

Roj: **STS 52/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:52**Id Cendoj: **28079130072012100003**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **09/01/2012**Nº de Recurso: **1523/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AS 5597/2008,**
STS 52/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 1523/2009, que pende ante ella de resolución, interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil ocho, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, recaída en el recurso número 783/2006. Ha sido parte recurrida el Procurador D. Javier Soto Fernández, en representación de CONSTRUCTORA HISPANICA, S.A. Y GENERAL ASTURIANA DE OBRAS Y SERVICIOS, S.L. (UTE RÍO NALÓN).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el recurso número 783/2006, con fecha diecinueve de diciembre de dos mil ocho, dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar el recurso de esta clase interpuesto por la representación procesal de la entidad UTE RIO NALÓN contra el acuerdo de la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL NORTE (CHN), de fecha 7 de diciembre de 2.005, por el que se acuerda resolver el contrato formalizado con dicha entidad mercantil; resolución que se declara nula y sin efecto, debiéndose retrotraer las actuaciones administrativas al momento anterior a dictarse la resolución impugnada a fin de que se requiera informe al Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma. Sin costas.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos».

SEGUNDO. - Contra la citada sentencia anunció recurso de casación el Abogado del Estado, en nombre y representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, que la Sala de instancia tuvo por preparado por providencia de 22 de enero de 2009, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala que dicte Sentencia *«casando y anulando la sentencia recurrida para en su lugar resolver desestimando el recurso interpuesto contra el acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Norte de 7 de diciembre de 2005, y declarando su conformidad a derecho».*



CUARTO.- Comparecido el recurrido, se admitió a trámite el recurso por providencia de 12 de enero de 2010, concediéndose, por providencia de 4 de febrero de 2010, un plazo de treinta días al recurrido para que formalizara escrito de oposición, que tuvo entrada el día 22 de marzo de 2010, y en el que se suplicaba a la Sala que *«dicte en su día Sentencia por la que, con estimación de los motivos de oposición expuestos en el presente escrito, se acuerde desestimar el recurso de casación interpuesto, confirmándose la resolución recurrida, y condenando expresamente a la parte recurrente a las costas causadas en este recurso»*.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día 23 de noviembre de 2011, pero la deliberación hubo de continuarse en fechas correspondientes a señalamientos posteriores debido al elevado número de asuntos conocido por la Sección y a la complejidad de algunos de ellos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil ocho, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, recaída en el recurso número 783/2006, que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por CONSTRUCTORA HISPANICA, S.A. Y GENERAL ASTURIANA DE OBRAS Y SERVICIOS, S.L. (UTE RÍO NALÓN), contra el acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN), de fecha 7 de diciembre de 2.005 por el que se acordaba resolver el contrato de construcción de colector interceptor general del Río Nalón, tramo Las Caldas-Soto del Rey, saneamiento del Río Gafo, terminación del saneamiento de la cuenta del Río Nalón, TT. MM de Oviedo y Ribera de Arriba (Asturias); y se ordenaba la citación al contratista para la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, y que con carácter de urgencia se iniciara la contratación de las obras con otro empresario.

El recurso de casación interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO contiene un único motivo de casación, formulado al amparo del artículo 88.1º, letra d) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables al caso, citando como infringidos el art. 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, en relación con el art. 149. e) del mismo texto legal, así como el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) y, por último, el art. 22.11º de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

Por su parte CONSTRUCTORA HISPANICA, S.A. Y GENERAL ASTURIANA DE OBRAS Y SERVICIOS, S.L. (UTE RÍO NALÓN) se opone a ambos motivos en los términos que luego se dirá.

SEGUNDO.- La base de la fundamentación de la sentencia recurrida se contiene en los fundamentos de derecho cuarto y quinto; del siguiente tenor literal:

«CUARTO.- Expuestos en dichos términos el debate de autos, para su adecuado examen y resolución es preciso un primer pronunciamiento acerca de las alegaciones de índole formal formuladas por la parte actora, pues de prosperar alguna de ellas no será necesario el pronunciamiento sobre la pretensión que de forma subsidiaria formula dicha parte procesal.

