



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 0 0 / 2 0 1 1

(Sección 2ª)

La Laguna, a 21 de diciembre de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución contractual por incumplimiento del contrato de consultoría y asistencia para la redacción del Proyecto del Parque San Roque, en el término municipal de La Laguna (EXP. 663/2011 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, es la propuesta de acto decisorio del procedimiento de resolución por incumplimiento del contrato de consultoría y asistencia para la redacción del proyecto del Parque de San Roque (T.M. de San Cristóbal de La Laguna), resolución a la cual se opone el contratista.

2. El contrato se adjudicó por la Comisión Insular de Gobierno el 8 de noviembre de 2004 y se formaliza el 1 de diciembre siguiente, durante la vigencia del Texto

Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. La disposición transitoria I.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y reproducida en la D.T. I.2 del Texto Refundido de ésta (TRLCSP aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), dispone que los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se registrarán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior. Por consiguiente, el parámetro de la resolución contractual que está constituido por el TRLCAP y su normativa complementaria.

* **PONENTE:** Sr. Millán Hernández.

3. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Presidente del Cabildo para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 59.3.a) TRLCAP, puesto que el contratista se opone a la resolución contractual.

4. El procedimiento se ha tramitado correctamente porque se ha dado audiencia al contratista y al avalista y se ha emitido informe por la Secretaría de la Corporación Insular. No concurren, pues, irregularidades formales que obsten a un Dictamen de fondo.

II

1. El objeto del contrato, según su Estipulación I (E.I), era la redacción del anteproyecto, proyecto y dirección de la obra del Parque de San Roque, en el término municipal de San Cristóbal de La Laguna.

El plazo para la redacción del anteproyecto era de tres meses y para la redacción del proyecto otros tres meses, a partir de la autorización del Cabildo según la Estipulación III (E.III) y las Cláusulas I, XII y XXV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

El contratista estaba obligado a seguir las indicaciones del Técnico Gestor de la Administración de acuerdo con el PCAP, la memoria y el Pliego de Prescripciones técnicas, PPT (Estipulación V y Cláusulas XXII y XXIII.1).

El contrato se entendía cumplido cuando el contratista hubiese realizado la totalidad de su objeto de conformidad con el PCAP y el PPT y a satisfacción de la Administración. Si los trabajos no se hallaran en condiciones de ser recibidos, el contratista debía subsanar los defectos de conformidad con las instrucciones de la Administración o a realizarlos de nuevo de conformidad con lo pactado (Cláusula XXXI.2 y 3).

Según la Cláusula XXVII, en el supuesto de que el contratista incumpliera parcialmente sus prestaciones, la Administración podía optar entre la resolución del contrato o imponer las penalidades tipificadas en la Cláusula XXVIII.

El contratista estaba obligado al cumplimiento estricto de los plazos, tanto del total como de los parciales y, en caso de incumplimiento de éstos, la Administración podía optar entre la imposición de penalidades o la resolución contractual (Cláusula XXVII).

Además de esta causa de resolución, la Cláusula XXXII incluía el incumplimiento del contratista al presentar deficiencias el anteproyecto o el proyecto que se entregaren. Esta Cláusula también mencionaba como causa de resolución las contempladas en los arts. 111 y 214 TRLCAP.

2. Se está, pues, ante un contrato de consultoría y asistencia porque contiene dos prestaciones típicas definidas en el art. 196.2.a) TRLCAP: La redacción de proyectos de carácter técnico (el anteproyecto y el proyecto de ejecución de las obras del parque) y la dirección de las obras. De ahí que a la prestación consistente en la redacción del proyecto le sea aplicable el régimen establecido en los arts. 217 y siguientes del TRLCAP.

III

1. El 23 de mayo de 2005, de acuerdo con la E III y las Cláusulas I, XII y XXV PCAP, el Consejo de Gobierno Insular (CGI) autorizó la redacción del proyecto, lo cual se le notificó al contratista el 3 de junio de 2005 (folios 510 al 512 del expediente). De esta manera, conforme a la E III, las Cláusulas citadas del PCAP y los arts. 76 TRLCAP, y 48.2, 57.2 y 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) el término del plazo para la entrega del proyecto se situó en el 4 de septiembre de 2005.

