

Expediente Núm. 255/2018
Dictamen Núm. 47/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión extraordinaria celebrada el día 19 de febrero de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 20 de septiembre de 2018 -registrada de entrada el día 29 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de suministro de una plataforma de virtualización de escritorios en el ámbito de educación del Principado de Asturias.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución del Consejero de Empleo, Industria y Turismo de 19 de abril de 2018, se adjudica el contrato de suministro de una plataforma de virtualización de escritorios en el ámbito de educación del Principado de Asturias a la empresa por un importe de doscientos dieciocho mil seiscientos cuarenta y siete euros (218.647,00 €) y un plazo de ejecución de 48 meses.

Con fecha 18 de mayo de 2018 ambas partes suscriben el contrato en documento administrativo.

2. Obran incorporados al expediente, entre otros antecedentes, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas rectores de la contratación, aprobados ambos junto con el gasto y el expediente el día 22 de septiembre de 2017.

3. El día 19 de junio de 2018, el representante de la adjudicataria presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito dirigido al órgano de contratación en el que refiere que en los seis meses transcurridos entre la presentación de la oferta y la firma del contrato la tecnología “ha evolucionado, lo cual ha provocado cambios en cuanto a la continuidad del fabricante HP de algunos elementos y la compatibilidad del *software* UDS Enterprise con la solución Hyper-V en clúster”. Explica que como consecuencia de tales modificaciones ha de sustituir ciertos elementos de *hardware* y *software* incluidos en la oferta que ya no están disponibles en el mercado, lo que -según señala- ya puso de manifiesto en la primera reunión de inicio del proyecto celebrada el día 28 de mayo de 2018.

Adjunta, entre otros documentos, el acta de la reunión referida junto con la propuesta de modificación de la proposición presentada por la empresa.

4. Con fecha 27 de junio de 2018, el Jefe del Servicio de Infraestructuras TIC, que es el responsable del contrato, elabora un informe sobre la propuesta de modificación planteada por la adjudicataria en el que señala que no existen errores u omisiones en las especificaciones técnicas del proyecto ni concurre causa alguna que permita modificar el contrato, por lo que propone iniciar el procedimiento de resolución contractual.

5. Mediante Resolución de 28 de junio de 2018 el órgano de contratación acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual. Según se expresa en

sus fundamentos de derecho, la causa de resolución propuesta por el responsable del contrato, reconducible a la de “imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados (...) cuando no sea posible modificar el contrato” a que se refiere la letra g) del artículo 223 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 adelante TRLCSP), no resultaría de aplicación al caso puesto que el motivo que impide ejecutar la prestación en la forma comprometida se produce por “circunstancias a las que es ajena la Administración contratante”. Por ello, y considerando que la responsabilidad de que el contrato no pueda ejecutarse en los términos pactados solo es imputable al adjudicatario, quien debió asegurarse de que su oferta era idónea para prestar el servicio al que se comprometía, el inicio del procedimiento de resolución se funda en la causa “recogida en el apartado h) del mismo artículo 223, referido a las causas de resolución `establecidas expresamente en el contrato´, puesto en relación con las cláusulas segunda (que atribuye a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y a la oferta del adjudicatario el carácter de `documentos contractuales´) y decimosexta del pliego (que configura como causa de resolución `el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales´)”.

En cuanto a los efectos resolutorios, se indica que el contratista deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados cuyo importe se determinará en expediente contradictorio, por lo que al resolver el contrato se acordará la “retención” de la garantía hasta que se cuantifiquen aquellos.

6. Mediante escrito de 4 de julio de 2018, la Jefa del Servicio de Contratación comunica a la contratista y al avalista la apertura del trámite de audiencia.

7. El día 19 de julio de 2018, el representante de la adjudicataria presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que pone de manifiesto que el contrato tiene por objeto la

implantación de una plataforma de infraestructura de aplicaciones y virtualización de escritorios que conlleva la integración de diferentes componentes de *hardware* y *software* suministrados por terceros ajenos a la licitación mediante un proyecto “llave en mano”, destacando que “no se está contratando un concreto *hardware* (...) y *software* (...) sino la implementación de una solución con una serie de funcionalidades”.