Reseñar lo que resulta acreditado del expediente administrativo y demás pruebas practicadas en autos: que la recurrente por causa de los dos proyectos modificados en el que existió una suspensión de las obras, si bien no formalizada, con fecha de entrada 2 de agosto de 2.005, remitió escrito a la CHN oponiéndose, por los motivos técnicos que en dicho escrito detallaba, a la propuesta del segundo modificado del Proyecto, solicitando al tiempo la resolución del contrato de obras por causa no imputable al contratista, ya sea por haberse suspendido las obras por plazo superior a 8 meses, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), en relación con el 171 del RGCAP, pagando al contratista el beneficio industrial dejado de percibir, ya sea por modificación del presupuesto inicial del Proyecto en un porcentaje superior al 20%, tal y como dispone artículo 149.1 e), e igualmente el pago al contratista del beneficio industrial dejado de percibir, así como los daños y perjuicios sufridos durante la paralización de las obras por causa no imputable al contratista.

QUINTO.- A estos hechos es plenamente aplicable la doctrina invocada por la parte actora y, así:

En primer lugar, lo primero a tener en cuenta es que la Resolución combatida por la que se acordó la resolución del contrato no es conforme con la pretensión del contratista sobre tal resolución, pues en su escrito solicitaba en ambos supuestos, como ya ha quedado expuesto, la indemnización de daños y perjuicios sufridos por la suspensión de las obras y el pago del beneficio industrial dejado de percibir por el resto de la obra no ejecutada, lo



que demuestra que el recurrente se opone a la resolución con el contenido que se ha dado por la Administración y, como se declara en la Sentencia de 8 de marzo de 2.005 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos), en su fundamento de derecho octavo "El segundo extremo se refiere a que el Ayuntamiento demandado postula que en dichas alegaciones la actora no formula una oposición formal a la resolución del contrato pero sí a la liquidación efectuada. Tampoco puede compartirse por la Sala este criterio, toda vez que si bien es verdad que la actora en su escrito no se opone a que se resuelva el contrato, también manifiesta disconformidad con la presunta liquidación que pretende el Ayuntamiento, revelando con ello que si la resolución no contiene la liquidación que reclama la demandante lógicamente no estaría de acuerdo con la resolución, por lo que pone de manifiesto una oposición a la resolución del contrato, sobre todo a la forma y contenido con el que quiere llevarse a efecto dicha resolución por parte del Ayuntamiento; de todo ello se infiere como no puede ser de otro modo una oposición de la actora a la resolución del contrato que quiere llevar a cabo el Ayuntamiento. De todos los modos como quiera que la liquidación del contrato es una parte importante del contenido de la resolución como así resulta de normativa de contratación administrativa aplicable, las diferencias que se ponen remanifiesto en cuanto al extremo de la liquidación, revelan, como no podía ser de otro modo, una oposición a la resolución que se quiere llevar a efecto, es decir, que la demandante solo estaría de acuerdo con la resolución si ésta se concluye en los términos económicos que ella demanda; y esto solo puede interpretarse como oposición a la resolución, lo que viene corroborado con el posterior recurso jurisdiccional interpuesto y que da lugar al presente recurso. Por otro lado, el art. 59 antes transcrito solo habla de exigencia del informe del Consejo de Estado o órgano equivalente en la Comunidad Autónoma cuando se formula oposición por parte del contratista, y no se especifica ni concreta el ámbito de dicha oposición, motivo por el cual las alegaciones formuladas por la actora en el escrito presentado el día 5-3-2.003 contienen una oposición a la resolución".

En segundo lugar, es hecho probado que la Administración no cumplió con lo dispuesto en el artículo 172 del RD 1098/2001 que establece para los casos en que las obras hayan de ser continuadas, como en el caso de autos, "1. Iniciado el expediente de resolución de un contrato cuyas obras hayan de ser continuadas por otro contratista o por la propia Administración, se preparará seguidamente la propuesta de liquidación de las mismas.

