



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 333/2021

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 17 de junio de 2021.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Agulo en relación con la *Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de ejecución de las obras del proyecto denominado «Red de Saneamiento Zona Baja La Quebrada-Las Casas. T. M. de Agulo», adjudicado a la empresa (...) (EXP. 294/2021 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El presente Dictamen, solicitado mediante oficio de 10 de mayo de 2021 (con registro de entrada en este Consejo al día siguiente) tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del informe-propuesta de resolución formulado por el Ayuntamiento de Agulo, en virtud del cual se acuerda la resolución del contrato administrativo de obra adjudicado a la empresa (...), que tiene por objeto la *«ejecución de las obras comprendidas en el proyecto denominado “Red de Saneamiento Zona Baja La Quebrada-Las Casas. T. M. de Agulo”».*

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde a la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Agulo, 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).

3. Asimismo, 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

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 -en adelante, LCSP-, 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-.

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 a la Alcaldesa-Presidenta (apartado A del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares en relación con la Disposición Adicional segunda, apartado primero de la LCSP). En idéntico sentido se pronuncia la propuesta de resolución.

4. En cuanto al régimen jurídico aplicable, resultan de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, puesto que tanto la licitación fue publicada como el inicio del procedimiento de resolución contractual se efectuó bajo la vigencia de la LCSP; las disposiciones normativas que la desarrollan (significativamente, el 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); y supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo (arts. 13 y 25.2 LCSP en relación con la cláusula vigesimoctava del pliego, así como Disposición Final Cuarta, apartado 1, LCSP).

5. 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, al haberse iniciado el procedimiento el 15 de abril de 2021.

II

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

1.- Mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia n.º 464/2020, de 23 de diciembre de 2020, se adjudica a la entidad (...) el contrato de obra para la ejecución de las actuaciones contempladas en el Proyecto *«Red de Saneamiento Zona Baja La Quebrada-Las Casas, T. M. de Agulo»*.

2.- El día 30 de diciembre de 2020 se suscribe documento administrativo de formalización del contrato. El plazo de ejecución de las obras se fijó en tres meses a contar desde la formalización del acta de comprobación del replanteo.

3.- Mediante Resolución de Alcaldía n.º 26/2021, de 29 de enero de 2021, se aprueba el plan de seguridad y salud en el trabajo presentado por la entidad adjudicataria del contrato.

4.- Con fecha 29 de enero de 2021 se extiende (y rubrica) el acta de comprobación del replanteo de las obras con la empresa contratista, fijándose como fecha de inicio del plazo de ejecución de las obras el día 1 de febrero de 2021.

5.- Con fecha 4 de marzo de 2021 el representante de la empresa contratista presenta escrito ante el Ayuntamiento de Agulo, en el que justifica los motivos por los que se ha producido el retraso en el inicio de las obras.

6.- Con fecha 5 de marzo de 2021, se expide certificación n.º 1 -mes de febrero de 2021-, en la que el Director de la obra certifica que *«el importe de las obras ejecutadas en el mes de la fecha, para su abono al contratista asciende a la (...) cantidad de: CERO EUROS»*.

7.- Con fecha 5 de marzo, se emite informe del Director de Obra, en relación con el escrito presentado por la entidad contratista relativo a la demora en la ejecución de la obra.

8.- Con fecha 8 de abril de 2021, se expide certificación n.º 2 -mes de marzo de 2021-, en la que el Director de la obra certifica que *«el importe de las obras ejecutadas en el mes de la fecha, para su abono al contratista asciende a la (...) cantidad de: CERO EUROS»*.

9.- Con fecha 8 de abril de 2021 se emite informe del Director de Obra, en el que se señala lo siguiente:

« (...) aún no se ha colocado el Cartel indicador de las obras.

(...) a fecha de hoy no consta que se hayan comenzado los trabajos

(...) visto que ya han transcurridos las dos terceras partes del plazo de ejecución sin que se haya dado comienzo a las obras, es imposible finalizar estas en el plazo previsto».

10.- Con fecha 14 de abril de 2021 se emite informe del Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Agulo sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir en relación con la resolución del contrato de obras.