Refiere que una vez formalizado el contrato su empresa entabló contactos con distintos fabricantes para preparar los pedidos, momento en el que tuvo conocimiento de que determinados elementos de *hardware* habían dejado de suministrarse o habían sido sustituidos, y de que la oferta de la empresa no podía ejecutarse tal y como había sido diseñada porque la implementación de UDS Enterprise en una arquitectura basada en un clúster de Microsoft Hyper-V había dejado de ser compatible. Afirma que “los cambios que afectan al (*hardware*) y al (*software*) son de escasa importancia”, que “los dos componentes del *hardware* a los que afecta la modificación representan en torno a un 0,72 % del precio de adjudicación”, que el reformado no conlleva alteración del precio del contrato y que la nueva solución cumple el pliego de prescripciones técnicas y mejora la prestación al aumentar la capacidad de almacenamiento del disco.

Por otro lado, señala que la suministradora que identifica “no ha emitido ningún boletín electrónico” comunicando que UDS Enterprise no pueden integrarse con un clúster de Microsoft Hyper-V, y que “incluso a día de hoy la información que se recoge en su página web sigue afirmando que una configuración en clúster UDS Enterprise permitiría realizar la distribución de las máquinas virtuales en los diferentes nodos que conforman el clúster Microsoft Hyper-V”.

Incorpora a su escrito diversos correos electrónicos de los fabricantes del *software* y del *hardware* a efectos de probar que la solución técnica planteada en la proposición habría dejado de ser compatible a partir del 1 de enero de 2018, y que determinados elementos de *hardware* en ella incluidos habrían dejado de comercializarse el 30 de abril y 31 de mayo de 2018, de lo que

deduce que en la fecha de presentación de las ofertas los componentes estaban disponibles en el mercado y eran compatibles. Considera que la citada situación sería constitutiva de fuerza mayor, lo que permitiría modificar el contrato al amparo de lo establecido en el artículo 107.1, letra c), del TRLCSP, y afirma que la citada modificación no altera las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación del contrato en el sentido propuesto en el mismo artículo 107, apartado 2, en la medida en que no varía la función y características de la prestación contratada, no altera la relación entre la prestación contratada y el precio, no es necesaria ninguna habilitación profesional diferente a la exigida, no se excede el precio de adjudicación del contrato y no afecta al principio de concurrencia. En relación con esto último, niega que de haberse conocido antes la circunstancia que ahora impide la ejecución del contrato según lo convenido “hubiera aumentado la concurrencia o las ofertas hubieran sido sustancialmente diferentes porque son sucesos imprevistos que encarecen, en todo caso, la ejecución de lo contratado. En esta licitación los contratistas eran libres de elegir el (*software*) y el (*hardware*) que consideraran conveniente porque lo que se contrata realmente es una plataforma con determinadas funcionalidades”. Por tanto, rechaza que el contrato haya de resolverse y que la introducción de cambios en los elementos del mismo pueda considerarse como incumplimiento de una obligación contractual esencial, pues entiende que no puede exigirse al contratista que controle el ciclo de vida de los productos fabricados por terceros o que ponga a disposición de la Administración componentes que no cumplen requisitos de compatibilidad o están fuera del mercado, si bien aceptaría que se resolviese el contrato en aplicación de lo dispuesto en el artículo 223 del TRLCSP, letras c) o g), sin incautación de la garantía y sin derecho a indemnización por parte de la Administración.