2. La liquidación comprenderá la constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista.

3. La liquidación se notificará al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución".

Y esto tampoco se ha cumplido cuando es absolutamente indispensable como tiene declarando nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de junio de 1994, que en el fundamento tercero declara "Pues bien, según el precepto reglamentario es necesario que la Administración notifique al contratista, " al mismo tiempo" que notifica el acuerdo de resolución del contrato de obras, la de la "liquidación" practicada por aquélla, en la cual se habrá de comprender, la "constatación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes, a favor o en contra del contratista". Pues sólo así, este último podrá tener conocimiento expreso de todo ello, y podrá impugnar la valoración efectuada si conviniere a su derecho; con la consecuencia de que sólo así, se evitará la indefensión del contratista, que la Constitución y el art. 48 LPA de 1958 tratan de evitar.

Pues, notificar una "liquidación" supone tanto, como "comunicarla formalmente al notificado en su integridad" sin que dicho acto formal pueda ser suplido por el hecho de que, antes de la determinación concreta de la liquidación, se hubiera puesto de manifiesto al contratista, en trámite de audiencia, el proyecto de la misma. Sin olvidar que, sólo mediante la notificación expresa de la "liquidación definitiva", efectuada en la forma que, el párrafo 2º del art. 179 citado establece, podrá trasladar al conocimiento del contratista interesado, el alcance y contenido de la certeza de la valoración que de ella se efectúa y, éste podrá, si le conviniere, impugnar la misma en la vía administrativa, evitándose con ello la "indefensión" de aquél, que tanto la Constitución como el art. 48 LPA, jurídicamente no permiten".

Al no haberlo hecho así la Administración, sino que esa liquidación no fue notificada a la entidad actora sino con fecha muy posterior, y ha dado lugar a otro recurso que pende ante esta misma Sala, se le ha privado también por dicho motivo a la misma de conocerla a tiempo para oponerse a la resolución en el sentido antes expuesto.

En consecuencia, habiendo oposición a la resolución, la omisión del informe previo del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, hacen preciso acoger el motivo de nulidad esgrimido porque es preciso recordar que tanto la doctrina como la Jurisprudencia han venido conceptuando la falta de dicho informe o dictamen en el transcurso de un expediente administrativo, constituye un vicio esencial que motiva, al amparo del art. 63.2 de la Ley 30/1992, la anulabilidad de las actuaciones tramitadas con posterioridad al momento en que debió emitirse el mismo, con retracción de actuaciones para se continúen las mismas conforme a derecho exigiendo el dictamen o informe omitido. Por ello en el caso de autos, como quiera que nos encontramos ante un procedimiento de resolución de contrato administrativo, que a dicha resolución y en los términos en que pretendía



llevarla a cabo la Administración se opuso la actora, que en su tramitación era preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, y que dicho informe no fue requerido antes de dictarse la resolución recurrida es por lo que la Sala considera que en la tramitación de mencionado expediente se ha omitido un trámite esencial que determina la declaración nulidad de dicha resolución, así como la retroacción de las actuaciones en dicho expediente al momento anterior al dictarse la misma a fin de que para la correcta tramitación y resolución del mismo se requiera el correspondiente informe preceptivo del Consejo de Estado o del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma. La ausencia de mencionado informe integra la comisión de un defecto de forma, previsto en el art. 63.2 de la Ley 30/1992 que impide al actor recurrido reunir los requisitos formales para poder alcanzar su fin.

La estimación del recurso en este concreto motivo de impugnación con retroacciones de actuaciones, impide entrar en el examen y enjuiciamiento de las demás pretensiones reclamadas por la parte actora en su demanda y, que por tal motivo quedan imprejuizadas en la presente sentencia.»

TERCERO.- El recurso contiene, como ya se dijo, un único motivo de casación formulado al amparo del artículo 88.1º, letra d) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables al caso, en el que se denuncia la infracción del art. 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, en relación con el art. 149. e) del mismo texto legal, así como el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) y, por último, el art. 22.11º de la Ley Orgánica del Consejo de Estado.

En el desarrollo argumental del motivo de casación indica el Abogado del Estado que el art. 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, establece la procedencia del dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, entre otros supuestos, en los de nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado.