2. El 1 de septiembre de 2005 el contratista solicitó la prórroga por un mes del plazo para la entrega del proyecto (folio 562), a lo cual accedió el CGI al siguiente día 2 de septiembre y se le notificó al contratista el día 20 del mismo mes (folios 568 a 570). El término del plazo se desplazó por tanto al 5 de octubre de 2005 (folio 563 y siguientes).

3. El 1 de diciembre de 2005 la Administración requirió al contratista para que entregara el proyecto. Este requerimiento no pudo ser notificado al contratista porque estaba ausente de su domicilio y no recogió la notificación en lista de correos (folios 574 y 575).

4. El 20 de diciembre de 2005 el contratista solicitó que se ampliara el plazo de redacción del proyecto en atención a que la superficie destinada al Parque había aumentado en 23.444,66 m² pasándose de los 34.000 m² iniciales a 57.444,66 m² (folios 579 y 580). Por acuerdo del CGI, el 9 de enero de 2006, se amplió el plazo para la redacción y entrega del proyecto al 30 de enero de 2006 y se modificó el

contrato en lo relativo al incremento de la superficie de actuación como consecuencia de la incorporación de una finca lindante (folios 591 y 592). Este acuerdo se intentó notificar infructuosamente el 24 de enero de 2006 en el domicilio del contratista, el cual había cambiado sin dejar las nuevas señas (folios 629 a 630). El 10 de febrero de 2006 se notificó en el nuevo domicilio del contratista.

5. El 21 de marzo de 2006 se celebró una reunión a la que asistieron, por una parte, el Director Insular de Medio Urbano, Paisaje y Protección Civil y funcionarios de esa Dirección, entre los que figuraba el Técnico Gestor del contrato, y por otra parte, el equipo redactor del proyecto. En esa reunión se trasladó al contratista un informe sobre las deficiencias del proyecto (folio 634).

6. En una fecha posterior al 21 de marzo de 2006 y anterior al 22 de mayo de 2007, el contratista entregó el proyecto, sobre el cual el Técnico Gestor emitió un informe, de 22 de mayo de 2007 (folios 646 al 649) en el cual señalaba una serie de omisiones y deficiencias técnicas. El 8 de junio de 2007 se celebró una reunión entre la Administración y el contratista (folio 650) donde se le expusieron dichas omisiones y deficiencias y se le trasladó copia del informe aludido.

7. El 18 de julio de 2007 el Director Insular requirió por fax al contratista para que entregara el proyecto (folios 655 y 656). Ese requerimiento se intentó notificar en vano por correo certificado los días 27 y 30 de julio siguientes. Finalmente se notificó por correo certificado el 9 de octubre de 2007.

8. El 29 de agosto de 2007 el contratista entregó una copia del proyecto (folio 661). El 5 de diciembre de 2007 el Técnico Gestor emitió informe sobre el proyecto señalando las mismas omisiones y deficiencias que constató su anterior informe de 22 de mayo de 2007 (folios 671 y 72).

9. El 12 de diciembre de 2007 la Administración remitió por fax al contratista copia del informe desfavorable de 5 de diciembre de 2007, lo requirió para que en el plazo de un mes subsanara las deficiencias y omisiones advertidas y entregara los ejemplares del proyecto corregido por el Registro de Entrada para que constara la fecha del cumplimiento del objeto del contrato (folios 676 a 680).

10. El 15 de enero de 2008 se celebró una reunión entre la Administración y el contratista, donde éste se comprometió a retirar el proyecto entregado a fin de subsanar las omisiones y deficiencias señaladas en el informe de 22 de mayo de 2007 y vueltas a señalar en el informe de 5 de diciembre de 2007 (folio 681).

11. El 12 de febrero de 2008 la Administración requirió por fax al contratista para que entregara en un plazo de diez días el proyecto corregido y le advirtió de que en caso contrario iniciaría el procedimiento de resolución contractual. El 28 de febrero de 2008 se notificó al contratista por correo certificado este requerimiento (folios 684 a 685 bis).

12. El 4 de abril de 2008 el contratista retiró de las dependencias de la Administración los ejemplares del proyecto a fin de proceder a la subsanación de las deficiencias y omisiones (folio 686).