8. Con fecha 25 de julio de 2018 el Jefe del Servicio de Infraestructuras TIC analiza en sendos informes las alegaciones de la empresa contratista. En el primero de ellos afirma que, si bien el pliego prevé la posible modificación del contrato por “fin de ciclo de vida de producto”, su operatividad queda limitada

al supuesto de que “el contrato se estuviera ejecutando, no siendo este el caso, ya que el cambio se produce antes del inicio de la ejecución”. Por otra parte, señala que la solución técnica propuesta supone un cambio de tal alcance que un análisis de la misma siguiendo los criterios de adjudicación del pliego arrojaría una valoración distinta a la obtenida en su día por la proposición presentada, más concretamente indica que “no estamos hablando de cambios insignificantes, ni en sus `subcaracterísticas`, sino de un cambio en el hipervisor y *software* hiperconvergente, lo que supone un cambio de una de las `patas` fundamentales de la solución”. Significa, por otra parte, que los cambios introducidos por los fabricantes podían haber sido conocidos por los licitadores con anterioridad a la presentación de la oferta, pues el fin de soporte se anuncia con varios meses o incluso años de antelación, siendo responsabilidad de los ofertantes asegurar que su proposición es viable. A lo anterior añade que si una empresa presenta una oferta que integra productos de distintos fabricantes es su responsabilidad garantizar que puede mantenerla durante el periodo de ejecución del contrato.

En el segundo informe niega que los cambios introducidos por los fabricantes puedan ser considerados como caso fortuito o fuerza mayor, pues se deben a una decisión empresarial que podría haber sido conocida fácilmente por el licitador en el momento de preparación de la proposición. Señala que “lo que proponen siempre va a ser mejor que lo presentado en la oferta, ya que esta no cumple los pliegos, y la solución alternativa, aunque no se ha valorado y se tienen dudas desde esta Dirección General, puede que sí cumpla el pliego. Sin embargo, esta circunstancia no es un avance tecnológico, una solución que ofrezca ventajas comparativas con otras soluciones (evidentemente sin contar con la presentada), sino que la nueva oferta es producto de un acuerdo de colaboración entre dos fabricantes, una alianza entre una plataforma de hiperconvergencia (Nodeweaver) y un bróker de conexiones (UDS) al igual que pueden tener esos fabricantes con otros, es decir, puede que cumpla los pliegos (contando siempre que no se ha valorado este hecho) pero no ofrece

un avance técnico que la mejoren notablemente, simplemente podría cumplir los pliegos”.

9. Remitido el asunto para informe al Servicio Jurídico del Principado de Asturias, aquel se emite, en sentido favorable, el 20 de agosto de 2018.

10. Con fecha 28 de agosto de 2018, la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo suscribe propuesta de resolución en el sentido de resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista, proceder a la determinación de los daños y perjuicios que este deba indemnizar y declarar la incautación de la garantía definitiva hasta el importe al que ascienda la indemnización. En sus fundamentos de derecho reseña que la modificación propuesta no está prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por lo que solo cabría la posibilidad excepcional de aplicar una causa de modificación legal o, en el caso de que ninguna resultase procedente, disponer la resolución del contrato. Indica que aceptar la propuesta de reformado “supondría desvirtuar su oferta inicial (...) otorgándose unos beneficios que supondrían un claro perjuicio para el resto de los participantes del contrato”, y niega que las circunstancias que motivan la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos establecidos en la oferta puedan ser constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito. La causa resolutoria a aplicar sería -según afirma- la de incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales al amparo de lo señalado en el artículo 223, letra f), del TRLCSP, pues entiende, siguiendo la doctrina de diversos órganos consultivos que cita, que cabe considerar como obligación esencial la de llevar a efecto la ejecución del contrato en los términos comprometidos, aun cuando la misma no haya sido calificada como tal en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de septiembre de 2018, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del

contrato de suministro de una plataforma de virtualización de escritorios en el ámbito de educación del Principado de Asturias, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente en soporte digital.

