relativa al abandono de la obra (...). Es por ello que debe apreciarse conforme a derecho el análisis de la causa de resolución del contrato por razón de la suspensión de la ejecución de la obra por parte del contratista sin autorización de la Administración, toda vez que esta suspensión coincide en el tiempo con la desobediencia o inobservancia de las órdenes de la Dirección Facultativa, recogida en el acta de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras (...). En el presente supuesto, cuando la empresa contratista se dirige a la Administración contratante en fecha 10 de febrero de 2016 para comunicar la

resolución del contrato ya constaba que se había producido un abandono de las obras, circunstancia que determina que dicha situación sea la relevante a los efectos de operar como causa legal de resolución”.

Igualmente, se razona que el incumplimiento del contratista es “sustancial en la medida en que los trabajos realizados por importe de 402.815,26 € constituyen una parte (68,59%) de los 587.262,16 € en los que fue adjudicado en su día el contrato, por lo que las obras se encuentran inacabadas. Con la certificación ordinaria de obra (...) correspondiente al mes de julio de 2015 y el acta de reanudación (...) de fecha 25 de enero de 2016 se constata por la Dirección Facultativa de la Obra (que) el importe de los trabajos pendientes de certificar ascendía a 184.446,90 € (IVA incluido) y restaba por ejecutarse en torno al 31,41% € de la obra proyectada. Tal incumplimiento, evidentemente, afecta a la pretensión principal del contrato en forma de inobservancia esencial”.

Por lo que se refiere al análisis de la petición de resolución contractual formulada por el contratista, la Resolución se remite al contenido de los informes del Director de Obra de 18 de mayo de 2016 y del Coordinador de Seguridad y Salud de 6 de abril de 2016, reproduciendo el contenido de este último.

Sobre la solicitud de abono de ciertas partidas, se afirma que “no cabe pronunciamiento alguno en este procedimiento, pues no guardan relación ni traen causa de la resolución contractual pretendida; amén que requerirá de prueba efectiva y documentación suficiente acreditativa a fin de demostrar la efectividad de los abonos que la empresa dice haber asumido y cuyo resarcimiento pretende”.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, dado que la causa que se esgrime para iniciar el procedimiento resolutorio integra un incumplimiento culpable del contratista, se invoca la obligación de este de indemnizar cuantos daños y perjuicios se deriven de la resolución del contrato y se señala, en relación con su cuantificación, que ante “la imposibilidad de conocer con carácter previo a la resolución del contrato el importe de

determinados conceptos constitutivos de daños y perjuicios que el incumplimiento del contratista ha acarreado para la Administración, como el incremento de coste que supondrá (...) tener que realizar una nueva contratación, entre otros, conlleva que la garantía definitiva prestada por el contratista deba retenerse con carácter cautelar hasta que sea posible concretar tal cuantía”.

Respecto a la liquidación, se expresa que “deberá (...) efectuarse al tiempo de resolver el contrato (...), y por ello consta en el expediente una propuesta suscrita por la Dirección de Obra a propósito de la liquidación del contrato que arroja un saldo a favor del contratista por un importe de 35.845,83 € (IVA incluido); propuesta que se traslada al contratista para que manifieste su conformidad o (...) los reparos oportunos”.

De la citada resolución se da traslado a la contratista y a la avalista, concediéndoles un plazo de diez días para que formulen “las alegaciones que estimen pertinentes en orden a la conformidad o desacuerdo con la resolución y los efectos de esta, así como con la propuesta de liquidación”.

**21.** Con fecha 27 de junio de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que el representante del contratista manifiesta su disconformidad frente a la resolución pretendida. Afirma que “se dan las circunstancias objetivas para entrar a realizar modificaciones sustanciales en la obra (de hecho es imposible continuar la misma sin implementarlas), ya sea mediante el modificado del que finalmente se desiste, ya sea mediante la resolución del contrato, sacando el mismo nuevamente a concurso (por superar el 10% el sobreprecio) o mediante cualquier otro mecanismo”. Añade que “lo que dice el informe del Servicio Jurídico (...), único fundamento utilizado por esa Administración para desistir de un modificado ya tramitado prácticamente en su totalidad, es:/ Que esa Administración no ha seguido el procedimiento formal en la manera exigida por la ley para tramitar el modificado./ Que esa Administración no ha razonado en la petición la concurrencia de los motivos legales./ Que el acto no ha sido dictado por el

órgano competente". Considera que "todo lo anterior es subsanable en derecho siguiendo los cauces legalmente establecidos, pero, sin embargo, la Administración, ignorando las circunstancias objetivas, dicta resolución (se trata de una resolución de contenido imposible) en la que se levanta la suspensión como si fuera posible continuar las obras, lo que (...) es imposible a raíz de las nuevas circunstancias solo constatadas una vez avanzados los trabajos". Considera que "la propia actuación administrativa en todo momento acredita la imposibilidad de continuar la obra en los términos inicialmente previstos", pues así resulta -a su juicio- del informe librado el 15 de julio de 2015 por la asistencia técnica a la Dirección de las Obras y de la resolución de suspensión y del acta correspondiente; documentos todos ellos en los que se señala que los trabajos "no se pueden proseguir (...) hasta que el modificado sea aprobado".

Reprocha a la Administración que "en ningún momento se ha pronunciado sobre las solicitudes de instrucciones indicadas, guardando absoluto silencio, del mismo modo que la Dirección de Obra no ha emitido ninguna orden", ni ha realizado "requerimiento alguno al contratista con el fin de continuar la obra (de hecho tiene en su poder las llaves de la misma, que solicitó a la firma del acta de reanudación y que aún no ha devuelto), por lo que solo cabe achacar una interpretación absolutamente interesada por parte de esa Administración de las causas por las que invoca la resolución del contrato".

Respecto a las actas de visita a la obra de fechas 28 de enero y 3 de marzo de 2016, indica que "se han realizado omitiendo las más básicas garantías para el contratista, al que ni tan siquiera se ha convocado a las mismas", y que "los firmantes" de aquellas "carecen de la condición necesaria para levantar cualquier tipo de acta, ni para dar fe de circunstancia alguna, existiendo medios en derecho para ello a disposición de esa Administración que no han sido utilizados", por lo que concluye que "son nulas de pleno derecho, careciendo de valor probatorio, al haberse realizado omitiendo las más básicas garantías para el contratista, que, por otro lado, jamás ha abandonado la obra".

Finalmente, expresa su disconformidad tanto con la retención de la garantía como con la liquidación propuesta por la Administración, y anuncia, respecto de esta última, la próxima aportación de un “informe pericial sobre el particular”.

