



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 128/2013

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 20 de mayo de 2013, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excmo. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 18 de marzo de 2013, sobre resolución del contrato de redacción del proyecto y ejecución de las obras de construcción de alojamiento transitorio de personas con enfermedad mental o drogodependencia, que realicen Formación Profesional para su rehabilitación, en el Parque de los Juncos en Molina de Segura (expte. 101/13), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 5 de diciembre de 2011 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) formalizó contrato con la mercantil -- (--), cuyo objeto lo constituye la redacción del proyecto y la ejecución de las obras de construcción en el Parque de Los Juncos de Molina de Segura mediante elementos prefabricados de alojamiento transitorio de personas con enfermedad mental o drogodependencia, que realicen formación profesional para su rehabilitación, por importe de 537.234,90 euros, IVA incluido, y un plazo para la ejecución de cinco meses contados a partir del acta de comprobación del replanteo.

SEGUNDO.- El 12 de mayo de 2012 el Servicio de Obras y Contratación del SMS emite informe en el que hace constar que se cometió un error en la redacción del apartado 6 del cuadro de características del PCAP y en la cláusula tercera del contrato, al indicar que el plazo total para la ejecución del contrato comenzaría a computarse a partir del acta de replanteo, lo que resulta obviamente imposible puesto que el replanteo no se puede llevar a cabo hasta que el Proyecto no haya sido elaborado por la contratista y aprobado por el SMS. Lo anterior llevó a dicho Servicio a proponer que se interpretaran dichas previsiones contractuales en el sentido de que el plazo total ha de computarse desde el momento de formalización del contrato, con las suspensiones del cómputo del dicho plazo que específicamente se contemplan en el PCAP.

Trasladado el anterior informe a la contratista ésta rechazó la propuesta que en él se contenía, *"toda vez que en ningún caso puede someterse al libre arbitrio de una de las partes la interpretación de un contrato por tratarse de acuerdos de voluntades, debiendo en consecuencia cumplirse de acuerdo al contenido literal de sus cláusulas"*.

Tramitado el expediente de interpretación, con emisión del preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico (número 256/2012), el Director Gerente del SMS dicta Resolución de fecha 23 de noviembre de 2012, mediante la que se interpreta la cláusula sobre el plazo de duración del contrato en el sentido de que el mismo será de cinco meses a

contar a partir de la fecha de la firma del contrato (5 de diciembre de 2011). No consta acreditado en el expediente que dicha Resolución se notificase a la contratista.

TERCERO.- Según lo anterior el plazo para la ejecución del contrato hubiese finalizado el 5 de mayo de 2012. Ahora bien, a dicha fecha hay que adicionar los períodos de tiempo en los que el plazo quedó suspendido y que, según los antecedentes que constan incorporados al expediente, fueron dos. El primero de ellos a computar desde el 30 de enero de 2012, fecha en la que se presentó el primer proyecto para su aprobación por la Administración, hasta el 20 de marzo de 2012, día en el que el SMS notifica a la empresa las deficiencias observadas en el proyecto para su subsanación. Posteriormente la contratista solicitó la suspensión del plazo para la redacción del proyecto hasta la obtención de un informe del Ayuntamiento sobre el punto de acometida de las instalaciones. La solicitud fue acogida por el SMS, cuyo Director Gerente, mediante Resolución de 18 de mayo de 2012, acordó la suspensión en la ejecución del contrato, que fue levantada por Resolución de 23 de noviembre de 2012, lo que nos da como fecha de finalización del plazo de ejecución del contrato el 3 de enero de 2013.

CUARTO.- El 12 de diciembre de 2012, el Servicio de Obras y Contratación del SMS informa que, a pesar del tiempo transcurrido desde la firma del contrato, la ejecución del mismo sufre un retraso tal que hace previsible la imposibilidad de que el mismo se finalice en plazo. Concretamente señala que ni tan siquiera se ha aprobado "*el preceptivo proyecto de ejecución ya que los sucesivos ejemplares de proyectos aportados por la empresa adjudicataria, han sido sistemáticamente devueltos con indicación de las oportunas subsanaciones y correcciones que, a juicio de los técnicos del SMS y de la propia empresa contratada para realizar el control técnico de calidad del contrato, deberían realizarse*".

QUINTO.- El 2 de enero de 2013, el Director Gerente del SMS acuerda iniciar procedimiento para la resolución del contrato, lo que se notifica a la contratista y a la entidad avalista.

Transcurrido el plazo para formular alegaciones sin que se hubiese presentado ninguna, el Director Gerente del SMS declara decaída a la contratista en su derecho al trámite de audiencia (Resolución de 7 de febrero de 2013).