III

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

1.- Mediante Decreto de la Alcaldía n.º 124/2021, de 15 de abril de 2021, se acuerda *«incoar el procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato de obras (...)»* que tiene por objeto la *«ejecución de las obras comprendidas en el proyecto denominado “Red de Saneamiento Zona Baja La Quebrada-Las Casas. T. M. de Agulo”»*.

Asimismo, se resuelve *«dar audiencia al contratista por plazo de diez días naturales y por el mismo plazo dar audiencia al avalista o asegurador, por si procediera la incautación de la garantía»*.

2.- Con fecha 16 de abril de 2021 se emite Informe técnico por el que se informa favorablemente el inicio del expediente de resolución contractual.

3.- Mediante escrito de emplazamiento del Secretario-Interventor, expedido el día 19 de abril de 2021, se acuerda dar audiencia al contratista: *«Durante el plazo de diez días contados a partir de la recepción de la presente comunicación se le da audiencia para que se presente en las dependencias de este Ayuntamiento y examine el expediente a los efectos de que pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes en defensa de sus intereses, advirtiéndole que, si antes del vencimiento de dicho plazo manifiesta su decisión de no alegación alguna ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite»*.

Consta en el expediente administrativo la notificación -telemática- a la empresa contratista.

4.- Con fecha 26 de abril de 2021, la empresa adjudicataria del contrato presenta escrito ante el Ayuntamiento de Agulo, dando cuenta de la imposibilidad de ejecutar las obras.

5.- Con fecha 28 de abril de 2021 la entidad contratista formula escrito de alegaciones, oponiéndose a la resolución del contrato de referencia.

6.- Con fecha 7 de mayo de 2021 se emite informe por parte de la Oficina Técnica. En este informe no se añade nada nuevo a la causa de resolución contractual, pues se limita a constatar que no se han iniciado las obras ni existen indicios de que vayan a comenzar (inexistencia de cartel de obras, acopio de materiales, etc.), así como se da respuesta a las alegaciones del contratista en relación con la falta de reparos en el acta de comprobación del replanteo sobre el acceso al lugar de la obra y que otras obras similares en la misma zona se han realizado con mayores dificultades de ejecución que las obras del presente contrato.

Por tanto, no se causa indefensión material al contratista, por no añadirse elementos nuevos y distintos a los ya existentes en el propio expediente.

7.- Con fecha 10 de mayo de 2021 el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Agulo emite informe por el que propone desestimar las alegaciones presentadas por el contratista respecto a la resolución contractual pretendida.

8.- Con fecha 11 de mayo de 2021, el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Agulo emite informe-propuesta de Secretaría e informe-propuesta de resolución -en un único documento administrativo-, por el que, previa desestimación de las alegaciones presentadas por el contratista, se propone *«resolver el contrato de obras (...) debido a la a la concurrencia de las siguientes causas de resolución:*

- *La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.*
- *El incumplimiento de la obligación principal del contrato.*

Por haber quedado constatado el no comienzo de las obras, igualmente, por los documentos emitidos por el director de obras: certificaciones e informe, por los cuales se destaca la poca disposición del contratista al comienzo de los trabajos».

Asimismo, se propone *«proceder a la incautación de la garantía constituida por el contratista. Por los motivos expresados en el Informe del Responsable del contrato de fecha 7 de mayo de 2021 (...) ».*

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 30 de diciembre de 2020 por el Ayuntamiento de Agulo con la entidad mercantil (...), y que tiene por objeto la *«ejecución de las obras comprendidas en el proyecto denominado "Red de Saneamiento Zona Baja La Quebrada-Las Casas. T. M. de Agulo"».*

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, y en la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista [art. 211.1, letra d) LCSP].

2. De acuerdo con la cláusula 24.^a del Pliego de cláusulas Administrativas particulares, *«el adjudicatario queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución del contrato en los términos previstos en el presente pliego, así como al plazo reducido que en su caso hubiese propuesto.*

Si llegado el final de la obra, la persona adjudicataria hubiere incurrido en demora por causa a ella imputable, la Administración podrá optar, atendiendo a las circunstancias del caso, por la resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida, o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato. (...)

