



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 1 8 / 2 0 2 1

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 10 de junio de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la ***Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obra, para la «solución de problema de drenaje y ejecución de muro de contención en la GC-2, p.k. 15+050» suscrito entre el citado Cabildo y la entidad (...) (EXP. 281/2021 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del informe con forma de Propuesta de Resolución formulado por el Cabildo Insular de Gran Canaria, en cuya virtud se acuerda la resolución del contrato administrativo de obra suscrito el día 26 de marzo de 2020 con la entidad mercantil (...), y que tiene por objeto la «solución de problema de drenaje y ejecución de muro de contención en la GC-2, p.k. 15+050» (Apartado B del cuadro de características del contrato).

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (en adelante, LCCC), si bien la facultad para solicitarlo ha sido delegada en el Sr. Consejero de Presidencia del Cabildo, como ya se indicó.

3. Es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de Dictamen en los supuestos de « (...) nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa» [art. 11.1.D, apartado c), LCCC]. En este sentido, el art. 191.3, letra a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las

* Ponente: Sra. de León Marrero.

Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -en adelante, LCSP- (texto legal aplicable al presente supuesto de acuerdo con lo establecido en el apartado segundo de la Disposición transitoria primera en relación con la Disposición final decimosexta de la citada Ley), señala que *« (...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista»*. Circunstancias éstas que concurren en el presente procedimiento administrativo - incluida la oposición del contratista-.

4. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, dicha competencia le corresponde al Consejero de Obras Públicas, Infraestructuras, Transporte y Movilidad (v., Disposición Adicional Segunda, apartado 4º de la LCSP, en relación con la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, así como el acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de 31 de julio de 2019, de delegación de competencias en los Sres. Consejeros de la Corporación Insular). En idéntico sentido se pronuncia el Fundamento Jurídico primero de la Propuesta de Resolución.

5. En lo que se refiere al régimen jurídico de aplicación a la presente resolución contractual, queda regida sustantivamente por la LCSP, pues la licitación fue publicada con posterioridad a la entrada en vigor de la misma (en la Plataforma de Contratos del Sector Público el 24 de julio de 2019) y procedimentalmente, en cuanto al procedimiento de resolución contractual, habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución del contrato el día 24 de noviembre de 2020, bajo la vigencia de la LCSP procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al *«procedimiento de ejercicio»* de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)]. Trámites éstos que aparecen debidamente cumplimentados en el expediente administrativo que se ha remitido a este Consejo.

Por su parte, el art. 109.1, apartado b), 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 adelante, RGLCAP), prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía depositada. Trámite éste que ha sido oportunamente observado en el expediente administrativo.

Asimismo, el art. 109.1, apartado c), RGLCAP, prevé la evacuación preceptiva del informe de los Servicios Jurídicos.

A este respecto, constan evacuados en el presente procedimiento de resolución contractual, el informe preceptivo de la Asesoría Jurídica del Cabildo de Gran Canaria y el de la Intervención General.

6. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, se entiende que el presente procedimiento administrativo de resolución contractual no está caducado. Respecto a esta cuestión, el art. 212.8 LCSP prevé un plazo máximo de ocho meses para instruir y resolver los expedientes de resolución contractual. Plazo que no se ha superado en el presente supuesto.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1. Con fecha 26 de marzo de 2020 se suscribe contrato administrativo de obra entre la empresa (...) y el Cabildo Insular de Gran Canaria para la ejecución del contrato «XP-0106/18 SOLUCION DE PROBLEMA DE DRENAJE Y EJECUCION DE MURO DE CONTENCIÓN EN LA GC-2, p.k. 15+050».

El precio de la contratación ascendía a la cantidad de 151.237,91 € e IGIC de 9.830,46 €, señalándose en la cláusula tercera del contrato, que el plazo de ejecución sería de 6 meses contados a partir del día siguiente de extenderse el acta de comprobación de replanteo.