13. El 12 de mayo de 2008 se notificó al contratista el requerimiento, de 7 de mayo de 2008, para que entregara en el plazo de tres días hábiles el proyecto corregido o, en su defecto, el proyecto en el estado de redacción en que se hallara; y se le advirtió de que, en caso contrario, se resolvería el contrato (folios 687 a 692).

14. El 13 de septiembre de 2010, el Consejo de Gobierno Insular acordó iniciar el procedimiento de resolución contractual y conceder trámite de audiencia en dicho procedimiento al contratista y a su avalista (folios 751 a 761). El 1 de octubre de 2010 se notificó este acuerdo al contratista (folio 770 y reverso) y a su avalista (folio 779 y reverso).

15. El 20 de octubre de 2010 el contratista entregó una copia del proyecto y formuló alegaciones oponiéndose a la resolución contractual.

16. Sobre el proyecto entregado el 20 de octubre de 2010 el técnico gestor emitió un informe el 25 de abril de 2011 que advierte de las siguientes deficiencias u omisiones sustanciales las cuales fueron señaladas en los anteriores informes de 22 de mayo y de 5 de diciembre de 2007:

a) No se aporta el estudio geotécnico que exige el art. 124.3 TRLCAP.

b) No figura una fórmula polinómica para la revisión de precios, según establece el Decreto 3650/1970, de 19 de diciembre.

c) No están definidos los ensayos de control de calidad para la totalidad de las unidades de obra.

d) No se aporta en el Estudio de Seguridad y Salud Laboral, las previsiones e informaciones necesarias para efectuar con seguridad los trabajos posteriores previsibles, lo cual es exigido por el art. 5.6 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de

octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, .

e) En el plano de cotas no se incluyen las zonas destinadas a edificaciones y caminos.

f) Los documentos del proyecto carecen de la firma de los proyectistas.

g) No se justifica el cumplimiento de la Norma Básica de la Edificaciones sobre Condiciones de Protección Contra Incendios (CPI-96) aprobada por el Real Decreto 2177/1996, de 4 de octubre.

h) No se ha incluido en el estudio de seguridad y salud laboral un plano general de la ubicación del cuadro eléctrico y de los sub-cuadros eléctricos de la obra.

i) Respecto al presupuesto de la obra no se han corregido las partidas 9.4.1 y 9.4.2 para incluir el llagueado horizontal y vertical de 2 cm. de espesor en la descripción del precio de la fábrica de bloque nuevo de doble cámara del edificio del centro de visitantes; ni las partidas 9.4.7 y 9.4.8 para incluir los aspectos contenidos en la partida 2.1.3 a efectos de la correcta descripción y valoración de la unidad "*mampostería careada*"; ni la partida 9.5.3 para incluir en la descripción y valoración el perfil metálico superior de fijación mecánica; tampoco las partidas de aluminio del subcapítulo 9.11 (Carpintería y cerrajería) se han corregido a fin de eliminar de ella los sistemas de aluminio que corresponden a una tipología que no existe y que, por ende, no se halla en el mercado.

j) En el presupuesto de la obra se incluye un Capítulo 17 Ensayos, lo cual es impropio porque los gastos de ensayos y controles de calidad serán por cuenta del contratista de la obra.

k) En el subcapítulo 17.2 de este Capítulo 17 se valora la ejecución de un estudio geotécnico del terreno, lo cual no procede porque, según el artículo 5 del PPT, el estudio geotécnico del terreno debe aportarlo el proyectista.

l) En el Anejo nº 11 de justificación de precios no se han eliminado las partidas correspondientes a ensayos y señalización de obra que serán por cuenta del contratista.

m) El proyecto no se ha corregido a fin de que cumpla con el Código Técnico de la Edificación, el cual le es plenamente aplicable en virtud de la Disposición Final IV del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, que lo aprobó, en relación con las Disposiciones Transitorias I, II y III del mismo.

n) No se ha corregido el formato de impresión del documento, lo cual dificulta su lectura.

o) El proyecto no cumple con el programa de necesidades formulado a la vista del anteproyecto y fijado para el edificio de servicios y el centro de interpretación.