**22.** El día 2 de julio de 2016, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito al que el representante de la contratista adjunta un “cuadro de liquidación basado en la pericial solicitada” por él “a los efectos de completar sus alegaciones de 27 de junio, donde se refleja y desglosa un importe de liquidación provisional del contrato de 295.401,65 €; cantidad esta que podrá sufrir modificaciones en virtud de las partidas que se devenguen hasta la, en su caso, definitiva resolución”.

**23.** Con fecha 12 de julio de 2016, la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería instructora eleva propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato por causa de incumplimiento culpable del contratista. En ella se parte de considerar que “ambas partes, la Administración y el propio contratista, instan la resolución del contrato, si bien la discrepancia surge en la determinación de las causas de resolución (...), así como a quién resulta imputable el incumplimiento contractual”.

Se expresa, “respecto a las consideraciones que hace el contratista en su escrito de alegaciones sobre el proyecto inicial de obra y su viabilidad, y en particular sobre la aparición de causas nuevas o necesidades técnicas imprevistas que determinan la necesidad de proceder a la modificación del contrato de obras”, que “no cabe pronunciamiento alguno, pues (...) lo contrario sería entrar a prejuzgar la cuestión de fondo de un asunto autónomo y de distintas consecuencias al presente procedimiento de resolución contractual, como es el del desistimiento en la tramitación del modificado y levantamiento de la suspensión de la obra que está siendo objeto de un procedimiento judicial (...) ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Se trata de un recurso contencioso-

administrativo diferente cuyo resultado responderá a la dinámica procesal, particularmente a la probatoria, vertida en aquel proceso y sin que pueda resultar extensible al ámbito del procedimiento para la extinción del contrato que nos ocupa./ Por tanto, tampoco cabe la suspensión que solicita el contratista del presente procedimiento de resolución contractual, pues de prosperar su pretensión en el citado recurso contencioso-administrativo esa hipotética sentencia favorable le restablecería en esos derechos que cree lesionados; el acto de desistimiento en la tramitación del modificado quedaría sin efecto y los daños y perjuicios, en su caso, siempre serían indemnizables”.

En cuanto a la pasividad de la Administración denunciada por el contratista, se indica que lo que ha existido, por contra, ha sido una “desobediencia del contratista a la orden de levantamiento de la suspensión temporal total de las obras (...). A mayores, es el propio contratista en sus reiterados escritos quien solicita la rescisión del contrato, y tampoco expresa su voluntad de reiniciarlas o las circunstancias que se lo impidan; más allá, a su juicio, de la necesidad de tramitar un modificado”.

Frente a las afirmaciones formuladas por el contratista sobre la falta de constatación en forma legal del abandono de la obra, señala que este “se desprende de las sucesivas y documentadas visitas a la obra, de las que también se hace eco el informe-propuesta de resolución del contrato emitido por el Director de Obra de 18 de mayo de 2016, siendo la última visita realizada, como se dice en el mismo, el 5 de abril de 2016”. Es más, subraya que la negación por su parte de la paralización de los trabajos no ha sido respaldada por prueba alguna, siendo irrelevante que la Administración no haya avisado al contratista con carácter previo de que las visitas iban a realizarse, pues de haber estado trabajando en el momento de realizarlas el personal de la empresa podría haber recibido a los técnicos intervinientes.

Se afirma que las partidas reclamadas por el contratista “sin perjuicio de la liquidación de la obra, deberán analizarse una vez resuelto el contrato, sin que afecte a las competencias propias del órgano de contratación”.

Finalmente, en cuanto a la liquidación del contrato, se expresa que “deberá (...) efectuarse al tiempo de resolver el contrato (artículo 239.1 del TRLCSP y 172.3 del RGLCAP)”, aunque en “nada afecta a la cuestión principal de la concurrencia de causa de resolución del contrato que está sustanciándose”.

De acuerdo con lo indicado, se propone “resolver el contrato (...) por la causa contemplada en la cláusula 18.1 del (pliego de cláusulas administrativas particulares), esto es, la suspensión de la ejecución de las obras sin autorización de la Administración” y “retener cautelarmente la garantía definitiva constituida (...) por un importe de 24.267,03 € hasta que sea posible cuantificar el alcance definitivo de daños y perjuicios ocasionados a la Administración derivados de la resolución del contrato, mediante un procedimiento contradictorio de liquidación de daños y perjuicios que se instruirá a continuación a tal fin”.

**24.** Mediante oficio de 26 de julio de 2016, la Jefa del Servicio Jurídico del Principado de Asturias remite a la Secretaría General Técnica de la Consejería instructora el informe librado el día anterior por una Letrada de dicho Servicio en el que se concluye que “concorre la causa de resolución del contrato a la que se refiere la propuesta de resolución”, y que “no se emite informe en lo relativo a los efectos de la resolución”.

**25.** Con fecha 10 de agosto 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 que “la continuación de las obras en base al proyecto original no es viable, toda vez que han aparecido elementos *a posteriori* que impiden su realización, por lo que esta parte firmó el acta correspondiente en disconformidad”, y que “existen elementos de seguridad no previstos en el proyecto original, e incorporados en el modificado, de tal manera que continuar la obra en los términos que el mismo nos impone supone su retirada, lo que a

su vez implicaría la paralización de los trabajos por no cumplir con las medidas de seguridad establecidas”.

Tras poner de manifiesto la falta de respuesta a las reiteradas solicitudes formuladas por su representada relativas a los “términos precisos en que esa Administración pretende que se continúen las obras, lo cual resulta a nuestro juicio imposible sin realizar trabajos adicionales a los relacionados en el proyecto inicial”, solicita que la Administración se haga cargo de los costes que le está generando al contratista el mantenimiento en obra de ciertas instalaciones, como el andamiaje de fachada, la marquesina de protección de la salida de emergencia, la torreta andamio de acceso a cubierta, los toldos de protección de fachada, las casetas de obra y la barandilla de protección de patio, “habida cuenta de que estos medios a disposición de la obra paralizada tienen un elevado coste que entendemos no es responsabilidad del contratista, de modo que, en pro del interés público, solicitamos instrucciones para su retirada, al no estar considerados necesarios según los documentos de licitación”.

**26.** Mediante escrito de 13 de septiembre de 2016, el Presidente del Principado de Asturias solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

**27.** El Pleno del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el 6 de octubre de 2016, emite dictamen en el que concluye que se ha producido la caducidad del procedimiento analizado que debe entenderse iniciado de oficio, por lo que deberá declararse tal circunstancia sin perjuicio de iniciar un nuevo procedimiento resolutorio al que podrán incorporarse los antecedentes y trámites del anterior que puedan mantenerse por persistir su vigencia. En el mismo dictamen se pone de relieve que no podrá decidirse sobre el fondo del asunto sin justificar técnicamente que la obra puede ejecutarse prescindiendo de los trabajos contemplados en la modificación del proyecto en su día propuesta, pues si el contrato que no puede ser modificado tampoco pudiera

ejecutarse en los términos pactados entraría en juego la causa de resolución del artículo 105.1 del TRLCSP.