Esta misma facultad tendrá la Administración respecto al incumplimiento por parte de la persona contratista de los plazos parciales o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total».

Por su parte, la cláusula 25.^a del Pliego establece que *«además de por su cumplimiento, el contrato se extinguirá por su resolución, acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en los artículos 211 y 245 de la LCSP. La resolución del contrato producirá los efectos previstos en los artículos 213 y 246 de la LCSP y se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista.*

Además, el contrato podrá ser resuelto por el órgano de contratación cuando se produzcan incumplimiento del plazo total o de los plazos parciales fijados para la ejecución del contrato que haga presumiblemente razonable la imposibilidad de cumplir el plazo total, siempre que el órgano de contratación no opte por la imposición de las penalidades de conformidad con la cláusula 26.

Asimismo, serán causas de resolución del contrato al amparo del artículo 211 f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público las establecidas como obligaciones esenciales por el órgano de contratación.

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 del contratista para su asistencia al acto de comprobación y medición.

Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista, se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía».

Finalmente, la cláusula 20.^a señala como obligación del contratista la de señalización de las obras -en los concretos términos que se explicitan en dicha cláusula-; destacando como *«obligaciones esenciales que pueden ser causa de resolución del contrato»*, *«el cumplimiento de la propuesta del adjudicatario en todo aquello que haya sido objeto de valoración de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos para el contrato»*.

3. La cuestión a analizar en este caso 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, entendiéndose 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».

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 8.ª, 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).

Por su parte, este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente, entre otros, en los Dictámenes 243/2017, de 13 de julio, y 318/2021, de 10 de junio:

«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. Este Consejo ya 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 qué debe entenderse por *«incumplimiento de la obligación principal del contrato»*, 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 presente caso 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; habiéndose solicitado en diversas ocasiones a la empresa el inicio de la ejecución del contrato (requerimientos que no fueron atendidos) -folio 596-.

Asimismo, y como se hace constar en el informe de la oficina técnica de 7 de mayo de 2021, -previa «visita de inspección al lugar de ubicación de las obras»- « (...) no se han iniciado los trabajos, ni existen indicios como replanteos, acumulación de materiales,

equipos, etc., al igual que no existe cartel de obras. (...) Se ha constatado el no comienzo de las obras, igualmente, por los documentos emitidos por el director de obras: certificaciones e informe, por los cuales se destaca la poca disposición del contratista al comienzo de los trabajos».

De esta manera, queda acreditada 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 8.ª, 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 (*v.gr.*, Dictamen 295/2017, de 6 de septiembre -con cita del dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León, n.º 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, culposa 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 presente asunto se constata -a través de los diversos informes que obran en el expediente administrativo- la existencia de un incumplimiento -por parte del contratista- especialmente grave, cualificado, y de naturaleza sustancial del contrato, revelador de una auténtica voluntad rebelde y/o contraria al cumplimiento de los términos del contrato administrativo.

Tal y como se señala en el informe del Director de Obra, suscrito el día 5 de marzo de 2021, «ante los argumentos a los que hace alusión la empresa contratista por parte del que suscribe, solo cabe señalar que era el Acta de Comprobación de Replanteo el documento en el que se deberían haber manifestado

los problemas que presumiblemente tiene el proyecto y las complicaciones que implica. Es de destacar que desde la fecha de adjudicación y de contrato 23 y 30 de diciembre de 2020, hasta la fecha de firma del Acta de Replanteo, transcurrió un mes, tiempo suficiente para que la contrata hubiese visitado y reparado en las dificultades que ahora aduce como causas de demorar el comienzo de las obras y más aún pone en manos de otros la resolución de las incidencias que menciona.

En dos ocasiones nos dirigimos telefónicamente al encargado o Jefe de Obra, el Sr. (...), interesándonos por el comienzo de la obra:

- La primera vez, el pasado día 15 de febrero, nos informó mediante el Arquitecto Técnico (...) que estaba esperando que le llegasen los materiales para empezar

- La segunda el viernes vez el día 19 - febrero - 2021, en esta ocasión nos dijo que comenzarían el siguiente lunes

Es aún más sorprendente para esta Dirección de Obra que por parte de la empresa no se haya dirigido personalmente al que suscribe, que desde el primer momento ofreció todos los datos que obran en mi expediente referente a esta obra, e incluso le enviamos el día 3 de febrero por correo electrónico, al referido Arquitecto Técnico el levantamiento que sirvió de base a la ejecución del proyecto».