Con posterioridad, en concreto el día 18 de febrero de 2013, tiene entrada en el Registro del SMS alegaciones de -- en las que manifiesta su oposición a la resolución propuesta. En síntesis se basa para ello en que las acometidas para el entronque con los puntos de conexión para el suministro de agua, red de saneamiento y de energía eléctrica, que, en principio, estaban previstas en el pliego de condiciones a pie de parcela, ahora resulta que lo están a 450 metros, lo que exige la realización de una nueva infraestructura en lo que a las acometidas de saneamiento y agua potable se refiere, y, además, en lo que respecta a la de suministro eléctrico, es necesario un transformador de tensión de un coste muy superior al que tendría el que se colocaría en caso de que las acometidas estuviesen a pie de obra.

SEXTO.- El 28 de febrero de 2013, el Servicio Jurídico del SMS emite informe en el que, en síntesis, indica lo siguiente:

1.º Atendida la naturaleza del contrato (elaboración del proyecto y ejecución de las obras correspondientes), el incumplimiento por parte de la contratista de su obligación de presentar "*un proyecto de ejecución válido y completo a satisfacción del órgano contratante*", no encaja como causa de resolución entre las previstas como tales en el artículo 206 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP); sin embargo

sí que encontraría cobertura en las previsiones del artículo 108 en relación con el 286 de dicho texto legal.

2.º La única alegación de la contratista esgrimida en oposición a la propuesta de resolución del contrato, a saber: que las acometidas no se encuentran a pie de parcela (como se contemplaba en el contrato y en los pliegos), sino a 450 metros, lo que supone un incremento en el coste de ejecución de la obra, se ve desvirtuada por el contenido de la cláusula segunda del contrato, del apartado 21 de las condiciones específicas recogidas en el Cuadro de Características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y del apartado 1.4.9. del Proyecto Básico que, textualmente, señala: *"el punto de conexión con la red general existente lo establece la licencia municipal de obras, las ordenanzas municipales o la compañía responsable del servicio. La acometida deberá ejecutarla la empresa contratista"*.

3.º En cuanto a los efectos de la resolución contractual propuesta, indica que en la misma se señala la procedencia de incautar la garantía definitiva constituida por el empresario, pero sin haber efectuado la evaluación y cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados, cuya indemnización deberá hacerse efectiva sobre dicha garantía. Añade que los términos en que aparece redactado el artículo 208.4 LCSP *"impide demorar a un momento posterior al acto de resolución del contractual la liquidación de los daños y perjuicios ocasionados, de forma que para incautar la garantía, total o parcialmente, resulta indispensable identificar y cuantificar los daños y perjuicios a que deba hacerse frente, y de todo ello debe darse conocimiento al contratista, según lo dispuesto en el artículo 113 del RCAP, quien ha de tener la oportunidad de formular las alegaciones que considere oportunas en el trámite de audiencia"*.

SÉPTIMO.- Seguidamente se incorpora al expediente un informe de la Oficina Técnica del SMS, mediante el que se establecen los posibles daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato, según el siguiente detalle:

"- La resolución del contrato se produce por el incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario.

- La consecuencia más importante de la actuación del adjudicatario es el retraso que ocasionará en la ejecución de la infraestructura sanitaria, pues al exceso de plazo ya acumulado habrá que añadir el que en su caso resulte del nuevo proceso de licitación y ejecución.

- En caso de que se decida licitar nuevamente el contrato, la documentación técnica elaborada sigue siendo válida, si bien sería necesario realizar un nuevo contrato para el control de calidad del proyecto redactado por el nuevo adjudicatario, por lo que los daños causados en este supuesto, aparte de lo mencionado en el punto anterior, se estiman en el 50% del importe del contrato de control de calidad de proyecto y obra suscrito en su día por el Servicio Murciano de Salud, lo que supondría un importe de 2.250 euros, más IVA.

- En caso de que no resulte viable volver a licitar el contrato, se considera que la actuación del adjudicatario puede haber causado un daño mayor, pues a lo anteriormente mencionado habría de añadirse que la documentación técnica redactada para la preparación de la licitación no resultaría aprovechable para otro fin. Los daños causados en este caso se estiman en la cantidad de 18.540,30 euros, resultantes de incrementar a lo anteriormente mencionado el importe de la redacción de la mencionada documentación técnica. A esto habría que sumar en su caso el importe que el Ayuntamiento de Molina pudiese reclamar al Servicio Murciano de Salud por las liquidaciones correspondientes a la licencia de obras que, de acuerdo con la documentación disponible suponen hasta el momento un importe de 20.862,07 euros".