En opinión del Abogado del Estado el tenor literal del precepto, no admite dudas, y permite concluir que únicamente será preceptivo el dictamen del Órgano Consultivo cuando el contratista se oponga a la resolución del contrato, por lo que parece fácil concluir que no procederá la emisión del Dictamen cuando la resolución haya sido solicitada, como es el caso, por el propio contratista.

Añade que fue el propio contratista el que con fecha 2 de agosto de 2005 solicitó que se acordase la resolución del contrato por causa no imputable al contratista, por cualquiera de las causas que se mencionan en la resolución, y la resolución de 7 de diciembre de 2005 se limitó a estimar la solicitud del contratista, y por lo tanto a resolverlo, al concurrir la causa de resolución prevista en el art. 149. e). TRLCAP.

Destaca el Abogado del Estado que la sentencia recurrida entiende que era procedente el dictamen omitido, por cuanto existía oposición del contratista, no tanto frente a la resolución, como frente a sus consecuencias, pues el acuerdo de resolución no contenía la liquidación, que fue dictada con posterioridad y a la que también se opuso la entidad contratista en otro recurso distinto. Indica el Abogado del Estado que el Tribunal de instancia confunde dos conceptos diferentes, como son la resolución del contrato y la liquidación que se tenga que dictar a resultas de la misma. La confusión determina que la sentencia recurrida haya infringido los preceptos citados, puesto que anula la resolución recurrida en la instancia, por la omisión del dictamen preceptivo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, cuando éste únicamente procede cuando existe oposición a la resolución.

Cita el recurrente en apoyo de su pretensión la sentencia de 23 de julio de 2001, dictada en el Recurso de Casación núm. 5890/1 995, indicando que la dicción del art. 22-11 de la Ley Orgánica 3/1980 claramente determina la procedencia de su dictamen en los supuestos de resolución contractual administrativa cuando se formule oposición por parte del contratista; es decir que el único condicionante que excluye su intervención en los supuestos de resolución contractual radica en el aquietamiento del contratista, mas no cuando éste se opone a la pretensión resolutoria. Resulta necesario, por tanto, que sea la Administración la que pretende la resolución del contrato, y que el contratista se oponga a esta pretensión.

Niega la Administración que pueda compatibilizarse la oposición a la resolución con el hecho de que ésta tenga lugar, precisamente, a instancia del contratista, que es a lo que accede la resolución anulada en la instancia. Prueba de ello es que en la propia demanda se dedujera una pretensión resolutoria del contrato.

Afirma la Administración recurrente que lo que exige el dictamen preceptivo del Consejo de Estado es la oposición del contratista a esta pretensión anulatoria, y por lo tanto, no a la liquidación derivada de la misma,



sin perjuicio de los efectos que pudiera tener, que desde luego nunca serían los establecidos en la sentencia recurrida.

Sostiene el Abogado del Estado que la diferencia entre ambos conceptos -resolución y liquidación- resulta claramente reflejada en el art. 151.1 TRLCAP, del que resulta que la liquidación del contrato es un efecto de la resolución y se produce con posterioridad. En opinión de la Administración la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, y esto es, exactamente lo dispuesto por la resolución anulada en la instancia, que resolvió el contrato y ordena que por la Dirección Técnica del Organismo citara al contratista para la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto y con carácter de urgencia se iniciara la contratación de las obras con otro empresario.

Aduce el recurrente que la oposición del contratista a la liquidación no determina que exista oposición a la resolución o que ésta no surta efectos, como se deduce del art. 151.5 TRLCAP que reproduce.

Continúa indicando el Abogado del Estado que la sentencia recurrida se apoya en el art. 172 RGLCAP, cuyo apartado 3 dispone que "La liquidación se notificará al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de (sic...) liquidación", sin embargo, tenga o no que ser notificada la liquidación, lo cierto es que dicho precepto deja nuevamente claro que liquidación y resolución son dos conceptos diferentes, puesto que si aquélla se notifica al mismo tiempo que el acuerdo de liquidación, resulta obvio que ni siquiera forma parte de este acuerdo, aunque tenga que ser notificada al mismo tiempo. Añade que incluso en la tesis de la sentencia recurrida nos encontraríamos ante un mero defecto formal, que únicamente determinaría que el acuerdo de resolución fuera anulable cuando careciera de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o diera lugar a la indefensión de los interesados. No sería, por tanto, la omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado la que determinaría la nulidad, como entiende la sentencia recurrida.