Por su parte, el informe de la Oficina Técnica, de 7 de mayo de 2021, indica lo siguiente:

«1.- Se ha procedido a la visita de inspección al lugar de ubicación de las obras, constatándose que no se han iniciado los trabajos, ni existen indicios como replanteos, acumulación de materiales, equipos, etc., al igual que no existe cartel de obras.

2.- Se ha constatado el no comienzo de las obras, igualmente, por los documentos emitidos por el director de obras: certificaciones e informe, por los cuales se destaca la poca disposición del contratista al comienzo de los trabajos.

3.- Se ha tenido desde el momento de la comprobación del proyecto, con su ubicación incluida, los datos necesarios para hacer los estudios económicos y estrategia en los que basar la oferta realizada, en su caso "anormalmente baja". Para lo cual se le ha requerido justificación de dicha oferta, habiendo sido otra oportunidad para la comprobación de las dificultades a que se enfrentaría en la fase de ejecución siendo adjudicataria, por lo que, se entiende, han comprobado tales circunstancias.

4.- En el momento de la firma del Acta de Replanteo debe tenerse bien clarificado por parte de la adjudicataria todas las condiciones de las obras, incluidas las topográficas, de accesibilidad, etc., no siendo justificable el no comienzo posterior aludiendo a la no

advertencia o no información por parte del Director de obras, o buena o mala fe, pues depende únicamente de ella misma la aceptación de las condiciones y la suscripción del Acta sin reparos.

5.- No consta en el Ayuntamiento que se haya solicitado por el contratista habilitar espacio en la vía pública para acumular materiales o equipos de obras.

6.- No cabe afirmar que es imposible la ejecución de las obras sin acceso para las maquinarias como camiones, grúas o camión cisterna succionadora, cuando ya hay ejecutada, recientemente, una gran parte del alcantarillado de la misma zona, incluso con mayor magnitud y con dificultades aún mayores de ejecución, incluso con reducción del plazo inicial previsto. Tal es el caso del proyecto denominado "Red de Saneamiento en La Quebrada (T. M. Agulo)" perteneciente al Plan PICOS 2017».

A lo que habría que añadir, como advierte el informe técnico de 16 de abril de 2021, que *«en este caso, el incumplimiento del plazo reviste una especial gravedad por cuanto la reducción del plazo de ejecución se contemplaba en el PCAP entre los criterios de adjudicación del contrato, proponiendo el adjudicatario una reducción de 30 días sobre el plazo inicialmente previsto».*

Finalmente, resulta oportuno transcribir las consideraciones efectuadas por el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Agulo en su informe de 10 de mayo de 2021:

« (...) consta en el Expediente analizado el Acta de replanteo debidamente formalizada con las firmas del Director de Obra y del contratista. No es comprensible que un profesional que actúa con la diligencia debida pretenda alegar desconocimiento de lo que firmaba, y es a todas luces inadmisibles en este momento del procedimiento, es decir una vez iniciado el expediente de resolución por flagrante incumpliendo contractual.

Cabe recordar que el acta de comprobación del replanteo refleja la conformidad o disconformidad del mismo respecto de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato.

El replanteo es la garantía que la legislación contractual ofrece a los contratistas para poder precisar, de común acuerdo con la administración, el objeto de las obras y la viabilidad de su ejecución, a fin de evitar que, posteriormente, surjan dificultades que impidan la realización de las obras proyectadas, procediéndose, por ello, desde el inicio a verificar su viabilidad física y Jurídica.

A mayor abundamiento, si el contratista quería poner en conocimiento del órgano de contratación tenía que haberlo realizado en el momento del replanteo, tal y como se

desprende del artículo 139.4ª 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 cuando no resulten acreditadas las circunstancias necesarias o el director de la obra considere necesaria la modificación de las obras proyectadas quedará suspendida la iniciación de las mismas, haciéndolo constar en el acta, hasta que el órgano de contratación adopte la resolución procedente dentro de las facultades que le atribuye la Legislación de contratos de las Administraciones públicas.