OCTAVO.- El 8 de marzo de 2013 se formula, por el Secretario General Técnico del SMS, propuesta de resolución del contrato, con incautación de la garantía prestada por la contratista, "hasta un importe de 20.862,07 euros, en concepto de liquidación de licencia de obra, sin perjuicio de la obligación de indemnizar otros daños que se pudieran ocasionar como consecuencia del no aprovechamiento de la documentación técnica empleada en la preparación de la presente licitación, y para el supuesto de no tramitar nuevo expediente de contratación por estas obras, daños evaluados en la cantidad adicional de 18.540 euros".

NOVENO.- Mediante Resolución de 11 de marzo de 2013 el Director Gerente del SMS declara la suspensión del plazo máximo de resolución del procedimiento, con efectos desde la citada fecha, coincidente con la del registro de salida de la solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico, hasta la notificación al interesado de la recepción del citado Dictamen.

DÉCIMO.- Mediante oficio registrado de salida el 11 de marzo de 2013, y de entrada en este Consejo Jurídico el siguiente 18, el Director Gerente del SMS, por delegación de la Consejera de Sanidad y Consumo, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone la contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con lo dispuesto en el artículo 195.3, a) LCSP, hoy artículo 211.3,a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP en lo sucesivo), cuya entrada en vigor tuvo lugar el 16 de diciembre de 2011.

SEGUNDA.- Normativa de aplicación y cuestiones procedimentales.

1. Dentro de las prerrogativas que ostenta el órgano de contratación (Director Gerente del SMS) se encuentra la de acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (artículo 194 LCSP, hoy 210 TRLCSP), lo que sustenta el presente procedimiento, siendo la normativa de aplicación la LCSP, conforme al PCAP (cláusula 29) y a la Disposición transitoria primera, 2 TRLCSP.

Es precisamente el momento de la adjudicación del contrato el que determinará el régimen jurídico sustantivo aplicable en lo relativo a sus efectos, cumplimiento y extinción (Dictamen núm. 22/09 de este Consejo Jurídico, entre otros), de conformidad con la redacción de la Disposición transitoria primera, 2 TRLCSP anteriormente

citada, por lo que si en el supuesto sometido a consulta, la adjudicación se produjo por resolución del Director Gerente del SMS de 23 de noviembre de 2011, es decir, con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, aplicando, *sensu contrario*, el segundo apartado de su Disposición transitoria primera, el contrato se regirá en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción por la citada Ley. También, en lo que no se oponga, por lo dispuesto en el RCAP (Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), citado también en la Cláusula 29 PCAP.

En consecuencia, el contrato formalizado el 5 de diciembre de 2011 ha de regirse en su cumplimiento, efectos y extinción por la LCSP, como señala el informe del Servicio Jurídico del SMS.

Por otra parte, como ha indicado este Consejo Jurídico en varios Dictámenes (por todos el núm. 147/2012), de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento de resolución del contrato y la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión. En el supuesto ahora sometido a consulta esta norma es el TRLCSP, toda vez que entró en vigor, como decíamos antes, el 16 de diciembre de 2011, y el procedimiento de resolución contractual se inicia por resolución del Director Gerente del SMS de 2 de enero de 2013.

2. Procedimiento seguido y plazo para resolver.

a) El procedimiento ha seguido, en lo esencial, lo establecido por los artículos 211 TRLCSP y 109 RCAP, constando en el expediente el informe jurídico del órgano de contratación, la audiencia a la contratista y al avalista, así como la propuesta de resolución. La solicitud del presente Dictamen persigue cumplimentar la preceptiva intervención de este Consejo en el procedimiento, una vez manifestada la oposición de la contratista.

Sin embargo, se observa que, una vez cumplimentado el trámite de audiencia, se ha unido al procedimiento un nuevo informe técnico de valoración de daños causados por la contratista con ocasión de la resolución contractual a ella imputable, el cual ha servido de base para fijar, en la propuesta de resolución, el importe de la garantía que ha de incautarse, lo que debería haber llevado al órgano instructor a comunicar dicho informe a la adjudicataria, posibilitando la presentación de alegaciones frente al mismo. En efecto, el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), dispone que la audiencia de los interesados ha de realizarse instruidos los procedimientos e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución. La finalidad de este inciso es, precisamente, evitar la indefensión del interesado, ofreciéndole la totalidad del expediente para que pueda examinarlo y alegar lo que a su derecho convenga. Por ello, cuando con posterioridad al trámite de audiencia se incorporen nuevos elementos con trascendencia fáctica que puedan ser relevantes para la resolución que se dicte, se ha de reiterar la audiencia al interesado.