17. El informe destaca que este Proyecto presentado cuando ya se había iniciado el procedimiento de resolución contractual es el mismo que el presentado anteriormente, salvo las correcciones introducidas en el presupuesto de las que se ha hecho mención más atrás; incluso la fecha de los documentos continua siendo la de enero de 2006; y concluye que el proyecto no había sido corregido conforme a las instrucciones del Técnico Gestor contenidas en su informe de 5 de diciembre de 2007.

IV

1. El contratista se opone a la resolución contractual alegando:

a) Que el proyecto presentado el 20 de octubre de 2010 cumple con las instrucciones del Técnico Gestor.

b) Que la demora en el cumplimiento del contrato se debe a que éste se modificó para incrementar la superficie de actuación que pasó de 33.795,819 m² a 47.119,074 m², lo cual produjo un incremento del trabajo de redacción del proyecto.

c) Que la Administración ha modificado el programa de necesidades del Edificio de visitantes y Gestión del centro e incluido una pasarela peatonal sobre una vía de ronda para el acceso al Parque.

d) Que la Administración se ha retrasado en contestar a los documentos presentados por la contrata. Así: El 26 de septiembre de 2005 el Técnico Gestor le comunicó las modificaciones del programa de necesidades fijado en el Anteproyecto a fin de que las incluyera en el programa de necesidades del proyecto de ejecución. Que el 31 de enero de 2006 presentó el proyecto, pero que hasta el 21 de marzo de 2006 no se le indicó que lo corrigiera. Que el proyecto corregido se presentó el 14 de septiembre de 2006 y que no es hasta el 8 de junio de 2007 cuando le formulan observaciones al mismo.

Por ello, considera que la demora no es únicamente imputable al contratista sino que son de responsabilidad tanto de éste como de la Administración, por lo que se está ante un supuesto de responsabilidad compartida en el retraso.

2. La primera alegación del contratista debe desestimarse porque el proyecto presentado el 20 de octubre de 2010 sigue sin cumplir con las instrucciones del Técnico Gestor contenidas en su informe de 5 de diciembre de 2007 que reiteraba las de su anterior informe de 22 de mayo de 2007.

3. La segunda alegación también debe ser desestimada porque esa ampliación de la superficie del parque conllevó igualmente, a solicitud del contratista, una ampliación proporcional del plazo para la redacción del proyecto; plazo ampliado que fue incumplido por el contratista.

4. En cuanto a la alegación de que la demora ha sido causada por la modificación del programa de necesidades y de la inclusión de una pasarela peatonal sobre la vía de ronda se debe señalar que el contrato contenía tres prestaciones diferentes: a) la redacción del anteproyecto, b) la redacción del proyecto de ejecución y c) la dirección de las obras.

Una vez el contratista presentó el anteproyecto, la Administración lo analizó y advirtió que contemplaba un acceso por el vértice sureste de la parcela que era inviable porque allí lindaba con la mencionada vía de ronda. Por ello se decidió sustituir ese imposible acceso por la pasarela peatonal lo cual determinó una reubicación del edificio para no dejarlo alejado del acceso al parque.

Igualmente, del análisis del anteproyecto, la Administración extrajo la necesidad de modificar la distribución del edificio del parque y de sus usos. Estas modificaciones fueron del anteproyecto, no del proyecto, y están recogidas en el informe del Técnico Gestor sobre el anteproyecto de fecha de 13 de mayo de 2005 y conforme a ellas debía redactarse el proyecto, por lo que ninguna influencia pudieron tener en la demora en la redacción del proyecto. Por esta razón, la cuarta alegación del contratista no se puede acoger.

5. En el Fundamento III se señala: Que el contratista solicitó dos prórrogas del plazo de redacción del proyecto que se le concedieron. Que el primer plazo para la redacción del proyecto venció el 4 de octubre de 2005 sin que el contratista lo entregara. Que el segundo plazo venció el 30 de enero de 2006 y que fue también incumplido. Que el 8 de junio de 2007 se le impartieron las instrucciones conforme a las cuales tenía que corregir el proyecto cuya fecha de presentación no consta y que se le requirió el 18 de julio de 2007 para que entregara el proyecto corregido. Que entregó el proyecto el 29 de agosto de 2007 y que el 12 de diciembre, dos meses y medio después, la Administración le comunicó el informe del Técnico Gestor que advertía que el proyecto no estaba corregido conforme a sus instrucciones y