2. Con fecha 20 de mayo de 2020 se suscribe el acta de comprobación del replanteo.

3. Mediante escritos con registro de entrada en el Cabildo Insular de Gran Canaria de 28 y 29 de septiembre de 2020, la entidad contratista indica que, con motivo del estado de alarma, se ha producido un incremento del precio de la unidad de mampostería, lo que supone que la empresa no pueda asumir la ejecución de las

obras tal y como están planteadas, y por ello, solicitan la modificación del proyecto técnico en los siguientes términos:

- Muro de contención: Se ejecutará en hormigón en masa. La terminación en caras vistas se realizará con pintura para exteriores, de color a elegir por la D.O.

- Muros de mampostería. Se ejecutarán en hormigón en masa rematados en sus caras vistas con un aplacado de piezas de pizarra.

4. Con fecha 8 de octubre de 2020 el Director de Obra accede a la propuesta formulada por la empresa contratista.

5. Con fecha 20 de noviembre de 2020 el Servicio Técnico de Obras Públicas e Infraestructuras emite informe en el que, tras describir pormenorizadamente las incidencias que han tenido lugar durante el plazo de ejecución de las obras, se concluye lo siguiente: « (...) *entiendo que no hay motivo a día de hoy para la concesión de una prórroga de la obra que se encuentra paralizada, por lo que una vez cumplido el plazo se considerar (sic) proceder a la resolución del contrato en caso de que la obra siga parada o, en caso contrario, proceder a la aplicación de la penalización correspondiente por día de retraso hasta su finalización*».

6. Con idéntica fecha se emite informe jurídico por el que se propone incoar procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato administrativo de obras al amparo de la causa prevista en la letra f) del art. 211.1 LCSP.

III

En cuanto a la tramitación del expediente de resolución contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante Resolución n.º 735/2020, de 24 de noviembre de 2020, del Consejero de Obras Públicas, Infraestructuras, Transporte y Movilidad, se acuerda la incoación de procedimiento administrativo de resolución contractual en relación con el contrato de obra denominado «XP-0106/18 SOLUCION DE PROBLEMA DE DRENAJE Y EJECUCION DE MURO DE CONTENCIÓN EN LA GC-2, p.k. 15+050», por causa imputable a la empresa contratista [art. 211.1, letra f), LCSP].

Asimismo, se acordó la apertura del trámite de audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista por un plazo de diez días naturales, a los efectos de que presentasen las alegaciones que estimaran oportunas.

La citada resolución administrativa consta notificada a la entidad contratista el día 4 de diciembre de 2020 y a su avalista el día 30 de noviembre de 2020.

2. Con fecha 11 de diciembre de 2020 la contratista formula escrito de alegaciones, oponiéndose a la resolución contractual pretendida por la Administración Pública.

Respecto a la entidad avalista, no consta la presentación de escrito de alegaciones en relación con el presente procedimiento de resolución contractual.

3. Con fecha 27 de enero de 2021 el Servicio Técnico de Obras Públicas e Infraestructuras del Cabildo de Gran Canaria emite informe en respuesta a las alegaciones presentadas por la entidad contratista.

4. Con fecha 5 de febrero de 2021 se emite informe- Propuesta de Resolución de la Técnica de Administración General por la que, previa desestimación de las alegaciones formuladas por la entidad contratista, se propone « (...) *continuar con la tramitación del expediente de resolución de contrato a fin de que éste se resuelva por causa imputable a la contratista, para lo cual será necesario solicitar los correspondientes informes de la Asesoría Jurídica y de la Intervención de esta Corporación, y dado que existe oposición por parte de la contratista, solicitarse el correspondiente dictamen al Consejo Consultivo*».

5. Consta en el expediente la emisión de informe del Interventor General, con fecha 26 de febrero de 2021, por el que se informa favorablemente la Propuesta de Resolución contractual tramitada por el Cabildo Insular.

6. Con fecha 28 de abril de 2021 se emite informe de la Asesoría Jurídica favorable a la resolución del contrato de referencia.

7. Mediante oficio de 5 de mayo de 2021 (con registro de entrada en este Organismo consultivo ese mismo día), el Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria (P.D., el Consejero de la Consejería de Gobierno de Presidencia -Decreto n.º 42/2019, de 24 de julio-) solicita la emisión del Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo al amparo de lo dispuesto en la LCCC.