No obstante, como se analizará posteriormente, la cuantificación de la indemnización de perjuicios debe ser objeto de un procedimiento contradictorio, sucesivo al de resolución, en el que se recojan en toda su extensión las consecuencias derivadas de la misma, y en el que la contratista pueda comparecer y alegar lo que a su derecho convenga, lo cual permite continuar el procedimiento en lo que a la resolución del contrato y retención de la garantía se refiere, en los términos que se indican en las siguientes Consideraciones del presente Dictamen.

b) Por lo que se refiere al plazo máximo de tres meses para dictar y notificar la resolución del procedimiento, iniciado éste mediante acuerdo del Director Gerente del SMS de 2 de enero de 2013, dicho plazo quedó suspendido mediante resolución del mismo órgano de 11 de marzo de 2013, (siempre y cuando se haya comunicado a los interesados dicha fecha de suspensión conforme se dispone en la referida resolución, circunstancia que no consta acreditada en el expediente) y se reanudará cuando el órgano consultante reciba el presente Dictamen, de acuerdo con el artículo 42.5, c) LPAC, que deberá ser comunicado, igualmente, a la adjudicataria y al avalista.

El hecho de que, en atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consolidada a partir de 2008, esta clase de procedimientos sean susceptibles de caducidad (Dictámenes de este Consejo Jurídico nº 90, 96 y 181 de 2009, entre otros), obliga al órgano competente a dictar y notificar la resolución procedente antes del transcurso de los indicados plazos, pues en caso contrario habría que declarar la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de incoar uno nuevo.

TERCERA.- Naturaleza jurídica del contrato que se pretende resolver.

Las obras públicas pueden ser objeto de contratación en dos modalidades diferentes, o bien la Administración realiza el proyecto al que deberá ajustarse la actividad del contratista (directamente o contratándolo con un tercero como un contrato independiente del de obra), o bien tanto el proyecto como su realización corren a cargo del mismo contratista.

El artículo 105 LCSP establece como norma general que la adjudicación de un contrato de obras requiere la previa elaboración, supervisión, en su caso, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto, que definirá con precisión el objeto del contrato. El artículo 108 LCSP recoge la excepción al permitir la contratación conjunta de elaboración de proyecto y ejecución de las obras correspondientes. Ahora bien, como queda patente de la redacción dada a este precepto, la Ley pretende que la contratación conjunta del proyecto y de la obra se dé únicamente en casos excepcionales que la misma señala, marcados por las condiciones técnicas del objeto del contrato. De forma que precisamente sean las características del proyecto aplicadas a la obra las que la configuren de tal suerte que no sea posible, ni conveniente, separar el proyecto de su realización material, pues la segunda necesariamente depende del primero (cuando motivos de orden técnico, ligados al destino o a las técnicas de ejecución de la obra, obliguen necesariamente a vincular al empresario a los estudios de las obras, o cuando se trate de obras cuya dimensión excepcional o dificultades técnicas singulares, requieran soluciones aportadas con medios y capacidad técnica propia de las empresas). Con todo se establecen una serie de actos que como mínimo corresponden a la Administración contratante: *"en todo caso la licitación de este tipo de contrato requerirá la redacción previa por la Administración o entidad contratante del correspondiente anteproyecto o documento similar y sólo, cuando por causas justificadas fuera conveniente al interés público, podrá limitarse a redactar las bases técnicas a que el proyecto deba ajustarse"*.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008 y de 17 de octubre de 2011), han señalado que el carácter claramente excepcional de estas modalidades de contratación conjunta, mixta o plural, se deriva del hecho de prescindirse en ellas de las razones y garantías determinantes de la común o normal contratación sucesiva e independiente de aquellas distintas prestaciones. Entre aquellas razones y garantías se encuentran las asociadas a la independencia y libertad de actuación de los técnicos, directores de obra o autores del proyecto, respecto a las empresas contratistas encargadas de su ejecución; y también lo está la libre concurrencia en la contratación pública que, en el supuesto de contratación conjunta, se ve mermada al favorecer en la adjudicación de los proyectos a profesionales integrados en empresas constructoras o

vinculados a ellas sobre los demás.