Destaca que el penúltimo párrafo del fundamento de derecho quinto deja claro que la razón de la estimación no es cualquier defecto formal, sino la omisión de este trámite, preceptivo cuando existe oposición del contratista a la resolución, y por eso el fallo ordena retrotraer las actuaciones administrativas al momento anterior a dictarse la resolución impugnada a fin de que se requiera informe al Consejo de Estado y Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma, por lo que en palabras de la Administración el defecto formal consistente, según la tesis de la sentencia recurrida, en que la notificación del acuerdo de resolución no contuviera la liquidación, pero nunca podría haber producido este efecto, y mucho menos cuando fue notificada posteriormente, según reconoce la sentencia recurrida, evitando cualquier indefensión al contratista.

Cita el Abogado del Estado en apoyo de su tesis la sentencia de 16 de junio de 1994, dictada en el Recurso de apelación núm. 627/1993, que transcribe parcialmente.

CUARTO.- CONSTRUCTORA HISPANICA, S.A. Y GENERAL ASTURIANA DE OBRAS Y SERVICIOS, S.L. (UTE RÍO NALÓN) en su oposición al recurso de casación sale al paso de la argumentación del único motivo, alegando la inadmisibilidad del recurso de casación, porque la Administración en la instancia concretamente, en su escrito de contestación a la demanda (trámite procesal oportuno según se indica en el Fundamento de Derecho Tercero de la Resolución recurrida), no se opuso ni invocó ninguna alegación, precepto legal ni jurisprudencia respecto de la procedencia del dictamen del Consejo de Estado alegada por la recurrente en la instancia, siendo ahora en esta sede jurisdiccional cuando se invoca de contrario que no es preceptivo el citado dictamen.

Entiende la recurrida que el motivo de Recurso de Casación debe ser desestimado, pues la Administración invoca una cuestión nueva no planteada en la instancia, lo que supone una infracción del principio tantum devolutum quantum appellatum, por lo que se infringiría este principio si se acogiera este recurso al tratarse de una razón no invocada por la recurrente en primera instancia, citando la efecto (SSTC 3/96 (RTC 1996, 3) y 220/97 (RTC 1997, 220) y SSTS 3-6-08 (RJ 2008, 3552), 16-4-08, 15-3-05 (RJ 2005, 2237) y 15-3-02 (RJ 2002, 2842) , entre otras muchas).

Añade que acoger el pronunciamiento de la parte adversa, sería tanto como vulnerar principios como el de rogación, defensa, seguridad jurídica y congruencia, ya que existe una perfecta adecuación del fallo de las Sentencias de instancia y las pretensiones de las partes, puesto que los dos términos de la relación, fallo y pretensiones procesales, son sustancialmente coherentes (Sentencias del Alto Tribunal de 18 de marzo de 2004, 8 de febrero de 2006 y 5 de abril de 2006).

Se opone igualmente a la estimación del motivo a tenor de la normativa citada y la reiterada jurisprudencia de la Sala citando al efecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre (RJ 1980, 3241) y 31 de diciembre de 1980 (RJ 1980, 4659), 27 de noviembre de 1982, 27 de julio de 1989 (RJ 1989, 4441), 29 de abril de 1996 (RJ 1996, 3383) 23 de julio (RJ 2001, 7404) y 28 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 2730), 16 de julio de 2002 (RJ 2002, 7097) y 30 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 7121), que en su opinión



consagran que en los expedientes de resolución de contratos administrativos, cualquiera que fuere el importe del mismo, será preceptivo el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma cuando se formule oposición por parte del contratista y su omisión, conllevará necesariamente la nulidad de la resolución recurrida y la retroacción de actuaciones.

Añade que la Administración recurrente en su única alegación manifiesta de forma arbitraria y carente de sustento probatorio, que el contratista no se opuso a la resolución contractual acordada por la Administración ya que fue ella la que solicitó la resolución contractual por dos motivos. Si bien de contrario se omite que en dicha petición del contratista también se solicita, de forma inherente e inseparable, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios y beneficio industrial al ser la resolución imputable a la Administración.