IV

1. La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo plantea la resolución del contrato administrativo de obra suscrito el día 26 de marzo de 2020 por el Cabildo Insular de Gran Canaria con la entidad mercantil (...), y que tiene por objeto la «*solución de problema de drenaje y ejecución de muro de contención en la GC-2, p.k. 15+050*».

La resolución contractual se fundamenta en el incumplimiento de la obligación principal del contrato, al amparo de lo establecido en el art. 211.1, letra f), LCSP.

2. De acuerdo con la cláusula 28ª del Pliego de cláusulas Administrativas particulares, *«el contratista está obligado a ejecutar las obras dentro del plazo total fijado para su realización (...)»* (apartado 1º). Y *«si la adjudicataria, por causas imputables a la misma, hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Corporación podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades (...)»* (apartado 2º).

Por su parte, la cláusula 30ª del Pliego establece que *«los contratos se extinguen por resolución o por cumplimiento. La extinción por cumplimiento implica la recepción de las obras, un plazo de garantía de éstas y su liquidación. La extinción por resolución requiere la tramitación del expediente contradictorio que se establece en el artículo 211 LCSP»*.

Respecto a la recepción de las obras, el apartado B), subapartado primero, de la precitada cláusula 30ª, dispone que, una vez *«terminadas las obras y efectuadas las prestaciones convenidas, se procederá a la recepción de las mismas (...)»*. El contratista, con una antelación de cuarenta y cinco días hábiles, comunicará por escrito a la dirección de la obra la fecha prevista para la terminación o ejecución del contrato, a efectos de que se pueda realizar su recepción. El director de la obra en caso de conformidad con dicha comunicación, la elevará con su informe al órgano de contratación con un mes de antelación, al menos, respecto de la fecha prevista para la terminación. El representante del órgano de contratación fijará la fecha de la recepción y, a dicho objeto, citará por escrito a la dirección de la obra, al contratista y, en su caso, al representante de la Intervención correspondiente».

Al hilo de lo anterior, el Pliego aclara cuáles son las *«condiciones indispensables para proceder a la recepción:*

- *Haber ejecutado las obras de conformidad con el presente pliego y el de prescripciones técnicas, el proyecto de obras y de acuerdo con las modificaciones del mismo aprobadas. (...)»*.

- *Haber realizado las pruebas con resultado satisfactorio de todas y cada una de las instalaciones de la edificación y de la urbanización. El contratista deberá prever y disponer de suministros y energía para la realización de las pruebas.*

- *Haber entregado el contratista a la Dirección Facultativa toda la documentación obligatoria y necesaria bajo su responsabilidad o de sus subcontratas, que faciliten la contratación de los diferentes servicios, incluidos todos los boletines»*.

Finalmente, la cláusula 32ª del Pliego señala que *«son causas de resolución del contrato de obras, además de las generales de la Ley, las siguientes:*

- *La demora injustificada en la comprobación del replanteo.*
- *La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses.*
- *La suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses por parte de la Administración.*
- *El desistimiento».*

Por su parte, los efectos de esta resolución serán los previstos en los arts. 213 y 246 LCSP (cláusula 32ª, apartado segundo).

3. La cuestión a analizar en el presente supuesto se centra en determinar si se ha producido un incumplimiento -o no- por parte de la entidad contratista de la obligación principal del contrato, y, en consecuencia, si procede resolver el contrato administrativo de referencia.

3.1. Nos hallamos ante un supuesto de resolución contractual a tenor de lo previsto en el art. 211.1.f): *«el incumplimiento de la obligación principal del contrato».*

Así pues, procede determinar, en primer término, en qué consiste esa *«obligación principal».*

Los contratos de obra, conforme a lo previsto en el art. 13 LCSP se definen de la siguiente manera:

«1. Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto uno de los siguientes:

a) La ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I.

b) La realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.

2. Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

También se considerará «obra» la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su vuelo, o de mejora del medio físico o natural.