En cuanto a la responsabilidad del contratista que elabora el proyecto, ésta queda plenamente reflejada en el artículo 108.3 al remitir, para articularla, a lo previsto en el artículo 286 (relativo a la subsanación de errores y corrección de deficiencias en el contrato de elaboración de proyectos de obras -contrato de servicio-), sin que hasta tanto no se subsanen los defectos padecidos y tras una nueva supervisión, aprobación y replanteo, pueda iniciarse la ejecución de la obra. Lo que no podría ser de otro modo atendiendo a la naturaleza de cada una de las fases de este contrato mixto, pues, como ya puso de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1985, *"el procedimiento para la realización de obras públicas denominado contrato de proyecto de obras, por el que el adjudicatario del contrato de obras colabora en la redacción del proyecto, engloba sucesivamente dos fases bien diferenciadas: en la primera, de elaboración del proyecto, se está ante un arrendamiento de servicios y en la segunda, ejecución de obras, ante el arrendamiento de obra o ejecución de obra pública por contrato"*.

De lo anterior, cabe colegir que estamos ante un contrato mixto, condición que procede de la doble prestación que debe efectuar la contratista, que son diferentes y de ejecución sucesiva y parcialmente independientes entre sí, de tal modo que el contrato, aun siendo mixto, puede concluir simplemente en la redacción del proyecto, sin ejecución de la obra.

En relación con el carácter excepcional de este tipo de contratación, de la documentación incorporada al expediente no puede deducirse que se motivara y justificara suficiente y adecuadamente la elección del sistema de contratación conjunta de elaboración del proyecto y ejecución de obra; no obstante al constituir ésta una cuestión sobre la que no se ha expresado disconformidad en momento alguno previo al presente, ni constituye el objeto de Dictamen, este Órgano Consultivo no considera necesario abordarlo.

En lo que respecta a la responsabilidad del contratista por defectos en la elaboración de un proyecto de obras, como decíamos antes, por remisión del artículo 108.3 LCSP resulta de aplicación lo previsto en el artículo 286 del mismo texto legal. La peculiaridad de los contratos de servicios que tienen por objeto la elaboración de estos proyectos de obra determina que la Ley dedique una concreta regulación dirigida a la subsanación de errores y a las responsabilidades derivadas de los mismos.

Así la importancia de subsanar los defectos del proyecto, como condición necesaria para que la obra pueda ejecutarse, determina la imposición al contratista de la obligación de corregirlos en el plazo que señale la Administración, sin que pueda exceder de dos meses (art. 286.1 LCSP).

Si no se corrigen en plazo la Administración podrá conceder un nuevo plazo o bien optar por la resolución del contrato. El nuevo plazo, si se elige esta opción, no podrá exceder de un mes y conlleva como penalidad un 25% del precio del contrato. Si se opta por la resolución la Administración incautará la garantía teniendo derecho a una indemnización del 25% del precio del contrato (apartados 2,3 y 4 del citado artículo 286).

De producirse un nuevo incumplimiento procederá la resolución del contrato con obligación por parte del contratista de abonar a la Administración una indemnización igual al precio del contrato con pérdida de la garantía (apartado 5 del mismo precepto).

CUARTA.- Sobre la resolución propuesta.

Se pretende en el presente expediente la resolución por parte del SMS del contrato de referencia. A juicio del órgano de contratación se ha incurrido en un incumplimiento del plazo de ejecución del contrato que comportaría la resolución del mismo conforme al artículo 206.d) LCSP. Por otro lado en la propuesta de resolución del contrato sometida a Dictamen se introduce una nueva causa de resolución (a la que no se hacía referencia en la propuesta inicial), con apoyatura en las previsiones del artículo 286 LCSP (por remisión del artículo 108 del mismo texto legal), haciendo uso de la posibilidad de resolución que se contempla en sede de subsanación de errores y corrección de deficiencias en la elaboración del proyecto de obras.

Debe tenerse en cuenta que en este tipo específico de contratación caben diversas alternativas a la resolución. Así, en primer lugar, procedería la resolución por las causas generales contempladas en el artículo 206 de la Ley. En segundo lugar, tratándose de un contrato conjunto para la elaboración de un proyecto de obra y la posterior ejecución de ésta, cuando el proyecto presentado por la contratista presente defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones, la Administración puede requerir la subsanación, pudiendo resolver el contrato en caso de que aquella no se produzca, conforme a lo establecido en el mencionado artículo 286 LCSP.