Destaca que en contra de la interpretación efectuada ahora por la Administración, en la Sentencia dictada en la instancia, concretamente en su Fundamento de Derecho Quinto, se estima probado que "la resolución del contrato no es conforme con la pretensión del contratista sobre tal resolución pues en su escrito solicitaba en ambos supuestos, como ya ha quedado expuesto, la indemnización de daños y perjuicios sufridos por la suspensión de las obras y el pago del beneficio industrial dejado de percibir por el resto de la obra no ejecutada, lo que demuestra que el recurrente se opone a la resolución con el contenido que se ha dado por la Administración".

En opinión de la parte recurrida ese pronunciamiento de la Sentencia de instancia está avalado por la legislación vigente y la actual doctrina jurisprudencial, ya que la necesidad del dictamen del Consejo de Estado es un trámite ineludible que únicamente puede prescindirse en el caso de existir aprobación o asentimiento por parte del contratista puesto que el ejercicio por la Administración de su potestad de autotutela sobre resolución de contrato supone una facultad exorbitante, por lo que el citado dictamen es una garantía de los derechos del recurrente en el procedimiento, y de la legalidad y acierto de la decisión adoptada por la Administración.

Afirma que no ha existido aquiescencia por parte del contratista respecto de la resolución contractual, y que se opuso con claridad a la citada resolución, que la resolución del contrato no es conforme con la pretensión del contratista sobre tal resolución, tal y como consta en la Sentencia de instancia. Añade que en el Acuerdo de resolución de contrato no se concede a la contratista oportunidad procedimental en vía administrativa para alegar su oposición expresa a dicha resolución, viéndose obligada a interponer Recurso en vía jurisdiccional; y, que la parte presentó escrito contra la CHN (documento nº 176 del expediente Administrativo), en el que, además de formular alegaciones contra el proyecto de liquidación de las obras, se manifestó también la rotunda oposición del contratista a la resolución adoptada.

Sostiene que no se debe realizar una interpretación rigurosa y restrictiva respecto de la forma en la que el contratista debe manifestar su oposición a la resolución contractual, ya que dicha oposición supone el único condicionante para que sea preceptiva e ineludible la consulta al Consejo de Estado y, por ende, se garantice los derechos de los administrados sin generarse indefensión, ya que el pronunciamiento de ese alto órgano consultivo, que puede extenderse tanto a extremos de legalidad como de oportunidad, puede generar puntos de vista no contemplados que incluso incidan, maticen o varíen la decisión final que tome la Administración o, si hubiere lugar a ello, lo que en definitiva se resuelva en vía jurisdiccional.

En opinión de la recurrida únicamente podría prescindirse del trámite referido, cuando exista por parte del contratista una actitud de asentimiento, conformidad o aquiescencia, de forma expresa o tácita, con el acuerdo de resolución contractual, hecho que no ha ocurrido en el caso de autos.

Pase a continuación el recurrente a exponer la jurisprudencia que entiende aplicable al caso con referencia al respecto a la Sentencia de 23 de julio de 2.001, Recurso de Casación núm. 5890/1995, de las que efectúa transcripción selectiva de textos.

Y concluye afirmando que la Sentencia recurrida, motiva su ratio decidendi, en considerar probado que existe oposición del recurrente en la instancia al acuerdo de resolución contractual aprobado por la Administración y, por ello, la ausencia del preceptivo dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma determina la nulidad del acuerdo de resolución contractual, debiéndose retrotraerse las actuaciones administrativas al momento anterior de cumplimiento del referido trámite.

QUINTO.- Expuestas las tesis contrapuestas de las partes en esta casación, debemos afirmar como punto de partida que la Administración indica que la Sentencia de instancia confunde dos conceptos diferentes, como son la resolución del contrato y la liquidación que se tenga que practicar a resultados de la misma, y añade que no pueda compatibilizarse la oposición a la resolución con el hecho de que la resolución tenga lugar, precisamente, a instancia del contratista, que es lo que sucedió en el caso de autos. Y concluye destacando que prueba de ello es que en la propia demanda se dedujera una pretensión resolutoria del contrato.