3. Los contratos de obras se referirán a una obra completa, entendiendo por esta la susceptible de ser entregada al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ampliaciones de que posteriormente pueda ser objeto y comprenderá todos y cada uno de los elementos que sean precisos para la utilización de la obra.

No obstante lo anterior, podrán contratarse obras definidas mediante proyectos independientes relativos a cada una de las partes de una obra completa, siempre que estas sean susceptibles de utilización independiente, en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas y preceda autorización administrativa del órgano de contratación que funde la conveniencia de la referida contratación.

Se podrán celebrar contratos de obras sin referirse a una obra completa en los supuestos previstos en el apartado 4 del artículo 30 de la presente Ley cuando la responsabilidad de la obra completa corresponda a la Administración por tratarse de un supuesto de ejecución de obras por la propia Administración Pública».

Por su parte, y como ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia, «el contrato de obras es típicamente un contrato de resultado. De ahí que tanto la Ley como el Reglamento, al desarrollar la ejecución de este contrato, hagan hincapié en los preceptos mencionados para resaltar la obligación del contratista de cumplir tanto los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva, como el general o final para su total realización. Ítem más, para la constitución en mora del contratista no se requiere interpelación o intimación previa por parte de la Administración; hasta tal punto que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra permite a la Administración optar por la resolución del contrato» (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989, 14 de julio de 1986, 12 de marzo de 1992).

De acuerdo con la Sentencia de 11 de marzo de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 8ª, de la Audiencia Nacional (Rec.335/2018), «el contrato de obras se configura como un contrato de resultado y no de actividad, es decir, el contratista se obliga a entregar la obra totalmente terminada, por un precio alzado, asumiendo tanto la mayor onerosidad que la ejecución de la obra pueda suponer (riesgo) como beneficiándose de su menor coste (ventura). Repetimos, la esencia del contrato de obras se encuentra en el resultado final -entregar la obra terminada en plazo- con independencia de la actividad realizada para llegar a este resultado. (...) la obligación del contratista es una obligación de resultado, como contrapuesta a la obligación de actividad o medial» (Fundamento de Derecho cuarto).

En relación con lo dicho, este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente (Dictamen 243/2017, de 13 de julio):

«2. El objeto del contrato de obras es la realización de una obra, la cual se define como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble (art. 6 LCSP). El contrato de obras es, por tanto, un contrato de resultado por el cual el contratista se obliga a realizar una obra determinada por un precio alzado; además es de resultado total, porque su objeto es la ejecución de una obra completamente terminada, puesto que debe ser apta para cumplir por sí misma la función para la cual fue proyectada. Su objeto no es la actividad de construcción necesaria para realizar la prestación que debe el contratista, sino el resultado de esa actividad, una obra terminada conforme a su proyecto.

Esta naturaleza de contrato de resultado comporta la indivisibilidad jurídica del mismo y de la obra que tiene por objeto, como así resulta del art. 205 LCSP que dispone que el contrato sólo se cumple por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. Esto significa que no puede ser cumplido por el contratista de forma parcial y sucesiva mediante la ejecución de las distintas fases del proceso constructivo, ni la Administración queda obligada al pago hasta que no se le entregue la obra completamente terminada, tal como resulta del art. 215 LCSP que establece que los abonos al contratista por las operaciones preparatorias y por las certificaciones de la obra ejecutada mensualmente tienen la naturaleza de pagos a cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, por lo que en ningún caso suponen la aprobación y recepción de las obras parciales que comprenden.

Únicamente después de que el contratista cuando éste haya ejecutado, a satisfacción de la Administración, la totalidad de la obra con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato, lo cual se constata por el acto formal y positivo de recepción o conformidad, cuya fecha de realización representa el dies a quo tanto del plazo de tres meses para aprobar la certificación final de las obras y abonarla al contratista a cuenta de la liquidación del contrato, como del plazo de garantía a cuyo término, si el estado de las obras es el adecuado, surge su derecho a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes que deberá efectuarse en el plazo de sesenta días (art. 218 LCSP).