Al concurrir más de una posible causa de resolución contractual cabe plantearse cuál debe aplicarse, anticipando ya que la extinción contractual pretendida debe ampararse, *prima facie*, en las previsiones del artículo 286 LCSP. En efecto, las deficiencias del proyecto presentado por la contratista que han impedido su aprobación por la Administración, se producen temporalmente antes que el incumplimiento del plazo para ejecutar el objeto del contrato; es más es esta causa la que hace incidir al contratista en la segunda. A este respecto, cabe recordar que conforme con reiterada doctrina consultiva y la jurisprudencia (STS, Sala 3^a de 9 de enero de 2012, entre otras), debe aplicarse preferentemente la causa de resolución contractual que se hubiera producido primero desde el punto de vista cronológico, de tal manera que la demora (y el incumplimiento del plazo), como causa de resolución, solo cabría examinarla en defecto de la primera en el tiempo.

La aplicación del régimen contenido en el artículo 286 LCSP viene, asimismo, recogida para el contrato cuya propuesta de resolución se dictamina, en la cláusula 8.2 del PCAP que, como documento núm. 15, aparece incorporado al expediente.

Como se ha hecho constar en los antecedentes, tras apreciar que el proyecto entregado el 30 de enero de 2012 contenía, a juicio de la Administración contratante, errores y carencias, se requirió a la contratista (con fecha 20 de marzo de 2012), para que subsanase tales deficiencias sin que se aporten datos sobre el plazo concedido al efecto. En concreto se indica por el SMS en la propuesta de iniciación del procedimiento de resolución contractual de 12 de diciembre de 2012, que el conjunto de actuaciones a realizar, incluía *"la necesidad de aportación de cierta documentación omitida (programa de trabajo, ausencia de planos de instalación de climatización o la eliminación a las referencias efectuadas en el proyecto a viviendas o colegios), así como la subsanación de deficiencias y anomalías observadas en el proyecto (ausencia de espejos, carpintería, acometida eléctrica, etc.), con el fin de completar el proyecto de referencia"*.

Tras solicitar la contratista una suspensión del plazo para presentar el proyecto hasta el momento en que se obtuviera del Ayuntamiento de Molina de Segura informe sobre el punto de acometida de las instalaciones, el SMS concede tal suspensión con fecha 18 de mayo de 2012, la cual se levanta el día 23 de noviembre de 2012. No obstante, durante esos meses se llevan a cabo, según se desprende del contenido de la citada propuesta de 12 de diciembre de 2012, las siguientes actuaciones en relación con la presentación y aprobación del proyecto de

obras:

- El 1 de junio de 2012 -- presenta la documentación correspondiente al proyecto básico; proyecto de ejecución; estudio geotécnico; estudio de seguridad; y estudio de gestión de residuos.

- Con fecha 2 de julio de 2012 el SMS notifica a la contratista el contenido del informe emitido, el 11 de junio anterior, por la Arquitecta del citado Organismo en el que se ponían de manifiesto las deficiencias en el proyecto aportado, concediéndole un plazo de 15 días para completarlo y subsanarlo.

- Mediante escrito de 23 de julio de 2012, la Administración traslada al -- informe de --, empresa adjudicataria del contrato cuyo objeto lo constituye el control técnico de calidad del proyecto y ejecución de las obras de construcción mediante elementos prefabricados de alojamiento transitorio de personas con enfermedad mental o drogodependencia, que realicen formación profesional para su rehabilitación (no se concreta si dicho informe se refiere al proyecto citado en último lugar o a otro posterior; tampoco se indica el sentido de dicho informe).

- La contratista presenta, el 26 de septiembre de 2012, un nuevo proyecto que, una vez revisado, da lugar a una nueva comunicación de la Administración de 2 de octubre de 2012, en la que se concluye que *"continúan existiendo deficiencias, particularmente en lo relativo a la definición de las acometidas a los servicios urbanos, requiriéndose para que en un plazo de quince días aporten el oportuno proyecto con las subsanaciones requeridas, advirtiendo que de no atender el requerimiento se iniciarán las actuaciones oportunas, incluida la resolución del contrato"*.

- El 23 de octubre de 2012 la contratista, en contestación al requerimiento que se le había efectuado, presenta un escrito de alegaciones en el que indica *"que no se puede modificar el proyecto técnico en base a la solicitud, toda vez que el presentado por esta parte en la licitación fue considerado sobre la base de unas acometidas a pie de parcela, en lo referente al suministro de agua potable, suministro eléctrico y entronque a red pública de saneamiento tal y como se constata por medio del correspondiente contrato administrativo y pliego de condiciones"*.

En este marco, el órgano instructor del expediente que motiva el presente dictamen aprecia la concurrencia de causa de resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, así como de los plazos marcados en el contrato, con arreglo, como se indica anteriormente, a lo establecido en los artículos 206 y 286 LCSP.