En opinión del Abogado del Estado esta confusión determina que la sentencia recurrida haya infringido los preceptos que cita, puesto que anula la resolución recurrida en la instancia, por la omisión del dictamen preceptivo de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, cuando éste únicamente procede cuando existe oposición a la resolución.

La Sentencia de instancia en su fundamento de derecho quinto indica que "(...) lo primero a tener en cuenta es que la Resolución combatida por la que se acordó la resolución del contrato no es conforme con la pretensión del contratista sobre tal resolución, pues en su escrito solicitaba en ambos supuestos, como ya ha quedado expuesto, la indemnización de daños y perjuicios sufridos por la suspensión de las obras y el pago del beneficio industrial dejado de percibir por el resto de la obra no ejecutada, lo que demuestra que el recurrente se opone a la resolución con el contenido que se ha dado por la Administración".

Debemos indicar que efectivamente la Sentencia de instancia, ha confundido, al no distinguirlos correctamente, la resolución del contrato administrativo, con los efectos que derivan de la resolución como es la liquidación.

La Administración declara la resolución del contrato si concurre alguna de las causas prevista en el art. 111 en art. 149 del TRLCAP. El expediente para la resolución del contrato, según dispone el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en la redacción vigente al tiempo de dictarse la resolución recurrida, puede iniciarse: de oficio por la Administración, y en tal caso se deberá dar audiencia por plazo de 10 días naturales al contratista, para que muestre su conformidad o disconformidad con la resolución del contrato; o a instancia del propio contratista, como fue el caso. Es en esta fase donde puede operar la oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, y en tal supuesto será necesaria ex art. 59.3º,a) del citado texto el preceptivo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En el caso de autos la resolución fue a instancia del propio contratista; por lo que no había oposición a la resolución del contrato.

En resolución aparte, resolución que puede ser sucesiva o simultánea (si las obras deben ser continuadas por otro contratista o por la Administración), se determinan los efectos que derivan de su resolución según dispone el art. 151 de la TRLCAP. La oposición del recurrente en la instancia venía referida a los efectos de la resolución del contrato, siendo que la parte había interpuesto el correspondiente recurso contra la liquidación definitiva del contrato efectuada por la Administración, dando lugar al Recurso Contencioso-administrativo que se seguía ante la Sala de Instancia con el nº 2483/2006. Procede por tanto estimar el recurso de casación, al haber interpretado y aplicado incorrectamente la Sentencia de instancia los artículos 59.3º,a) y 149 y 151 de TRLCAP.

SEXTO.- La estimación del citado motivo comporta haber lugar al recurso de casación, por lo que nos corresponde seguidamente resolver sobre el objeto del proceso en los precisos términos en que había sido planteado en la instancia, ex artículo 95.2.d) de la Ley 29/1.998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

En primer lugar alegaba el contratista que la resolución del contrato era nula de pleno derecho, al haberse omitido el informe preceptivo del Consejo de Estado al amparo del artículo 59.3º de la LCAP, informe que no se considera necesario por las razones expuestas en el fundamento de derecho anterior.

SÉPTIMO.- En segundo lugar, siguiendo un orden distinto al propuesto por el recurrente en la instancia, debemos analizar por qué causa debió resolverse el contrato.

La UTE RÍO NALÓN solicitó de la Administración en el escrito de fecha 2 de agosto de 2005 (documento nº 161 del Expediente Administrativo) la resolución del contrato por causas no imputables al contratista, solicitando en primer término la resolución al amparo de la letra c) del art. 149 del LCAP, relativo a la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses, y en segundo lugar al amparo de la letra d) del art. 149 de la LCAP, relativo a modificación del proyecto inicial en un porcentaje superior al 20%.

El acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN) de fecha 7 de diciembre de 2.005 resolvió el contrato de construcción de colector interceptor general del Río Nalón, tramo Las Caldas-Soto del Rey, saneamiento del Río Gafo, terminación del saneamiento de la cuenta del Río Nalón, TT. MM de Oviedo y Ribera de Arriba (Asturias), al concurrir la causa de la letra d), sin motivar o explicar por qué entendía que no concurría la causa de la letra c), siendo que dicha cuestión no era irrelevante, pues determinaba el derecho del contratista a percibir una mayor indemnización.