reiteraba éstas. Que el 12 de febrero de 2008 la Administración le requirió para que entregara el proyecto corregido, requerimiento que le reiteró el 12 de mayo de 2008. Que sólo el 20 de octubre de 2010, dos años, cuatro meses y diez días después, entregó, una vez iniciado el procedimiento de resolución contractual, el proyecto que continuaba siendo el mismo que presentó por primera vez y que, por ende, continuaba sin haberse corregido conforme a las instrucciones del Técnico Gestor. Es patente, pues, que la demora en el cumplimiento del contrato se debe pura y exclusivamente a la conducta del contratista que sólo tenía un plazo de dos meses para subsanar las deficiencias señaladas en el primer informe del Técnico Gestor y un plazo de un mes para subsanar las señaladas en el segundo informe (art. 217.1 y 4 TRLCAP); por lo que su última alegación tampoco puede impedir la resolución contractual.

6. Dado que es imposible estimar las alegaciones del contratista, no concurren causas que justifiquen su incumplimiento, por lo que éste debe ser calificado de culpable.

V

1. Lo relatado hasta aquí permite establecer que contratista ha incumplido el plazo para la redacción y entrega del proyecto a satisfacción de la Administración, puesto que no ha corregido el proyecto conforme a las instrucciones del Técnico Gestor. Las consecuencias jurídicas de este incumplimiento están determinadas por los hechos que se exponen en los tres apartados siguientes.

2. El 8 de junio de 2007 se notificó al contratista el primer informe de 22 de mayo de 2007 del Técnico Gestor que señalaba las omisiones y deficiencias del proyecto e impartía las instrucciones para su subsanación.

3. El 12 de diciembre de 2007 se notificó al contratista el segundo informe de 5 de diciembre de 2007, del Técnico Gestor que indicaba las omisiones y deficiencias del nuevo proyecto entregado y contenía las instrucciones para su corrección. El plazo que se fijó para ello fue de un mes, que venció el 13 de enero de 2008.

4. El contratista dejó pasar ese plazo sin presentar el proyecto. Lo vino a entregar el 20 de octubre de 2010, una vez iniciado el procedimiento de resolución contractual, y sin corregirlo conforme a las instrucciones del Técnico Gestor.

5. El contratista estaba obligado a seguir las indicaciones del Técnico Gestor (Estipulación V y Cláusulas XXII y XXIII.1 PCAP), y a subsanar los defectos de

conformidad con las instrucciones de éste (Cláusula XXXI.2 y 3 PACP). Según el art. 20.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RCAP (aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), si el contratista no reclama por escrito frente a las observaciones del representante de la Administración sobre las omisiones o defectos del proyecto, entonces se entenderá que se encuentra conforme con las mismas y obligado a subsanar las deficiencias observadas, tal como exige el art. 217.1 TRLCAP.

6. La Cláusula XXXII establecía como causa de resolución que el proyecto presentara deficiencias, lo cual concuerda con el art. 217.2 TRLCAP que establece que si el contratista no subsana las deficiencias observadas en el proyecto, la Administración puede optar entre resolver el contrato o concederle un nuevo plazo para que corrija el proyecto.

7. Según el art. 217.5 TRLCAP si la Administración concede por dos veces sucesivas plazo al contratista para que subsane las deficiencias y este no lo hiciera, entonces la Administración está obligada a resolver el contrato y el contratista deberá indemnizarla con una suma igual al precio pactado con pérdida de la garantía.

Se trata de una obligación de resarcimiento *ex lege* que cumple la misma función que una cláusula penal: Su surgimiento no depende de la acreditación de perjuicios, por ende, su cuantía tampoco depende de la valoración de éstos, sino que se fija por la Ley en una cantidad igual al precio del contrato. En el presente supuesto, la Administración, como se acaba de relatar, concedió por dos veces plazo al contratista para que subsanara las deficiencias y omisiones del proyecto sin que éste procediera a corregirlo.