Del contenido de los informes extractados en el expediente a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, resulta que en el proyecto presentado por la contratista se han omitido documentos esenciales y que dicho proyecto no reúne los requisitos necesarios para definir y ejecutar correctamente las obras (sobre todo en lo relativo a las acometidas a los servicios urbanos), así como que los errores detectados responden a una ejecución defectuosa que no ha sido subsanada a pesar de los múltiples requerimientos de la Administración a tal fin (según los antecedentes que aparecen mencionados en el expediente, hasta en tres ocasiones, es decir, una más de las previstas en el artículo 286 LCSP).

Por otro lado, la empresa adjudicataria considera que tal incumplimiento está justificado debido a que el entronque a las acometidas a los suministros de agua potable y electricidad, así como el correspondiente a la red pública de saneamiento, no están ubicados donde en principio estaban contemplados, es decir, a pie de parcela, sino a 450 metros, lo que encarece la ejecución del proyecto en una cuantía tan importante que no puede ser asumida.

Pues bien, las alegaciones realizadas por la contratista no justifican que no ha existido incumplimiento por su parte, ya que tanto del contenido del contrato como del de los Pliegos se desprende la obligación de redactar el Proyecto incluyendo las acometidas antes mencionadas respetando los puntos de conexión que establezca la licencia de obras. En efecto, tal como se destaca en el informe del Servicio Jurídico del SMS, la cláusula segunda del contrato establece que la empresa se compromete a ejecutar el contrato de acuerdo con el Proyecto Básico y con el PCAP "cuyo contenido conoce y ha sido aceptado por el adjudicatario a través de su oferta". Por otro lado el apartado 21 de las condiciones específicas del citado Pliego contempla, como una de las obligaciones de la contratista, redactar el Proyecto de forma que se contemplen "*todas las actuaciones necesarias para la puesta en funcionamiento del Centro, sin que deba realizarse actuación adicional alguna*", incluyendo "*todas las obras que resulten necesarias para el correcto emplazamiento de los módulos en el terreno existente, incluyendo las relativas a adecuación del terreno, cimentaciones, acometidas y todas aquellas que sin mencionarse expresamente resulten necesarias para la correcta implantación y funcionamiento de las dependencias*". Asimismo se recoge en el Pliego que "*el contratista tiene la obligación de haber inspeccionado y estudiado el emplazamiento y la situación actual de las obras, por lo que no tendrá derecho a formular reclamación alguna que se funde en datos o antecedentes del proyecto que en dicho aspecto puedan resultar equivocados o incompletos*". Finalmente, en el Proyecto Básico elaborado por la Administración, se afirma que "*el punto de conexión con la red general existente lo establece la licencia municipal de obras, las ordenanzas municipales o la compañía responsable del servicio. La acometida deberá ejecutarla la empresa contratista*".

De lo anterior se desprende que la circunstancia alegada por la empresa adjudicataria (entronque de las acometidas a 450 metros de la parcela), no justifica el incumplimiento, pues cuando contrató con la Administración debía conocer tanto el PCAP como el Proyecto Básico, y las obligaciones que ambos imponían, como la situación del lugar de las obras, lo que le hubiera permitido, como se señala en el informe jurídico del SMS, comprobar las obras que resultaban necesarias para llevar a cabo los entronques a las acometidas y, por tanto, el alcance económico de las mismas.

A la vista de todo lo anterior este Órgano Consultivo no tiene objeción alguna que plantear a la resolución contractual que se pretende, con los efectos que en la siguiente Consideración se analizan.

QUINTA.- Efectos de la resolución contractual.

Los efectos de la resolución producida con amparo en lo previsto en el artículo 286.5 LCSP, se concretan en el abono de una indemnización igual al precio pactado con pérdida de la garantía.

En relación con la materialización de estos efectos cabe formular las siguientes observaciones:

1.^a El régimen jurídico especialmente riguroso que se contiene en el artículo 286 LCSP se establece en sede del contrato de servicios, y sólo por remisión del artículo 108.3 LCSP resulta de aplicación a la contratación conjunta de la elaboración del proyecto y la ejecución de las obras correspondientes, lo que plantea una duda atinente a

qué ha de entenderse por "precio pactado".

En efecto, como se apuntaba en la Consideración Tercera del presente Dictamen, el contrato que nos ocupa engloba dos tipos de prestaciones que, aunque parcial, presentan una independencia entre ellas, de tal manera que es posible determinar el porcentaje del precio total del contrato que resulta imputable a cada una de dichas prestaciones, lo que permite afirmar que por precio pactado ha de entenderse, precisamente, la parte del precio total del contrato que se corresponda con la obligación consistente en la elaboración del proyecto de obras. Mantener lo contrario, supondría una interpretación asistemática del precepto y acarrearía una consecuencia desproporcionada al incumplimiento contractual.