Obra acreditado en las actuaciones la paralización de las obras desde el mes de agosto de 2004, certificación nº 22 a certificación nº 28 por importe de cero euros, sin que a partir de dicha fecha se emitieran mas certificaciones de obra. Además en la contestación a la demanda el Abogado del Estado no niega que existiera



esa paralización de obras imputable a la Administración, es en fase de conclusiones, cuando indica que la paralización de las obras era imputable al contratista.

La paralización de las obras imputable al contratista es también causa de resolución del contrato, y conforme al art. 113 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, determina que sea el contratista el que deba indemnizar a la Administración. La propia Administración, al dictar la resolución recurrida, aceptó y reconoció que no existían causas de resolución del contrato imputables al contratista, por lo que no puede la Administración en fase de conclusiones pretender que la causas de resolución son imputables al contratista.

En el contrato de autos existían dos causas de resolución, que producían efectos económicos distintos, la paralización de las obras por período superior a ocho meses y la modificación del proyecto inicial en un porcentaje superior al 20%. La primera causa de resolución en el tiempo fue la paralización de las obras, por lo que debió de aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido primero desde el punto de vista cronológico, por lo que procede estimar la anterior alegación.

OCTAVO.- Seguidamente debemos tener en cuenta que, como alega el recurrente en la instancia, el acuerdo de la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN) de fecha 7 de diciembre de 2.005 dispuso que con carácter de urgencia se iniciara la contratación de las obras con otro empresario, por lo que conforme al art. 172.3º de Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, la liquidación de las obras, que comprende la constatación y medición de las obras ya realizadas que sean de recibo y la fijación de los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, debió de notificarse al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución.

La razón de ser de que la notificación de la liquidación al contratista sea conjunta a la notificación de la resolución del contrato, en los casos en que la obra sea continuada por otro contratista o por la propia Administración, reside en la dificultad que entrañaría a posteriori determinar quién ha realizado las obras.

La Administración no practicó ni notificó conjuntamente la liquidación de las obras al contratista con la resolución del contrato por lo que incurrió en infracción del artículo 172.3º del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

NOVENO.- Por último debemos convenir con el contratista recurrente en la instancia que, conforme a lo dispuesto en el artículo 113.5º de la LCAP, el acuerdo de resolución del contrato debería contener pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida, y que, según dispone el art. 44 de la LCAP, la garantía debería ser cancelada cuando el contrato sea resuelto sin culpa del contratista, por lo que las tres infracciones citadas constituyen vicios de anulabilidad previstos en el artículo 63 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 63.1º de la Ley 30/1992, al que se remite el primer precepto citado. Se impone así la estimación del recurso contencioso-administrativo promovido en la instancia.

DÉCIMO.- No procede imponer las costas procesales del recurso de casación ni del recurso contencioso administrativo (artículo 139.1 y 2 de la LRJCA).

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos declarar, y declaramos, haber lugar al recurso de casación nº 1523/2009, interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil ocho, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, recaída en el recurso número 783/2006. Sentencia que, por tanto, casamos, dejándola sin efecto.

En su lugar debemos declarar y declaramos:

1º.- Que procede la resolución del contrato de construcción de colector interceptor general del Río Nalón, tramo Las Caldas-Soto del Rey, saneamiento del Río Gafo, terminación del saneamiento de la cuenta del Río Nalón, TT. MM de Oviedo y Ribera de Arriba (Asturias), y el modificado nº 1, por la causa prevista en la letra c) del artículo 149 de LCAP, con todos los efectos legales inherente a dicho pronunciamiento.

2º.-Que procede la devolución de las dos garantías prestadas por el contratista, mas los gastos de mantenimiento de dichas garantías desde 7 de diciembre de 2.005 hasta su devolución.



No se hace imposición de las costas ocasionadas ni en el presente recurso de casación ni en el recurso contencioso administrativo.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