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

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

SEGUNDA.- De acuerdo con la normativa mencionada, 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, si bien el contratista no se opone totalmente a la resolución del contrato, pues la admitiría de acordarse sin exigirle indemnización de los daños y perjuicios causados, sí muestra su disconformidad sobre la causa y las consecuencias pretendidas por la Administración. Como hemos señalado en anteriores dictámenes, la intervención de este Consejo procede no solo cuando el adjudicatario manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la misma, la oposición se limita a las causas y efectos resolutorios.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que analizamos es la propia de un contrato administrativo mixto que integra prestaciones correspondientes a los contratos de servicios y suministro, siendo esta última, según establece la cláusula 1.3 del pliego de las administrativas particulares, la más importante desde el punto de vista económico.

A los efectos de determinar el régimen jurídico del contrato, ha de considerarse que si bien el expediente de contratación se inició y culminó durante la vigencia del TRLCSP, por lo que los pliegos aprobados para regir la contratación remiten al citado texto legal, a la fecha de adjudicación del mismo -19 de abril de 2018- ya habían entrado en vigor la mayor parte de los preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), entre ellos, la disposición derogatoria por la que queda sin vigencia el TRLCSP y la disposición transitoria primera, apartado 2, de la LCSP que establece que “Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. A la vista de estas disposiciones se suscita una cuestión que ni la Administración contratante ni el adjudicatario se han planteado pero que necesariamente ha de resolverse con carácter previo a efectuar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, y es la determinación de qué norma ha de aplicarse para decidir sobre la resolución contractual pretendida: el TRLCSP, al que reenvían el pliego de cláusulas administrativas particulares y el contrato posteriormente suscrito por las partes, o la norma vigente al momento de la adjudicación, esto es, la LCSP. En casos como este encontramos que los órganos consultivos han sostenido diversas posturas. Por un lado, el Consejo de Estado viene señalando de forma constante que el régimen transitorio establecido en las diversas leyes reguladoras de la materia desde el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto

Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, interpretado *a sensu contrario*, implica que el contrato ha de regirse por la norma vigente al momento de su adjudicación (por todos, Dictámenes Núm. 1464/2009, 972/2011, 560/2014 y 907/2017), y ello con independencia de que el pliego pueda remitir a normas en vigor a la fecha de preparación del contrato pero derogadas al momento de su adjudicación, pues aquel “no puede contradecir normas legales imperativas, como son las disposiciones derogatorias y de eficacia temporal de las leyes” (Dictamen Núm. 311/2013). Otra postura más matizada es la sostenida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 43/08, de 18 de julio de 2008, en el que, con la finalidad de salvar la eficacia de los pliegos que constituyen la expresión de la voluntad negocial de las partes que da vida al contrato y han de ser respetados como *lex contractu*, sin desconocer las disposiciones derogatorias y transitorias mencionadas, el órgano consultivo mantuvo “para el caso de que la mención en los pliegos de algún elemento contractual pueda determinar con arreglo al régimen de la legislación anterior la producción de unos efectos distintos de los que deberían producirse al amparo de la actual”, que “los efectos derivados de esta circunstancia deberían regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse estos, aun cuando, con arreglo a la Ley actual, tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos puedan ser distintos”. En el Dictamen Núm. 80/2016 este Consejo Consultivo se hizo eco de esta tesis y sostuvo que, aunque el régimen jurídico aplicable a la ejecución, efectos y extinción de un concreto contrato sea el de la norma en vigor al momento de la adjudicación, tal circunstancia no puede hacer decaer con carácter general el régimen previsto por los elementos contractuales expresamente previstos en los pliegos, señalando que para dilucidar el régimen aplicable sería “esencial determinar el carácter estático o dinámico de la remisión (...) realizada por la cláusula controvertida” en cada caso, y así entendimos en el que era objeto entonces de análisis que la remisión de una concreta cláusula del pliego a la ley en vigor antes de la adjudicación debía entenderse efectuada con carácter estático dado que se había aprobado “durante el periodo de *vacatio legis* de la LCSP, a pocos