**28.** Mediante Resolución del titular de la Consejería de Educación y Ciencia de 16 de noviembre de 2016 se declara la caducidad del procedimiento iniciado el 8 de junio de 2016, lo que se notifica al contratista y al avalista.

**29.** Con fecha 20 de enero de 2017, el Director de la Obra suscribe un informe, en respuesta a la solicitud de informe cursada por la Jefa del Servicio de Contratación el 17 de noviembre de 2016, en el que se analizan las posibilidades de ejecutar la obra conforme al proyecto originario y la disconformidad del contratista con la liquidación del contrato, dando respuesta asimismo a las alegaciones efectuadas por el representante de la constructora en los escritos presentados con fecha 27 de junio y 10 de agosto de 2016.

Respecto a la primera de las cuestiones, manifiesta que, "a la vista de lo ejecutado por la empresa hasta el momento del acta de levantamiento de la suspensión de obra, su equivalencia con precios existentes en el proyecto inicial y la posibilidad que le cabe a la Dirección de Obra de renunciar a la ejecución de nuevas partidas y elementos previstos en el proyecto modificado hacen perfectamente viable la reanudación de las obras conforme a lo previsto en el proyecto inicial y las correspondientes interpretaciones de su ejecución por la Dirección de Obra; en cualquier caso, última responsable de la viabilidad legal final del proyecto ejecutado, y teniendo en cuenta que disponía, y dispone, del 10% de margen para proceder a englobar dichos trabajos dentro de la certificación final de obra y posterior liquidación./ En cualquier caso, de dicha ejecución resulta directamente responsable técnicamente la propia Dirección de Obra, correspondiendo a la contratista su ejecución, sin que se vea comprometida responsabilidad alguna del contratista al respecto, que en dicho caso ejecuta lo previsto o lo equivalente en interpretación de la Dirección Facultativa de las Obras (Dirección de Obra)./ La ejecución de la obra resultaba por tanto viable técnicamente de acuerdo al proyecto, a la interpretación que le

cabe a la Dirección de Obra de dicho proyecto, desde un punto de vista técnico, y a la posibilidad de mantener las previsiones del proyecto en cuanto a una serie de elementos, aunque ello pudiese operar posteriormente como dificultad añadida para la completa tramitación de las instalaciones ante la Administración competente, dado que en caso de producirse habrían de contratarse independientemente del presente contrato de obras otras actuaciones de modificación de las instalaciones existentes, en particular (ello dado que nada más quedaría comprometido en el futuro)./ En lo referente a la seguridad de la obra, era y es viable completamente ajustar las mediciones de las unidades existentes en proyecto inicial a la realidad del centro docente y ser abonadas adecuadamente al contratista sin comprometer la seguridad del centro docente, que ha de decirse que no ha tenido problema alguno a lo largo de las obras”.

Manifiesta que “los trabajos realizados hasta la fecha se entendían comprendidos o encuadrables dentro de lo previsto en proyecto y/o liquidables en su momento con aplicación de los precios contenidos en él. La realización de la cubierta por el contratista, por su propio beneficio en obra y sin orden previa de ejecución por la Dirección de Obra, permite proseguir el conjunto de los trabajos, acudiendo a la equivalencia en tipo y precio entre la partida prevista en el contradictorio correspondiente, el PC02, y la partida existente en proyecto, 4.008, aumentando su medición./ Los precios contradictorios PC01 a PC15 incluidos en el modificado incluían trabajos que perfeccionaban el proyecto inicial e incluían, en el caso de los contradictorios PC03, PC10, PC12, PC13, PC14 y PC15, partidas prescindibles en la ejecución posterior, aun a riesgo de una futura legalización de la sala de calderas que debería abordar la Administración con independencia de la ejecución del proyecto inicial, si se produjese informe negativo de los servicios correspondientes de la Consejería competente en la materia, y en el caso del control de las flechas del forjado quedaría a juicio de la Dirección de Obra y a la vista del refuerzo estructural realizado y de las nuevas cargas elaborar estudio específico posterior, independiente igualmente del contrato en ejecución./ El PC02 deviene en innecesario en el momento del levantamiento de la suspensión, dado que la

empresa, por su interés y búsqueda de rapidez, lo ejecuta en obra -cubierta- de forma equivalente a las unidades de proyecto inicial 4.008 y 4.009, dado el tiempo transcurrido y la necesidad de evitar la entrada de agua en la obra (...). El resto de precios contradictorios tiene adecuados equivalentes en las partidas previstas en proyecto, las cuales sirven de base para el cálculo de la liquidación". Respecto de esta, y tras analizar las partidas que se incluyen en la propuesta del adjudicatario, concluye que "asciende el presupuesto de lo realmente ejecutado -IVA incluido y aplicada la baja correspondiente-, a juicio de la Dirección Facultativa de las Obras, (a) 482.079,24 euros, lo que significa una vez descontado lo abonado hasta la fecha -402.815,26 euros- una certificación de liquidación (...) de 79.263,98 euros".

En cuanto al reproche del contratista relativo a que la Administración en ningún momento dio instrucciones para la continuación de la obra tras el desistimiento de la modificación del proyecto, señala que, dado que el adjudicatario había paralizado los trabajos, no existía obra en curso que justificara su intervención técnica, por lo que "la inactividad administrativa en este punto es consecuencia directa, en cuanto a la obra se refiere, a la inactividad real de la contratista".

En relación con las supuestas irregularidades cometidas al extender las actas de visita a la obra, precisa que "las visitas y actas que se levantan como consecuencia de ellas son completamente necesarias para confirmar por la Dirección Facultativa si las obras se habían o no reiniciado (...), no existiendo obligación alguna de citar a la empresa contratista cuando esta en el mismo día y acto de firma del acta de levantamiento de la suspensión entrega en mano a quien suscribe llave de acceso a las obras, la cual se deposita en el llavero de control de accesos y seguridad de la Consejería de Educación y Cultura (...). Igualmente resulta (...) necesario realizar las visitas para efectuar las mediciones de obra de lo realmente ejecutado y de los materiales acopiados en obra por el contratista con posterioridad a la suspensión".

Respecto a la liquidación de los trabajos, calcula que "asciende el presupuesto de lo realmente ejecutado -IVA incluido y aplicada la baja

correspondiente-” a 482.079,24 euros, “lo que significa una vez descontado lo abonado hasta la fecha -402.815,26 euros- una certificación de liquidación, una vez aplicada la baja del contrato, de 79.263,98 euros”.