8. El contrato contemplaba tres prestaciones diferentes: La redacción del anteproyecto, la del proyecto y la dirección de las obras. Establecía como contraprestación por la primera unos honorarios de 32.130 euros, por la segunda otros de 44.891,15 euros y por la tercera otros de 52.575,05 euros, de modo que el precio total del contrato ascendía a 129.868,20 euros. El contratista constituyó una garantía definitiva por 5.187,45 euros afecta al cumplimiento de sus obligaciones (Cláusula XX.1 PCAP, Antecedentes III y IV del contrato, Estipulaciones II y IV de éste).

9. La prestación que se ha incumplido, la redacción del proyecto de obras a satisfacción de la Administración, tenía fijados unos honorarios de 44.981,15 euros. Este incumplimiento es el que determina, por obra del art. 217.5 TRLCAP, la resolución del contrato y por ello la indemnización que ha de satisfacer el contratista

asciende a dicha cantidad menos los 5.187,45 euros de la garantía. No se puede cifrar la cantidad de dicha indemnización por relación al precio total del contrato porque éste incluía los honorarios por otras dos prestaciones, la redacción del anteproyecto, que está cumplida y abonada, y la dirección de las obras, respecto a la cual no es aplicable el art. 217.5 TRLCAP. Éste es aplicable sólo al incumplimiento en la redacción del proyecto de obras.

VI

1. La Propuesta de Resolución, según resulta de su Considerando XIII, considera que la causa de resolución es la demora en la ejecución del contrato. Por lo que se ha expuesto, la causa de resolución es una más específica, la no corrección en plazo de las deficiencias observadas en el proyecto, que está contemplada como causa de resolución en la Cláusula XXXII PCAP y en el art. 217 TRLCAP.

Si la ley y el contrato delimitan dos causas de resolución, una cuyo supuesto de hecho es más general que el de la otra, siempre que en el desarrollo del contrato se de una situación cuyas circunstancias coincidan con los elementos de hecho descritos abstractamente para la causa más especial, se debe aplicar esta última, porque esa situación es la contemplada específicamente por la norma legal y la cláusula contractual. Con otras palabras, si la situación patológica de la relación contractual es subsumible en dos causas de resolución prevalece la especial sobre la general.

Por esta razón, la propuesta de resolución debe ser corregida en el sentido de fundamentar la resolución contractual en la causa especial tipificada en el art. 217.5 TRLCAP.

2. El Considerando XVII de la propuesta de resolución remite a un procedimiento posterior la determinación de los daños que el incumplimiento del contratista ha causado a la Administración y en relación con ello el tercer apartado de su parte dispositiva dispone *“Incautar, en su caso, la garantía definitiva (aval bancario núm. 22593) para responder de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento”*.

Estos extremos de la Propuesta de Resolución tampoco son conformes a Derecho porque, como se explicó en los apartados 7 a 9 del Fundamento anterior, el art. 217.5 TRLCAP establece que, en caso de incumplimiento por dos veces por el contratista de su obligación de subsanar en plazo las deficiencias del proyecto, automáticamente y por obra de la ley, debe indemnizar a la Administración en una cantidad igual al precio del proyecto, independientemente de la demostración de la

producción de daños y prescindiendo de que la cuantía de éstos sea mayor o menor que dicho precio. Este efecto legal conlleva necesariamente la pérdida de la garantía definitiva porque está destinada a cubrir la responsabilidad por un incumplimiento que determina la resolución contractual [arts. 43.2.c) y 113. 4 TRLCAP]. Por ello la resolución final debe disponer que el contratista debe indemnizar a la Administración en la cantidad de 44.981,50 euros, que fue la establecida en concepto de honorarios por la redacción del proyecto, que pierde la garantía definitiva para imputarla al pago parcial de esa cantidad y que queda deudor por el resto.

Además, el art. 113.5 TRLCAP exige que el acuerdo de resolución se pronuncie expresamente sobre la pérdida, devolución o cancelación de la garantía definitiva, dicción que excluye que dicho acuerdo se pronuncie hipotéticamente sobre tal efecto, como hace el tercer apartado de la propuesta de resolución al emplear la expresión *"en su caso"*.

C O N C L U S I Ó N

Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, si bien la resolución contractual ha de fundarse en la causa tipificada en el art. 217.5 TRLCAP en vez de en la causa del art. 111.e) TRLCAP. Así mismo procede, conforme a aquel precepto, fijar la indemnización que debe abonar el contratista; y disponer la pérdida de la garantía definitiva.