días de su entrada en vigor”, por lo que cabía interpretar que la Administración, conocedora de que a la fecha de adjudicación del contrato regiría una ley distinta a la vigente durante la preparación, había dispuesto que determinados efectos del contrato continuaran sujetos al régimen anterior. Aplicando un razonamiento similar en el asunto que ahora nos ocupa, consideramos que las numerosas remisiones del clausulado del pliego al TRLCSP, entre ellas la de la cláusula 16.5 relativa a la resolución del contrato, han de entenderse efectuadas, al contrario, en *sentido dinámico* o con traducción a la norma vigente al momento en que han de aplicarse, pues si bien el servicio encargado de la preparación del expediente debía ser conocedor entonces de que se estaba tramitando un proyecto de ley en las Cortes Generales, a la aprobación de los pliegos la nueva norma aún no había culminado su tramitación parlamentaria. Sin embargo, al momento de su adjudicación -19 de abril de 2018- ya estaba en vigor la citada LCSP cuya disposición transitoria primera, apartado 2, dispone preceptivamente la remisión a la normativa anterior únicamente respecto de los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor. Por este motivo hemos de concluir que el régimen jurídico aplicable a la resolución contractual resulta ser el señalado en la LCSP.

Dentro de este marco legal, los efectos y extinción del contrato han de regirse, según el artículo 25 de la LCSP, por aquella Ley y sus disposiciones de desarrollo -destacadamente 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-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 190 de la LCSP, 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 previstos en la Ley.

La instrucción de los procedimientos de resolución contractual iniciados durante la vigencia de la LCSP se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 191 y en los apartados 1 y 8 del artículo 212 de la LCSP; precepto este 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, y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, “cuando se formule oposición por parte del contratista”.

En el caso que analizamos se ha dado audiencia a la empresa contratista y a su avalista. También se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, los artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al “órgano de contratación”. El contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por el titular de la Consejería, por lo que habrá de ser dicha autoridad la que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento.

Finalmente, aunque la propuesta resolutoria no hace referencia a la norma jurídica aplicable al procedimiento de resolución, ha de indicarse que, no constando ni la suspensión ni la ampliación del mismo, de conformidad con lo señalado en el artículo 212.8 de la LCSP, la Administración deberá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento y notificarla en un plazo máximo de

ocho meses desde el inicio del procedimiento acordado mediante resolución de 28 de junio de 2018.

CUARTA.- Con relación al fondo del asunto, debemos señalar que en caso de concurrir causa resolutoria es el interés público el que ampara la decisión de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa.

La Administración, que considera aplicable al contrato el TRLCSP, entiende que la resolución pretendida ha de articularse sobre la causa a que se refiere el artículo 223, letra f), de la citada norma; esto es, el “incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”, pues considera que la inejecución de la prestación en los términos comprometidos, si bien no ha sido calificada formalmente como tal en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sería materialmente esencial por equivaler al incumplimiento de la obligación principal del contrato. En apoyo de tal argumentación invoca la doctrina sostenida por diversos órganos consultivos, entre ellos, este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes Núm. 65/2014, 43/2015 y 257/2018), conforme a la cual la citada causa legal, que en principio debe ser objeto de interpretación restrictiva en aras de la seguridad jurídica, evitando extender con carácter general el presupuesto contemplado en la norma al incumplimiento de cualquier obligación no calificada en los pliegos o en el contrato como “esencial”, no debe llevarse al extremo de perjudicar el interés general por causa de la mera imprevisión en los pliegos o en el contrato de la potencialidad resolutoria de incumplimientos que no son nimios, sino que afectan de manera relevante a la sustancia misma del contrato impidiendo la consecución de su objeto.

Hemos de plantearnos si a la entrada en vigor de la LCSP tal doctrina puede mantenerse o no, pues, según establece ahora el artículo 211.1, letra f), de la nueva Ley, será causa de resolución del contrato “El incumplimiento de la obligación principal del contrato./ Serán asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre

que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documentos descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:/ 1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos./ 2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”.