Por último, en cuanto a las solicitudes formuladas por el contratista en su escrito de 10 de agosto de 2016, subraya que de la petición en ella contenida relativa a la retirada de andamios y otros elementos similares cabe colegir su intención de abandonar la obra definitivamente. Respecto de tal solicitud, precisa que “no cabe conjeturar por la Dirección de Obra si la retirada de los elementos que menciona el escrito no tiene incidencia directa en la consecución de la misma o en la seguridad de las personas que ocupan el centro docente y por lo tanto entiende que no cabe manifestarse al respecto. Dado que el contratista dispone de acceso a la obra (...) habría de ser de su exclusiva responsabilidad la decisión de retirar dichos elementos si considera que se cumplen las condiciones de seguridad adecuadas, ya que de otro modo estaría pretendiendo derivar dicha responsabilidad en la Dirección de Obra y los costes a la propia Administración (...); responsabilidad que entendemos no puede ser asumida por dicha Dirección, excediendo de su funciones la toma de esta decisión con la obra efectivamente paralizada”.

**30.** Mediante Resolución del titular de la Consejería de Educación y Cultura de 31 de enero de 2017, se inicia el procedimiento de resolución del contrato de referencia “por la causa contemplada en la cláusula 18.1 del (pliego de cláusulas administrativas particulares), esto es, la suspensión de la ejecución de las obras sin autorización de la Administración”. En la misma resolución se acuerda su notificación al contratista y al avalista concediéndoles audiencia por un plazo de diez días.

**31.** Con fecha 21 de febrero de 2017, el representante de la adjudicataria presenta en una oficina de correos un escrito en el que manifiesta su disconformidad con la resolución pretendida. Considera que el procedimiento debe ser archivado, “dado que tiene como objeto y sujetos los mismos del

contencioso-administrativo pendiente de resolución. De hecho, si (...) se dictase en vía administrativa una resolución con el contenido previsto y se quisiera recurrirla en el contencioso nos podríamos encontrar con el principio de la cosa juzgada o litispendencia./ Además, si la Administración dictase la resolución que más le convenga (...) prescindiendo totalmente de lo que se decida por la Sala del Tribunal Superior de Justicia se podría decidir en vía administrativa de forma opuesta y contradictoria con una posible sentencia a nuestro favor”.

Subraya que “lo más relevante que se observa en la resolución es la manifiesta contradicción e incoherencia de los informes dictados en 2015 por el Director de Obra y otros técnicos y lo que se indica en el informe dictado de forma sorprendentemente extemporánea el 20 de enero de 2017 (...). En los primeros (...) se afirma que como consecuencia de los problemas revelados al comienzo de la obra era necesario aprobar un proyecto modificado, dada la imposibilidad de proseguir con el proyecto originario. De hecho, por esas razones técnicas se suspende la obra. Sin embargo, misteriosamente, dos años después, con la obra paralizada, un expediente administrativo de resolución contractual a solicitud del interesado declarado caducado y archivado (no desestimado por silencio administrativo) y un pleito contencioso-administrativo abierto y casualmente durante la práctica de la prueba de la *litis* se emite un nuevo informe donde se afirma (...) que no es cierto que, por la realidad de la obra constatable solo una vez avanzados los trabajos, era necesario aprobar un proyecto modificado (...). Que el desistimiento de la tramitación del modificado (...) no implicaba ningún riesgo para el contratista o para el centro educativo, resultando plenamente viable la obra originariamente prevista. No entendemos cómo el informe del Servicio Jurídico, que se ha basado solo en una evaluación jurídica, haya servido de único soporte para alegar la desaparición de los problemas de tipo estructural encontrados por el mismo Director de Obra y el informe de otros peritos técnicos (...). Que en el proyecto modificado se pactaron trabajos que solo perfeccionaban el proyecto inicial y, en particular, los precios contradictorios PC03, PC10, PC12, PC13, PC14 y PC15 eran partidas prescindibles. Sobre este punto no entendemos por qué si los trabajos eran

solo de perfeccionamiento (...), y además eran prescindibles, primero, se consideró necesario la aprobación de un modificado y, segundo, se destinó dinero público por partidas innecesarias. La verdad es que estas obras nuevas eran fundamentales. Recordamos, de hecho, que por urgencia algunos de estos nuevos trabajos se realizaron o se empezaron a ejecutar, generando derecho de cobro por ellos (...). Adicionalmente, indica que todo eso se ha ejecutado unilateralmente cuando en realidad la Administración había dado conformidad al precio firmándolo en prueba irrefutable de su conformidad, informando de la necesidad por urgencia, y en ningún caso negando su ejecución u ordenando la retirada, demolición o paralización, puesto que la cubierta no es algo que permanezca oculto. Un cambio de esta índole de por sí necesita un modificado, y no está sujeto al libre interés de la contratista, y menos se puede justificar desde la equivalencia entre esas partidas. De hecho, se quiso convertir por la Administración unidades de cubierta en unidades de fachada, cuyos requisitos son totalmente distintos (...). Además se admite que siempre por urgencia se realizó un refuerzo estructural no previsto en el proyecto originario, lo que ya de por sí debiera legalmente generar un proyecto modificado, ya que la modificación de la estructura del edificio es un cambio básico (...). Respecto a que la contratista no es que no pudiera reanudar la obra sino que no quiso (...), en el mismo informe de 20 de enero de 2017 se admite que la contratista (...) requirió en múltiples ocasiones instrucciones para deshacer lo que estaba en la obra como consecuencia del proyecto modificado y seguir con el proyecto originario (...). La falta de instrucciones sobre cómo remover los elementos del proyecto modificado y cómo reanudar el proyecto originario es causa que justifica la imposibilidad objetiva de volver a la obra y es imputable objetivamente solo a la Administración (...). En lo referente a la seguridad de la obra, se dice que no se ha tenido problemas (...). Eso ha sido posible gracias a las medidas extraordinarias que se tomaron urgentemente, del celo profesional en el desarrollo de los trabajos, el buen hacer de los trabajadores, así como el gasto desproporcionado que todas estas medidas tuvieron”.