De lo expuesto se deriva que para el surgimiento de los derechos del contratista al abono de la certificación final de las obras, a la devolución de la garantía y a la liquidación del contrato con la consiguiente liberación de sus obligaciones contractuales es un requisito que previamente haya entregado la obra completamente terminada con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y la Administración lo haya declarado así por medio del acto de recepción. Esa recepción con conformidad de la obra y consiguiente atribución de

esos derechos tiene como requisito previo e inherente que le otorga su configuración propia que la obra esté ejecutada en su totalidad. Sin el cumplimiento de este requisito es imposible que el acto de recepción pueda atribuirle válidamente esos derechos; porque, como hemos visto, esa recepción con conformidad de la obra es la constatación de que el contratista ha cumplido con el contrato de obras, cuya característica estructurante estriba en que es un contrato de resultado que sólo se cumple con la ejecución completa de la obra. La carencia de este requisito determina que se le entreguen a la Administración obras inacabadas y que a cambio el contratista adquiera el derecho a que se le abone como si la hubiera construido completamente, lo cual son efectos radicalmente contrarios a los perseguidos por los arts. 6, 205 y 218 LCSP».

3.2. Respecto a qué debe entenderse por «*incumplimiento de la obligación principal del contrato*», este Consejo también ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones contractuales (por todos, Dictámenes 300/2020, de 16 de julio, 243/2019, de 20 de junio y 106/2020, de 14 de mayo), sobre ello, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, la STS de 1 de octubre de 1999, que señala que «*a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación*», es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de «*denominación*» que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato.

3.3. Por lo demás, se ha de recordar -tal y como ha manifestado de forma reiterada este Organismo Consultivo, v.gr., Dictamen 158/2014, de 29 de abril o 300/2014, de 3 de septiembre-, que la resolución es el último remedio ante un contrato en crisis y, conforme indica la STS de 26 de marzo de 1987, existen otras alternativas de aplicación previa como es la aplicación de penalidades que, como en la resolución, sólo podrían imponerse «*cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra (...) pues, como añade esta misma sentencia, “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista” (...)*».

Siguiendo con la citada Sentencia, «*la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de*

contratistas, o si, por el contrario, procede sólo la imposición de penalidades (...) no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control».

Finalmente, y como señala el Dictamen 533/2018, de 27 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla y León, *«ha de recordarse que, debido a los graves efectos de la resolución del contrato, tanto la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983 y de 20 de abril de 1999) como este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen 90/2004), de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado, realizan, cuando se trata de causas objetivas o imputables al contratista, una interpretación restrictiva, al considerar que las obligaciones contractuales incumplidas deben ser “esenciales”, de forma que no todo incumplimiento provoca la resolución, sino sólo aquellos realmente graves y que afectan a obligaciones fundamentales.*

La resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento, al señalar el Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de junio de 1985 que “ (...) la aplicación del ordenamiento común como supletorio del administrativo y, en particular, del artículo 1.124 del Código Civil para integrar las normas de los artículos 65 y 66 del Reglamento de Contratación de las Entidades Locales, implica la asunción por esta jurisdicción de la doctrina legal establecida por la ordinaria al interpretar aquel precepto, según el cual, con el designio de que se conserven los contratos válidamente celebrados, se restringe su resolución limitándola a los supuestos en que se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que, de manera definitiva, lo impida, (...) ”.

El Consejo de Estado, al tratar del poder resolutorio de la Administración, sostiene en su Dictamen 41.941, de 1 de marzo de 1979, que “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida”. Mantiene, además, en su Dictamen 42.000, de 22 de febrero de 1979, que “es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas”».

4. En el supuesto analizado queda constancia, a la luz de lo reflejado en los informes técnicos que obran en el expediente administrativo, que la empresa contratista nunca llegó a iniciar la ejecución material, propiamente dicha, de la obra (a pesar de que se ejecutaron dos unidades de obra correspondientes a los sondeos geotécnicos en la zona del muro a construir y la grabación con cámara por control

remoto con un monto total de 2.350,00 €); habiéndose solicitado en diversas ocasiones a la empresa el inicio de la ejecución del contrato (requerimientos que no fueron atendidos).