En la redacción del precepto que se acaba de transcribir se recogen dos causas resolutorias distintas aunque estrechamente imbricadas: el incumplimiento de la obligación principal del contrato y el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales. El primer motivo resolutorio de los dos que acaban de citarse resulta inédito hasta el momento en las leyes precedentes reguladoras de la contratación pública, y su inclusión en la LCSP obedece a la necesidad de superar las dificultades que planteaban los casos en que habiendo abandonado el contratista la ejecución del contrato no se había tenido la prevención de recoger tal circunstancia como obligación contractual esencial en la documentación preparatoria, por más que materialmente fuese la obligación de mayor relevancia de todas las impuestas al adjudicatario. En tales situaciones, o bien se trataba de reconducir el incumplimiento a otras causas resolutorias como la demora en la ejecución, esperando al transcurso del plazo con el consiguiente retraso en acordar la extinción del contrato, o, en el mejor de los casos, este podía resolverse recurriendo a la interpretación del carácter materialmente esencial de las obligaciones contractuales a las que antes hemos hecho referencia. La introducción de la nueva causa legal de resolución que comentamos, a la que podrán reconducirse aquellos incumplimientos que materialmente impiden la consecución del objeto del contrato, constituye una mejora que permite eludir las dificultades interpretativas anteriormente relacionadas; ahora bien, en contrapartida, y en aras de la seguridad jurídica, el legislador ha reforzado las exigencias impuestas a los redactores de la documentación preparatoria del contrato, sobre quienes pesa la carga de anticipar de manera “clara, precisa e inequívoca”, sin que sean “admisibles cláusulas de tipo general”, los incumplimientos que por afectar a obligaciones

esenciales podrán dar lugar a la extinción del contrato. Tal previsión deberá efectuarse con diligencia y rigor máximos, pues al no contemplar ya la nueva Ley, a diferencia de las normas que la precedieron, que puedan establecerse en la documentación preparatoria otras causas especiales de resolución la definición de las obligaciones esenciales a estos efectos constituye, según ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen Núm. 1116/2015, relativo al Anteproyecto de Ley, la “única opción remanente”.

En el asunto que ahora nos ocupa, la cláusula 16.5 del pliego de las administrativas particulares se limita a establecer como causa resolutoria “el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales”, dejando el autor de los pliegos totalmente indefinidas a qué obligaciones atribuye tal carácter, y ello pese a que el artículo 223.f) del TRLCSP vigente al momento de la elaboración de aquel documento exigía expresamente la calificación como esenciales de las obligaciones cuyo incumplimiento podría dar pie a la extinción del contrato. Ahora bien, lo más llamativo del caso es que en la misma cláusula se aborda una tipificación casuística de otros nueve motivos resolutorios, alguno de los cuales podría vincularse al cumplimiento de obligaciones contractuales esenciales, y ello conlleva que la causa relativa al incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales parezca establecida a modo de fórmula general en la que pudieran integrarse incumplimientos inicialmente no previstos.

Puesto que tal formulación de la citada causa resolutoria no la amparaba el TRLCSP ni la tolera la LCSP -que es, como hemos indicado, la norma aplicable a la resolución pretendida-, debemos concluir que la resolución del contrato no puede ampararse en el motivo invocado en la propuesta que analizamos.

Pudiendo terminar aquí nuestro dictamen debemos señalar no obstante, ahondando en el fondo material del asunto, que, dadas las condiciones a que está sometido según el pliego de cláusulas administrativas particulares y las circunstancias concurrentes en el caso de que se trata, el contrato tampoco podría resolverse al amparo del motivo consistente en el “incumplimiento de la

obligación principal del contrato” recogida en artículo 211.1, letra f), de la LCSP, puesto que no ha quedado justificado en el expediente que la modificación propuesta por el contratista suponga realmente una alteración de la naturaleza global del contrato o que afecte a la concurrencia.