Entiende el representante de la contratista que “la falta de continuidad de la obra no fue una elección caprichosa de (la adjudicataria), sino una imposibilidad objetiva que constituye causa de resolución en virtud del artículo 223.g) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, a lo que añade que “tampoco se pudo proseguir con los trabajos porque la Administración no cumplió con la obligación previa de dar instrucciones adecuadas sobre cómo deshacer las unidades que se ejecutaron en la obra como consecuencia del modificado sin perjudicar la misma, ni cómo resolver los problemas técnicos evidentes y manifestados por la contratista y los técnicos que a su juicio eran de tal trascendencia que impedían la continuidad de la obra. Esta parte cree que la reiterada omisión de la Administración se debió al hecho (de) que tampoco el Director de Obra y los demás técnicos sabían qué instrucciones dar a tal propósito. Por lo que, si finalmente se considerase esta falta de reanudación de las obras como imputable subjetivamente a la contratista se debería admitir por parte de esta Administración que parte de dicha ‘culpa’ se debe a la evidente e injustificada falta de instrucciones y órdenes de la misma Administración; más cuando se solicitaron expresamente y en múltiples ocasiones por la contratista (...) ¿Cómo pretende resolver la Dirección de Obra su problema? En lugar de reconocer lo ejecutado de acuerdo al proyecto modificado y realizado por urgencia, con todos los informes que lo justifican y aclaran, a la vista del informe jurídico que deniega el modificado trata de asimilar unidades de la forma que sea, aun de manera incoherente, mezclando unidades, materiales, tipologías, etc., con el fin de tratar de justificar equivalencias, ya que las unidades del modificado están ejecutadas, y adicionalmente reducir el importe de las mismas para poder absorber el incremento del importe solicitado en el modificado./ Cualquier otra solución pasaría por la demolición de lo ejecutado, con su correspondiente abono, y ejecución de la solución de proyecto, que sería inviable, pues no están consideradas unidades en proyecto que permitan su ejecución. Es decir, estaría

abocado a pagar lo ejecutado, su demolición, y se vería en la misma solución actual, incurriendo en mayor gasto, y la misma problemática”.

Rechaza que el contrato pueda resolverse con imputación a su representada de “la diferencia entre lo que habría cobrado ella por ejecutar las obras no realizadas y lo que se establezca en la nueva contratación, sin ningún límite máximo”, por estimar que “dicha fórmula, además de desproporcionada, debe considerarse ilegal porque no tiene ningún amparo legal expreso en el artículo 225 del 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 cuanto a la liquidación propuesta por la Administración, señala que se justifica “de acuerdo al proyecto”, lo que considera “inviable, ya que se ha dicho en repetidas ocasiones que se han modificado, por lo que no hay ‘asimilación’ posible técnicamente hablando”. Tras detallar “las diferencias más groseras que se pueden observar con las valoraciones propuestas por la Consejería”, explica que “el importe total (...) en ejecución material es de 704.577,73 euros, que coincide casi exactamente con la valoración pericial, frente a los 510.522,27 euros de la liquidación recibida”. Concluye que “se han asimilado algunas unidades de proyecto de forma incompleta a los precios contradictorios, y tampoco se corresponden con los importes firmados por el mismo técnico que firma esta propuesta de liquidación. Estas interpretaciones liberales -gratuitas en todo caso- de los precios y sus asimilaciones son siempre claramente desfavorables a la contrata”.

Adjunta al escrito, entre otros documentos, un extenso informe pericial en el que se efectúa una propuesta de liquidación de las obras que suscriben un Arquitecto y un Arquitecto Técnico el día 1 de julio de 2016. Propone la práctica de prueba documental, pericial (al objeto de que los autores del informe que aporta se ratifiquen en su contenido) y testifical de diversos funcionarios intervinientes en la contratación y el procedimiento de resolución contractual de referencia.

**32.** Mediante Resolución del Consejero de Educación y Cultura de 2 de marzo de 2017 se inadmite la práctica de las pruebas pericial y testifical, “por considerarse manifiestamente innecesaria su práctica, toda vez que dichos medios de prueba son redundantes con la documentación e información obrante en el expediente administrativo (...), sin que los hechos acaecidos o elementos de juicio puedan verse desvirtuados por la realización de las pruebas solicitadas. A mayores, tampoco el contratista concreta el extremo o extremos acerca de los que solicita la práctica de tales pruebas y que, a su juicio, sería relevante para la correcta valoración de los hechos”. La citada resolución se notifica al contratista el día 9 del mismo mes.

**33.** Con fecha 7 de marzo de 2017, la Jefa del Servicio de Contratación suscribe propuesta de resolución relativa a la resolución del contrato “por la causa contemplada en la cláusula 18.1 del (pliego de cláusulas administrativas particulares), esto es, la suspensión de la ejecución de las obras sin autorización de la Administración”, proponiendo la retención cautelar de la garantía “hasta que sea posible cuantificar el alcance definitivo de daños y perjuicios ocasionados a la Administración derivados de la resolución del contrato”.

Se afirma en la citada propuesta que, “como consecuencia de lo expuesto en los informes del Director de Obra y Coordinador de Seguridad y Salud, resulta viable técnicamente el proyecto originario para la continuación de la ejecución de la obra en los términos convenidos y no de forma distinta; no siendo admisibles, por tanto, las alegaciones opuestas por el contratista acerca de que la obra es de imposible reanudación sin aprobar antes el modificado y que concurre la causa de resolución invocada por este del artículo 105.1 del TRLCSP”. Señala que, por el contrario, “las actuaciones ponen de manifiesto que el contratista abandonó de forma unilateral las obras, paralizando las obras sin autorización expresa de la Administración (...), sin que puedan eximirle de dicho incumplimiento las afirmaciones (...) sobre deficiencias en el Estudio básico de seguridad y salud que contemplaba el proyecto de obras./ La

empresa contratista concurrió a la licitación, de la que resultó adjudicataria, formalizando el contrato (...) y por tanto prestando su conformidad (...). Una vez firmado el contrato tampoco en el acto de comprobación del replanteo e inicio de la obra (...) manifiesta objeción alguna a la viabilidad del proyecto, sino que es con posterioridad cuando manifiesta sus reparos a la idoneidad del mismo (...). El proyecto técnico redactado por la arquitecta (...) y que sirvió de base a la contratación de las obras fue supervisado favorablemente, con fecha 28 de noviembre de 2013, por el servicio competente en la materia (...). En dicha supervisión, emitida en sentido favorable, no se realiza objeción alguna a la no validez de dicho proyecto”.

Entiende que “se da una evidente responsabilidad del contratista, pues, con independencia de las dudas, dificultades o indefiniciones que pueden encontrarse a medida que progresa la obra, ello no permite al contratista no reanudar las obras desde el 25 de enero de 2016, y menos hacerlo de un modo unilateral, y, en este sentido, ya desde ese instante inicial de abandono de la ejecución su actitud obstructiva puede considerarse culpable. Este extremo de abandono de la obra se desprende de las sucesivas y documentadas visitas a la obra”. Destaca que tal incumplimiento “es sustancial”, pues “con la certificación ordinaria de obra número 9, correspondiente al mes de julio de 2015, y el acta de reanudación de la obra, de fecha 25 de enero de 2016, se constata por la Dirección Facultativa de la Obra (que) el importe de los trabajos pendientes de certificar ascendía a 184.446,90 € (IVA incluido) y restaba por ejecutarse en torno al 31,41% de la obra proyectada. Tal incumplimiento, evidentemente, afecta a la prestación principal del contrato en forma de inobservancia esencial del que constituye su objeto”.