Asimismo, se extrae del expediente administrativo la existencia de numerosos «anuncios» efectuados por la entidad adjudicataria del contrato relativos al comienzo de las obras que nunca cristalizaron en la efectiva ejecución del contrato administrativo. Llegando, de esta manera, a la fecha del 20 de noviembre de 2020, en la que, previa suscripción de informe técnico por parte del Servicio Técnico de Obras Públicas e Infraestructuras del Cabildo Insular de Gran Canaria, se deja constancia de la inejecución del contrato a la fecha de vencimiento del plazo de ejecución previsto en el Pliego, pues las obras ni siquiera habían comenzado.

Así pues, y de acuerdo con los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento, ha quedado acreditado el incumplimiento por parte del contratista de la obligación principal del contrato, caracterizado por la inobservancia total de dicha prestación. Y es que, como ya se tuvo ocasión de señalar anteriormente, *«el contrato de obras se configura como un contrato de resultado y no de actividad, es decir, el contratista se obliga a entregar la obra totalmente terminada, por un precio alzado, asumiendo tanto la mayor onerosidad que la ejecución de la obra pueda suponer (riesgo) como beneficiándose de su menor coste (ventura). Repetimos, la esencia del contrato de obras se encuentra en el resultado final -entregar la obra terminada en plazo- con independencia de la actividad realizada para llegar a este resultado»* (Sentencia de 11 de marzo de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 8ª, de la Audiencia Nacional). Pues bien, precisamente, ese resultado final -entrega de la obra terminada en plazo- es el que falta en el supuesto analizado.

5. Por lo demás, y como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen 295/2017, de 6 de septiembre -con cita del Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León, 90/2004, de 10 de marzo-), *«es reiterada jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos de que no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar la extinción anticipada del mismo, sino que es necesario que se trate de un incumplimiento del contrato grave, cualificado y de naturaleza sustancial, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. Asimismo, tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo (sentencias de 21 de junio de 1985 o 14 de diciembre de 2001) la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culpable o negligente imputable al contratista”.*

El Consejo de Estado, al tratar el poder resolutorio de la Administración, ha mantenido, en su Dictamen n.º 41.941, de 1 de marzo de 1979, que “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obligue a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionada e injusto que cualquier incumplimiento, aún mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada medida”. Y en su Dictamen n.º 42.000, de 22 de febrero de 1979, señala que “es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas”.

Y el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de marzo de 1987 manifiesta que existen razones suficientes para que las penalidades o resoluciones contractuales “sólo se adopten cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra y el de la prórroga o prórrogas interesadas por los contratistas”, pues, como añade esta misma Sentencia, “lo peor para todos es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista”.

Por consiguiente, la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma e indefectiblemente, la resolución del contrato, pues habrá que ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede sólo, en su caso, la imposición de penalidades, no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control.

A estas precisiones cabe añadir que la jurisprudencia afirma que no basta el simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones para decretar la resolución, sino que además debe existir una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido».

Pues bien, en el supuesto analizado se constata -a través de los informes elaborados por el Servicio Técnico de Obras Públicas e Infraestructuras del Cabildo Insular de Gran Canaria- que la Administración contratante facilitó a la contratista la posibilidad de cumplir las obligaciones del contrato [entre otras cuestiones, accediendo a aprobar cambios en determinadas unidades de obra « (...) ante la urgencia de realizar la obra lo antes posible antes de que llegara la época de lluvias con el consiguiente peligro de inundaciones dado que es una obra de drenaje que

trata de solventar o atenuar ese problema que ha causado graves perjuicios a las viviendas colindantes»], sin que ésta haya puesto en práctica una actuación reveladora de una auténtica voluntad de cumplimiento del objeto del contrato. En este sentido, baste recordar los numerosos anuncios efectuados por la propia entidad contratista relativos al comienzo de los trabajos que nunca vinieron acompañados de la efectiva y material ejecución de la obra, así como los diversos requerimientos efectuados por el Director de Obra en tal sentido, que, asimismo, no fueron atendidos por la entidad contratista.