2.^a En lo que a la incautación de la garantía se refiere cabría efectuarla, sin lugar a dudas, sobre la parte proporcional de la misma que respondiese de la prestación contractual consistente en la elaboración del proyecto, pero también cabe mantener que procede hacerlo con el resto hasta el total de la misma, es decir, sobre la que cubriría las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las prestaciones correspondientes a las obras, ya que del incumplimiento culpable que se imputa al contratista se deriva la frustración de la construcción del alojamiento transitorio de personas con enfermedad mental o drogodependencia, circunstancia que, atendiendo al perjuicio causado al interés público, ha de llevar aparejada una consecuencia de naturaleza punitiva, objetivo que cumple la incautación de la garantía tal como este Consejo Jurídico ha venido afirmando en repetidos Dictámenes (por todos, los números 208/2011, 89/2012 y 261/2012).

3.^a En lo que respecta al resarcimiento de los daños que el incumplimiento contractual pueda generar, el artículo 208.4 LCSP prevé de manera expresa la incautación y pérdida de la fianza para responder de los daños y perjuicios que el incumplimiento culpable del contratista hubiera podido ocasionar, sin perjuicio de la responsabilidad de aquél en lo que exceda del importe de dicha garantía.

Aplicando este precepto al supuesto que nos ocupa, a la garantía incautada se imputará la indemnización que, con aplicación del artículo 286.5, corresponda hacer efectiva a la contratista, en los términos que se señalan en la observación 1.^a de la presente Consideración. Asimismo, la garantía incautada responderá de la indemnización de los daños de muy difícil valoración, pero existentes, inherentes al retraso en la ejecución de la obra. Finalmente, a dicha garantía cabrá imputar el resto de daños que dicho retraso haya provocado, y que sean, en el momento de producirse la resolución, reales (no hipotéticos) y de cuantificación posible y cierta, naturaleza esta última que no resulta predictable de los que se señalan en la propuesta de resolución sometida a Dictamen, pues todos ellos se refieren a posibles daños cuya concreción se difieren a circunstancias futuras y, por lo tanto, no cabe considerarlos acreditados aún.

Si el importe de la garantía no resultase suficiente para hacer frente a los conceptos que se indican en el párrafo anterior, subsistiría la responsabilidad del contratista en lo que excediese de dicho importe.

4.^a Es reiterada doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen 822/1993), de la que es tributaria la de este Consejo Jurídico (entre otros, Dictamen 185/2009), que la fijación de daños y perjuicios a indemnizar se lleve a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada y previa audiencia al contratista (art. 113 RCAP). Es decir, se requiere un específico expediente contradictorio en el que se oiga al contratista, y se permita que éste exponga adecuadamente las razones que considere convenientes en defensa de su derecho, expediente que, normalmente, será un procedimiento *ad hoc* y posterior al expediente mismo de la resolución, con la finalidad de fijar con la mayor exactitud posible el importe de los daños, incluyendo todos los producidos hasta el instante mismo de la resolución del contrato.

En el concreto supuesto que nos ocupa cabría pensar que al venir fijada directamente en la Ley la cantidad a indemnizar a la Administración (el 100% del precio pactado), el procedimiento contradictorio no resultaría necesario; sin embargo la falta de automaticidad que se desprende de lo argumentado en las anteriores observaciones, exige que, una vez resuelto el contrato con retención de la garantía, se proceda a incoar el citado procedimiento contradictorio, con audiencia de la contratista.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Procede acordar la resolución del contrato de elaboración de proyecto y ejecución de obras suscrito con la mercantil --, al amparo de lo dispuesto en el artículo 286.5 LCSP, con incautación de la garantía definitiva y, en su caso, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de dicha garantía, todo ello en los términos que se indican en la Consideración Quinta del presente Dictamen.

SEGUNDA.- La propuesta de resolución objeto de Dictamen, en la medida en que propone la resolución del contrato por la causa y fundamentos expresados en la anterior conclusión, se dictamina favorablemente; en consecuencia, vista su parte expositiva, debe eliminarse de ella lo relativo a la resolución del contrato por causas distintas a la expresada, así como, en la parte resolutiva, se debe suprimir la fijación que se contiene sobre los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, pues los mismos, cuando efectivamente se produzcan, deberán ser objeto de fijación en expediente contradictorio, en los términos del artículo 113 RCAP.

No obstante, V.E. resolverá.