En cuanto a las primeras, la cláusula 1 del pliego de las administrativas particulares define el objeto del contrato como un proyecto “llave en mano” que integra, además de la implantación e integración con el resto de sistemas y el soporte y mantenimiento posterior, el suministro del *hardware*, *software* y elementos de comunicaciones que resulten “necesarios”; esto es, como indica el adjudicatario, el objeto del suministro no se refiere a un concreto *hardware* ni *software*, sino que se admiten varias soluciones a proponer por los licitadores siempre que cumplan las especificaciones del pliego de prescripciones técnicas. Tal flexibilidad en cuanto a la determinación de los bienes objeto del suministro implica que aquellos puedan sustituirse en determinadas circunstancias, estando prevista en la cláusula 17.1.b del pliego de las administrativas particulares la modificación del contrato en los siguientes términos: “En caso de que el fabricante determine el fin de vida (*End of Life*) de los equipos a lo largo del contrato, el adjudicatario podrá optar por seguir prestando el soporte de los equipos o bien proceder a su sustitución por otros de iguales o superiores características. En el supuesto de que opte por la sustitución, el equipo sustituto deberá tener igual soporte que el establecido para el equipo sustituido y el adjudicatario deberá realizar las actuaciones auxiliares necesarias para reponer el servicio a su estado original. En este caso se procederá a la baja en el contrato del equipo anterior y se dará de alta al nuevo equipo. Así mismo, se sustituirá el *software*, si fuera necesario, para garantizar, al menos las prestaciones que tenía el equipo inicial./ El porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo puede afectar esta modificación será del 0 %”. Completaría el régimen al que se sujeta el contrato, por lo que ahora nos interesa, el artículo 211.g) de la LCSP -equivalente al 223.g) del TRLCSP-, en el que se dispone que es causa de resolución “La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea

posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido”.

Respecto a las circunstancias concurrentes en el caso de que se trata, ha quedado acreditado en el expediente que, tanto a la fecha de presentación de la oferta (17 de noviembre de 2017) como en el momento de elaboración del informe técnico de valoración de las proposiciones (14 de diciembre de 2017) y a la fecha de la propuesta de adjudicación del contrato (26 de diciembre de 2017), la solución técnica planteada por el adjudicatario se ajustaba al pliego de prescripciones técnicas aprobado para regir la contratación de referencia. Sin embargo, transcurridos diez días desde la formalización del contrato el adjudicatario advierte a la Administración de que, a raíz de los cambios introducidos por los fabricantes de los equipos y suministradores del *software* en el periodo transcurrido desde la presentación de la oferta, no puede ejecutar la prestación en la forma prevista, ofreciéndose a realizarla con elementos de *hardware* y *software* que vendrían a sustituir a los inicialmente comprometidos sin alteración del precio del contrato, por lo que solicita que se modifique este en dicho sentido. No consta que tal solicitud haya sido resuelta expresamente, aunque la misma parece ser el detonante de la propuesta resolutoria que suscribe el responsable del contrato con fecha 27 de junio de 2018, basada en la imposibilidad de modificación de lo convenido al considerar que “no existen errores u omisiones en las especificaciones técnicas del contrato ni ninguna otra causa que permita plantearse la posibilidad de modificación”. En la resolución de inicio del procedimiento resolutorio no se niega la posibilidad de modificar el contrato, si bien se descarta que proceda resolverlo al amparo del artículo 223.g) del TRLCSP, argumentando que para que tal motivo resulte aplicable la causa de la imposibilidad de ejecutar la prestación comprometida debe ser ajena a la contratista. Tales planteamientos no pueden considerarse acertados, en primer lugar, porque en principio sí existía un motivo para la modificación

contractual como era el previsto en la cláusula 17.1.b del pliego de las administrativas particulares, y, en segundo término, porque el hecho de que la causa por la que el contrato no puede ejecutarse sin ser modificado sea imputable al contratista no constituye impedimento para acordar la resolución por tal motivo, ya que entonces carecería de sentido la previsión del artículo 213.4 de la LCSP -de igual redacción, en lo que ahora interesa, a la del artículo 225.5 del TRLCSP-, que al referirse a los efectos de la resolución señala que “Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 211, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de percibir, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205”.