Respecto a los efectos resolutorios, y considerando la “imposibilidad de conocer con carácter previo a la resolución del contrato el importe de determinados conceptos constitutivos de daños y perjuicios que el incumplimiento del contratista ha acarreado para la Administración, como el incremento de coste que supondrá (...) tener que realizar una nueva contratación”, propone acordar la retención de la garantía “hasta que se

cuantifiquen los referidos daños y perjuicios, cobrándose su importe de la garantía si esta fuera superior a aquellos (y en caso contrario con subsistencia de la responsabilidad del contratista en cuanto al exceso)“.

A continuación se analizan las alegaciones de la adjudicataria. Respecto de la pendencia del proceso judicial dirigido contra la resolución de desistimiento del modificado, señala que “de prosperar su pretensión en el citado recurso (...) esa hipotética sentencia favorable le restablecería en esos derechos que cree lesionados, el acto de desistimiento en la tramitación del modificado quedaría sin efecto y los daños y perjuicios, en su caso, siempre serían indemnizables”.

La autora de la propuesta niega, por otra parte, que exista “contradicción alguna entre lo señalado por el Director de Obra en este último informe de 20 de enero de 2017 respecto a los anteriores, sin que en la memoria de la necesidad de redacción del proyecto modificado ni en ninguno de ellos se mencione o atisbe que la tramitación del modificado de las obras fuese necesaria para poder terminarlas”.

Destaca que la desestimación por silencio de la solicitud resolutoria del contratista no le autoriza “a abandonar la ejecución del contrato o a incumplir, como medida de presión o reacción frente al incumplimiento de la otra parte, los deberes que le incumben”.

En cuanto al pretendido carácter “incompleto” e “insuficiente” del Estudio de seguridad y salud, se remite la autora de la propuesta de resolución “a los informes de índole técnico del Director de la Obra y del Coordinador de Seguridad y Salud que obran en el expediente”, precisando que el “Plan de seguridad y salud es el documento que debe elaborar el contratista y que sirve para analizar, desarrollar y complementar las previsiones del Estudio de seguridad y salud que acompaña al proyecto” y que “es obligación del contratista el cumplimiento de la normativa vigente en materia de seguridad y salud laboral, por lo que vendrá obligado a disponer las medidas exigidas en la normativa vigente, siendo a su cargo el gasto que ello origine” (cláusula 15.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares).

Rechaza que el adjudicatario tuviera verdadera voluntad de continuar con la ejecución de las obras, pues "es el propio contratista en sus reiterados escritos quien solicita la rescisión del contrato, y tampoco expresa su voluntad de reiniciarlas o las circunstancias que se lo impidan; más allá de, a su juicio, la necesidad de tramitar un modifico que, en todo caso, requiere aprobación del expediente por el órgano de contratación (artículo 234 del TRLCSP); circunstancia que en el supuesto que nos ocupa no se produjo porque el procedimiento de modificación del contrato terminó por desistimiento. Por ello resulta razonable suponer que no había obstáculo para la realización por parte del contratista de los trabajos y para que el contrato se ejecutase en los términos contenidos en el proyecto./ Por otro lado, si el contratista ha ejecutado partidas que entiende comprendidas en el modifico de obra (sin haberse aprobado) y ahora solicita instrucciones para su desmontaje ha sido bajo su responsabilidad, dado que no consta orden expresa de realización de las mismas, de modo que la cláusula 17" del pliego de cláusulas administrativas particulares señala que "en ningún caso el contratista podrá realizar modificaciones en la obra que no estuvieran previamente autorizadas por el órgano de contratación, aunque fueran consentidas, autorizadas u ordenadas por la Dirección Facultativa; el incumplimiento de esta prohibición dará lugar a la responsabilidad del contratista".

En cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios causados por parte del contratista, se señala que su determinación se efectuará en el oportuno expediente contradictorio, "conforme al artículo 113 RGLCAP".

Por lo que a la liquidación se refiere, se expresa que "la liquidación de la obra ejecutada que proceda está pendiente de realizar y requiere el procedimiento contradictorio de liquidación que se está llevando a cabo, pero nada afecta, en aras a los principios de eficacia, celeridad y economía procedimental, a la cuestión principal de la concurrencia de causa de resolución del contrato que está sustanciándose".

Mención aparte merecen, a su juicio, "las partidas reclamadas de manera genérica por el contratista en concepto de costes varios imputables al

incremento de plazo y paralización de obra (...), por tratarse de conceptos económicos que, sin perjuicio de la liquidación de la obra, deberán analizarse una vez resuelto el contrato (...). Por ello se entiende que no cabe pronunciamiento alguno en este procedimiento, pues no guardan relación ni traen causa de la resolución contractual pretendida; amén que requerirá de prueba efectiva y documentación suficiente acreditativa a fin de demostrar la efectividad de los abonos que la empresa dice haber asumido y cuyo resarcimiento pretende”.

**34.** El día 15 de marzo de 2017, un Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias informa favorablemente la propuesta de resolución contractual.

**35.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de marzo de 2017, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de ampliación de cuatro unidades de primaria y aula complementaria en el Colegio Público Juan Rodríguez Muñiz, de las Campas, adjuntando a tal fin una copia autenticada del expediente.

Posteriormente, con fecha 3 de abril de 2017, el Consejero de Educación y Cultura resuelve la suspensión del plazo máximo para dictar y notificar la resolución en el procedimiento de referencia “desde el día 30 de marzo de 2017, coincidente con el día de petición por conducto de Presidencia del preceptivo dictamen al Consejo Consultivo, hasta la recepción del mismo”, lo que se notifica al contratista y al avalista.

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

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del

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

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

En el caso ahora examinado existe oposición del contratista, pero no a la resolución del contrato, sino a sus causas y consecuencias, lo que constituye el verdadero objeto de discrepancia. Como hemos manifestado en anteriores dictámenes, la oposición del contratista que determina la intervención preceptiva de este Consejo existe no solamente cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la citada resolución, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la misma.

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

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -14 de octubre de 2014-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 del TRLCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes

normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

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

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

La instrucción de los procedimientos de resolución contractual se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 211 y en 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; informe del Servicio Jurídico, salvo que este último no sea necesario atendiendo a la causa resolutoria, y dictamen “del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”. El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de los trámites señalados.