Así pues, del expediente administrativo se deduce una voluntad contraria al cumplimiento de la prestación objeto del contrato administrativo, sin que la empresa contratista haya observado la diligencia exigible en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. En este sentido, el art. 1104 del Código Civil, aplicable supletoriamente a la contratación administrativa en virtud del art. 4.3 del propio texto legal, señala que *«la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia»*. Por su parte, el art. 1258 señala que *«los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»*.

En conclusión, se entiende que en el supuesto analizado no sólo se ha incumplido gravemente la obligación principal y/o esencial del contrato, sino que, además, dicho incumplimiento patentiza una auténtica voluntad rebelde a su cumplimiento. Por lo que procede la resolución del contrato administrativo de obras en los términos en que la misma ha sido planteada.

6. Sin perjuicio de compartir los argumentos expuestos por la Propuesta de Resolución, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones respecto a las dos cuestiones fundamentales planteadas por la contratista en su escrito de oposición a la resolución contractual:

En primer lugar, y respecto a la inviabilidad económica del contrato como consecuencia del incumplimiento de los plazos legales para la formalización del contrato administrativo -art. 153 LCSP- y la firma del acta de comprobación de replanteo -art. 237 LCSP- [lo que determinó que el contrato se tuviera que ejecutar durante la vigencia del estado de alarma derivado de la pandemia originada por el COVID-19, siendo *« (...) el presupuesto que recoge el proyecto inferior a los costes*

reales de ejecución por la situación actual del mercado, lo que rompe el equilibrio económico del mismo (...) »], se ha de traer a colación lo informado por el Servicio Técnico de Obras Públicas e Infraestructuras del Cabildo de Gran Canaria: « (...) hasta el día de hoy se siguen licitando obras con unidades y precios similares a los del proyecto. Sobre la propuesta técnica, es simplemente una opinión subjetiva de la empresa que no sustentan con ningún informe técnico que la avale».

Por otra parte, al no haberse acogido la entidad contratista a alguna de las medidas excepcionales previstas para hacer frente a la situación económico-social derivada de la pandemia (establecidas en el art. 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19), se ha de entender, *a contrario sensu*, que la misma se encontraba en plenas condiciones de garantizar el cumplimiento de la obligación principal del contrato. De tal manera que la ausencia total de prestación -al no haberse iniciado los trabajos-, a pesar de su viabilidad (consta en el expediente la firma del acta de comprobación del replanteo sin observación alguna por parte de la contratista), determina la apreciación de la causa de resolución prevista en el art. 211.1, letra f), LCSP.

En segundo lugar, y respecto a la solicitud de resolución por mutuo acuerdo planteada por la contratista, cabe indicar -como bien señala la Propuesta de Resolución- que la misma no resulta viable, por cuanto no concurren las circunstancias previstas en el art. 212.4 LCSP: *«la resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato».*

7. Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato, procede determinar los efectos de ésta:

De acuerdo con el art. 213.3 LCSP, *«cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada».*

En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida (art. 213.5 LCSP) -tal y como establece oportunamente la Propuesta de Resolución-.

El importe de los daños y perjuicios podrá determinarse de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto, quedando entretanto retenida la garantía (art. 113 del RD 1098/2001, de 12 de octubre).

Este Consejo Consultivo ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declara el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que, si el importe de los daños y perjuicios causados superan el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación (por todos, Dictámenes 510/2020, 363/2018, de 12 de septiembre, 196/2015, de 21 de mayo).

Finalmente, y de acuerdo con lo establecido en el art. 246 LCSP, *«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. Será necesaria la citación de este, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición»*.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de obra suscrito el día 26 de marzo de 2020 con la entidad mercantil (...) y que tiene por objeto la « (...) SOLUCIÓN DE PROBLEMA DE DRENAJE Y EJECUCIÓN DE MURO DE CONTENCIÓN EN LA GC-2, p.k. 15 + 050», es conforme a Derecho.