Interesa señalar, asimismo, que no compartimos la rígida interpretación que el responsable del contrato hace de la cláusula 17.1.b del pliego de las administrativas particulares conforme a la cual la operatividad de la modificación prevista en el pliego quedaría limitada al caso de que “el contrato se estuviera ejecutando, no siendo este el caso, ya que el cambio se produce antes del inicio de la ejecución”. Tan restrictiva tesis no nos parece acertada, en primer lugar, porque los contratistas no son dueños de los tiempos de tramitación de los procedimientos de licitación y, en segundo lugar, puesto que no parece razonable que la modificación que no se entiende justificada en el caso de que se trata sí lo estuviese en cambio, siguiendo la interpretación sostenida por el responsable del contrato, en el supuesto de que la determinación del fin del ciclo de vida de uno o varios elementos se hubiese dispuesto para el día siguiente al de la formalización del contrato, y ello aun cuando se tratase de sustituir los elementos que constituyen las “patas” fundamentales de la solución por otros similares a los inicialmente considerados, ya que la citada cláusula no pone límites a la modificación más allá de la inmutabilidad del precio ni consta, a falta de justificación en contrario, que la sustitución de unos elementos por otros equivalentes pueda estimarse, al amparo de lo dispuesto en el artículo 204.2 de la LCSP, que altera la naturaleza

global del contrato inicial. De hecho, en el segundo de los informes, de 25 de julio de 2018, emitido por el Jefe del Servicio de Infraestructuras TIC, expresamente se alude a la posibilidad de que la modificación instada por el contratista pudiera ajustarse al pliego de prescripciones técnicas.

En definitiva, el contrato que no puede resolverse con fundamento en el incumplimiento por parte del contratista de una obligación contractual esencial tampoco podría resolverse al amparo de la causa establecida en el artículo 211.1, letra f), de la LCSP, esto es, el “incumplimiento de la obligación principal del contrato”, salvo que -como hemos dicho- se justifique debidamente que la modificación propuesta por el contratista en cuanto a cómo realizar la prestación suponga una alteración de la naturaleza global del contrato o que dicho cambio desvirtúe la oferta de tal modo que afecte a la concurrencia. Por tanto, solo le quedaría a la Administración la posibilidad de resolverlo, en su caso, por la causa contemplada en el artículo 211.g) de la LCSP, aunque ello requeriría que quedase convenientemente justificado en el correspondiente procedimiento que el contrato no puede reformarse sin vulnerar los límites impuestos a la modificación por la LCSP.

Finalmente cabe hacer referencia a una causa de resolución muy particular, dado que no se refiere -como el resto- a que concurran circunstancias que afecten a la persona o solvencia del contratista, ni al contenido del contrato, sino a que ambas partes, Administración y contratista, acuerden la extinción.

No obstante, no es una causa a la que se pueda acudir libremente -pues a pesar de responder al principio de autonomía de la voluntad, el mismo se debe ver matizado por las especiales características de los contratos administrativos (tal y como ya dijera el Consejo de Estado en su Dictamen 55008, de 14 de septiembre de 1990)-, sino que solo puede tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre por razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. En relación con los requisitos para que pueda entenderse que concurre la causa de resolución por mutuo acuerdo véase, por

ejemplo, el Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Galicia 2/2013, de 7 de febrero. Se trata, en todo caso, de una resolución que ha de ser motivada debidamente, no siendo suficiente la voluntad de ambas partes, aunque en cierto modo venga a ser un desistimiento de estas.

El sentido de nuestro dictamen nos exime de analizar el contenido de la propuesta en cuanto a los efectos resolutorios, aunque no queremos renunciar a apuntar que los derivados de la extinción de los contratos que se rigen por la LCSP son distintos a los del TRLCSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, en los términos señalados en la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración, no procede la resolución del contrato de suministro de una plataforma de virtualización de escritorios en el ámbito de educación del Principado de Asturias.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.