Respecto al plazo máximo para resolver y notificar la resolución que recaiga, observamos que, iniciado de oficio el procedimiento de resolución contractual mediante Resolución del órgano de contratación de 31 de enero de 2017, la Administración ha utilizado la posibilidad de suspender el cómputo del plazo máximo de tres meses para resolver y notificar establecido en el artículo

25.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), al objeto de evitar la caducidad del procedimiento que se produciría por transcurso de dicho plazo el día 30 de abril de 2017, teniendo en cuenta que tal precepto es de idéntica redacción a la del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que el Tribunal Supremo ha venido considerando aplicable a esta clase de procedimientos (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de marzo de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:643-, Sección 4.ª; de 9 de septiembre de 2009 -ECLI:ES:TS:2009:5567- y 8 de septiembre de 2010 -ECLI:ES:TS:2010:4766-, Sección 6.ª, y de 28 de junio de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:4151- y 20 de abril de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:1690-, Sección 7.ª, entre otras). La suspensión señalada, motivada por la solicitud de nuestro dictamen y fundada en el artículo 22.1.d) de la LPACAP, produce efectos, según aprecia la Administración, desde el día en que se registra de salida la petición de consulta a este órgano consultivo, constando en el expediente la acreditación de que tal solicitud se ha comunicado al contratista y al avalista en los términos establecidos en el precepto antes citado. A la recepción de nuestro dictamen, que también deberá ser puesta en conocimiento de los interesados, se reanudará el cómputo de dicho plazo máximo, disponiendo entonces la Administración de un mes para dictar y notificar la resolución finalizadora del procedimiento.

**CUARTA.-** Entrando ya en el fondo del asunto, se encuentran en liza en el asunto que analizamos, como ya hemos avanzado en la consideración segunda, las pretensiones resolutorias del adjudicatario y de la Administración contratante.

Entiende el contratista, según manifiesta en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia celebrado en el procedimiento que ahora nos ocupa, que el contrato ha de resolverse por la causa contemplada en el artículo 223.g) del TRLCSP, al concurrir una "imposibilidad objetiva" de ejecutar

la prestación en los términos inicialmente pactados. Afirma que las circunstancias de hecho constatadas al comienzo de los trabajos y que llevaron al Arquitecto Director de las Obras a proponer la redacción de un proyecto modificado no han desaparecido pese a haber renunciado la Administración al reformado, de lo que colige que el contrato no puede ejecutarse en la forma convenida inicialmente.

La Consejería parte de considerar, por el contrario, que la obra puede desarrollarse en los términos inicialmente pactados, y entiende que la paralización de los trabajos integra una causa resolutoria imputable al contratista de conformidad con lo establecido en la cláusula 17 del pliego de las administrativas particulares.

Para resolver la discrepancia entre las partes resulta esencial analizar, como ya habíamos señalado en nuestro Dictamen Núm. 227/2016, referido al mismo asunto, si es posible ejecutar el contrato prescindiendo de la realización de los cambios contemplados y justificados en la memoria del proyecto modificado que fue aprobado mediante Resolución del órgano de contratación de 8 de junio de 2015, habida cuenta de que, conforme a lo previsto en el artículo 105.1 y 223, letra g), del TRLCSP, cuando sea imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente convenidos o exista la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse la ejecución en la forma convenida y el contrato no pueda modificarse, deberá procederse a la resolución del vigente y a la celebración de uno nuevo.

Manifiesta el Arquitecto Director de las Obras en su informe de 20 de enero de 2017 que “la reanudación” de los trabajos “conforme (a) lo previsto en el proyecto inicial” es “perfectamente viable”, y que “los precios contradictorios PC01 a PC15 incluidos en el modificado incluían trabajos que perfeccionaban el proyecto inicial e incluían en el caso de los contradictorios PC03, PC10, PC12, PC13, PC14 y PC15 partidas prescindibles en la ejecución posterior”. De lo anterior cabe deducir que es posible renunciar a los trabajos pendientes de ejecución y por cuya necesidad se justificaba el modificado, ya

que, referidos al mero perfeccionamiento del proyecto original, su falta de realización no afectaría al interés público a que el contrato sirve.

No podemos ocultar la gran extrañeza que nos causa tal planteamiento, pues ello supondría asumir que la justificación de la modificación en su día propuesta -que era de las no previstas en la documentación que rige la licitación- se habría fundado en circunstancias meramente contingentes o a las que se podía renunciar con posterioridad, cuando es sabido que, según la Ley, los reformados de tal clase no pueden sustentarse sino en alguno de los motivos tasados recogidos en las letras a) a e) del artículo 107 del TRLCSP. A mayor abundamiento, no podemos perder de vista que la modificación del proyecto se había justificado en su día en necesidades que no parecen susceptibles de ser obviadas, como las de realizar los trabajos necesarios para solventar el incumplimiento de la normativa aplicable que se había apreciado en la instalación eléctrica o atinentes a asegurar la estabilidad del edificio, como los de refuerzo de estructuras o dirigidos a la regularización de la superficie de los forjados preexistentes, que estaban deformados, con un sistema más ligero que el inicialmente contemplado para que pudieran soportar el sistema de calefacción de suelo radiante a instalar.

Si se examina el proyecto modificado puede constatarse que algunas de las tareas calificadas como prescindibles o de mero perfeccionamiento por el citado técnico corresponden al núcleo central del reformado, el cual contemplaba la realización de cambios en la estructura del tejado, la regularización de la superficie de los forjados con un sistema poco pesado, la introducción de ajustes en los trabajos de refuerzo de la estructura y la modificación de las instalaciones eléctrica y de calefacción. En efecto, a dichos trabajos se refieren los siguientes precios contradictorios incluidos en el presupuesto del proyecto modificado: PC02, para el suministro y colocación de panel nervado tipo sándwich de 50 mm de espesor en cubierta; PC06, atinente a la ejecución de solera de mortero ligero para regularización de forjado en espesor máximo de 5 cm; PC09, comprensivo de los trabajos de refuerzo de estructura y recibidos de paramentos; PC14, relativo a la modificación y

adaptación de la instalación eléctrica de la sala de calderas existente, incluyendo las operaciones necesarias para la sustitución de la instalación existente, ejecución de la alimentación de equipos actuales, sustitución de alumbrado y luminarias, etc., y PC04, referente a las tareas de modificación de las instalaciones de telecomunicaciones, alumbrado, fuerza y proyectores audiovisuales en ciertas aulas debido al refuerzo de la estructura.

Es cierto que el Arquitecto Director de las Obras alude en el informe de 20 de enero de 2017 a la posibilidad de certificar ciertos trabajos, que no concreta, como excesos de medición, de conformidad con lo señalado en los artículos 160 del RGLCAP y 234.3 del TRLCSP, *in fine*, a cuyo tenor “No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio primitivo del contrato”. Ahora bien, de tales consideraciones no puede colegirse razonablemente que el técnico informante esté contemplando realmente la posibilidad de certificar las tareas propias del proyecto modificado, aún no ejecutadas, como excesos de medición. En primer lugar, porque él mismo afirma que es posible ejecutar la obra según lo establecido en el proyecto inicial, reprochando al contratista que no haya reanudado la ejecución una vez que al desistir de la tramitación del reformado se levanta la suspensión de los trabajos; y, en segundo término, porque resulta pacífico que la posibilidad de incluir variaciones en el contrato sin necesidad de previa aprobación por el órgano de contratación únicamente ampara las situaciones, por lo demás nada insólitas, en que durante la ejecución de la obra y debido a inexactitudes del proyecto se produce una alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en él siempre que no exceda el 10 por ciento del precio del contrato (en este sentido, pueden citarse los Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón Núm. 9/2011, de 6 de abril; de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado Núm. 27/12, de 14 de diciembre, y de la Junta Consultiva de

Contratación Administrativa de Canarias Núm. 3/2016, de 7 de junio). Tal supuesto es netamente distinto al de las modificaciones contractuales propiamente dichas, las cuales solo podrán producirse en las circunstancias y con los requisitos y límites establecidos en el artículo 107 del TRLCSP, hasta el punto de que, como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el informe antes citado, "En ningún caso debe ampararse la variación de las mediciones efectuadas en las unidades ejecutadas de acuerdo con el 234.3, final, del TRLCSP, en las circunstancias previstas en el artículo 107.1 del TRLCSP, que deberían tramitarse como una modificación contractual propiamente dicha, sometiéndose a los límites específicos que prevé este artículo".

Más bien parece que el Director de la Obra, cuando alude a la posibilidad de certificar algunos trabajos como excesos de medición, está valorando las posibilidades con que cuenta la Administración para el abono de ciertas unidades de obra que, incluidas en el proyecto modificado, fueron ejecutadas mientras se tramitaba el procedimiento de modificación contractual, como sería el caso de la cubierta, por más que en el mismo informe llegue a manifestar que la adjudicataria las ejecutó "por su propio beneficio en obra y sin orden previa de ejecución por la Dirección de Obra". Debiendo descartarse que el contratista haya ejecutado la cubierta en la forma prevista en el proyecto modificado por interés propio, pues el coste de ejecución de la misma ascendía, según proyecto, a 26.147,74 €, ha de ponerse también de relieve que la ejecución de dicha tarea -con base en la confianza que ofrecía al contratista la aprobación del proyecto modificado y la tramitación del correspondiente procedimiento de modificación contractual- no pudo desarrollarse sin el conocimiento y consecuente tolerancia de la Administración encargada de la vigilancia de las obras.

La propuesta de resolución, omitiendo el análisis de todas estas cuestiones y la contrariedad ínsita en el razonamiento de que los trabajos contemplados en el reformado serían perfectamente renunciables pese a haberse sostenido en su día la necesidad de modificar el contrato, niega

categoricamente su evidencia al rechazar que exista “contradicción alguna entre lo señalado por el Director de la Obra en este último informe de 20 de enero de 2017 respecto a los anteriores, sin que en la memoria de la necesidad de redacción del proyecto modificado ni en ninguno de ellos se mencione o atisbe que la tramitación del modificado de las obras fuese necesaria para terminarlas”, para finalizar concluyendo que “no había obstáculo para la realización por parte del contratista de los trabajos y para que el contrato se ejecutase en los términos contenidos en el proyecto”.

El contratista, por su parte, afirma de modo constante en sus escritos que la ejecución del contrato en la forma inicialmente convenida resulta imposible, pues los trabajos no pueden acometerse sin atender a las circunstancias de hecho que motivaron en su día la tramitación del reformado. Sin embargo, no aporta prueba técnica alguna que sustente tal aseveración.

En tal tesitura, y pese a todas las dudas que nos suscita este asunto, entendemos que han de aceptarse, a falta de otras pericias que podrían haberse incorporado al expediente durante la tramitación del procedimiento, las conclusiones alcanzadas por el Arquitecto Director de las Obras en su informe de 20 de enero de 2017, ya que cabe presumir en este técnico, habida cuenta de la función pública que desempeña, una mayor imparcialidad.

Por tanto, asumiendo lo señalado en el citado informe, cuyos planteamientos -insistimos- no han resultado controvertidos con base técnica, hemos de tener por cierto que al levantamiento de la suspensión resultaba posible continuar con la ejecución de los trabajos según lo establecido en el proyecto original, con lo que concurre el presupuesto de hecho del motivo resolutorio que aduce la Administración y que el propio contratista asume en los escritos presentados con fechas 10 de agosto de 2016 y 21 de febrero de 2017, en los que reconoce que la obra está “paralizada”. Resulta igualmente evidente que el adjudicatario habría incumplido la obligación de ejecutar la prestación que constituye el objeto del contrato dentro del plazo convenido, aun descontando el tiempo en que la obra estuvo legalmente suspendida, con lo que concurriría, junto con la causa resolutoria especial a que se refiere la

propuesta de resolución, la establecida en el artículo 223, letra d), del TRLCSP, esto es, “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”. Tal incumplimiento no puede considerarse nimio sino esencial, dado que el porcentaje de la obra pendiente de ejecución asciende, según se señala en la propuesta de resolución, a un 31,41€%.

Una vez determinado que procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, hemos de ocuparnos de los efectos de la resolución contractual. A propósito de esta cuestión, ha de estarse a lo señalado en el artículo 225.3 del TRLCSP, a cuyo tenor “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.

Establece, por otra parte, el artículo 225.4 del TRLCSP que “En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”. En el supuesto que analizamos, y ante la dificultad de conocer con carácter previo a la resolución del contrato el importe de determinados conceptos constitutivos de daños y perjuicios, propone la Administración retener con carácter cautelar la garantía definitiva hasta que sea posible concretar tal cuantía, lo que resulta posible a juicio de este Consejo.

A la hora de efectuar la liquidación de los daños y perjuicios sufridos habrá de guiarse la Administración por lo dispuesto en el artículo 113 del RGLCAP, con lo que deberá garantizar en cualquier caso la audiencia del contratista en la determinación del *quantum* indemnizatorio, y podrá atender para fijar su importe, entre otros factores, “al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”.

Tratándose de un contrato de obras, una vez acordada su resolución, habrá de procederse a la comprobación, medición y liquidación de las efectivamente realizadas, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del

contratista. La Administración deberá resolver igualmente la pretensión de este en lo relativo al resarcimiento de los daños que supuestamente le ha irrogado la suspensión de los trabajos. No obstante, sobre estas cuestiones no puede pronunciarse este Consejo al exceder del ámbito de su competencia.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento culpable del adjudicatario, del contrato de obras de ampliación de cuatro unidades de primaria y aula complementaria en el Colegio Público Juan Rodríguez Muñiz, de las Campas, sometido a nuestra consulta, con los efectos expuestos en el cuerpo del presente dictamen.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.