(...)

Que el contrato tenía que haber comenzado el 1 de febrero de 2021, y no es hasta el 5 de marzo de 2021 que la adjudicataria presenta un escrito al Ayuntamiento. Cabe resaltar que a dicha fecha, 5 de marzo de 2021, no se había trasladado ni maquinaria ni material para la realización de la obra, ni realizado ningún preparatorio. (...).

No es comprensible que un profesional que actúa con la diligencia debida demore el inicio de unas obras (que en ningún momento han sido iniciadas) en un tercio del plazo de ejecución del contrato, y es aún menos comprensible que el primer contacto con el Ayuntamiento se produzca una vez ha transcurrido un tercio del plazo de la ejecución de las obras que a fecha de hoy no han sido iniciadas. (...).

(...) a juicio de quien suscribe (...) se dan las circunstancias para proceder a la resolución del contrato. Se alcanza esta conclusión a la vista de que no se han comenzado las obras ni tan siquiera se ha instalado cartel alguno, y desde luego se incumple el plan de trabajo para las obras presentado por la empresa que motivo la adjudicación».

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 este caso 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 entender acreditado el incumplimiento de la obligación principal del contrato [art. 211.1, letra f) LCSP], se ha de indicar, igualmente, que consta debidamente justificado en el expediente administrativo el incumplimiento de los plazos de ejecución del contrato; lo que supone -una vez más- la concurrencia de causa legal de resolución del contrato administrativo.

Tal y como se ha tenido ocasión de señalar anteriormente, *«el adjudicatario queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución del contrato en los términos previstos en el presente pliego, así como al plazo reducido que en su caso hubiese propuesto.*

Si llegado el final de la obra, la persona adjudicataria hubiere incurrido en demora por causa a ella imputable, la Administración podrá optar, atendiendo a las circunstancias del caso, por la resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida, o por la imposición de (...) penalidades (...).

Esta misma facultad tendrá la Administración respecto al incumplimiento por parte de la persona contratista de los plazos parciales o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total» (cláusula 24.ª del Pliego).

Por su parte, la cláusula 25.ª del Pliego establece que *«además de por su cumplimiento, el contrato se extinguirá por su resolución, acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en los artículos 211 y 245 de la LCSP. (...).*

Además, el contrato podrá ser resuelto por el órgano de contratación cuando se produzcan incumplimiento del plazo total o de los plazos parciales fijados para la ejecución del contrato que haga presumiblemente razonable la imposibilidad de cumplir el plazo total, siempre que el órgano de contratación no opte por la imposición de las penalidades de conformidad con la cláusula 26.

Asimismo, serán causas de resolución del contrato al amparo del artículo 211 f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público las establecidas como obligaciones esenciales por el órgano de contratación».

En este sentido, la cláusula 20.ª señala como *«obligaciones esenciales que pueden ser causa de resolución del contrato», «el cumplimiento de la propuesta del*

adjudicatario en todo aquello que haya sido objeto de valoración de acuerdo con los criterios de adjudicación establecidos para el contrato».

Pues bien, en el presente caso, y como ya se indicó en el informe del Director de Obra, de 8 de abril de 2021, « (...) visto que ya han transcurridos las dos terceras partes del plazo de ejecución sin que se haya dado comienzo a las obras, es imposible finalizar estas en el plazo previsto». Dicha circunstancia supone un incumplimiento especialmente grave -dado que, finalmente, las obras nunca llegaron a iniciarse-, de una obligación esencial del contrato. Máxime si se tiene en cuenta, como advierte el informe técnico de 16 de abril de 2021, que *«en este caso, el incumplimiento del plazo reviste una especial gravedad por cuanto la reducción del plazo de ejecución se contemplaba en el PCAP entre los criterios de adjudicación del contrato, proponiendo el adjudicatario una reducción de 30 días sobre el plazo inicialmente previsto».*

De esta manera, se concluye que, al amparo de las cláusulas 20.^a, 24.^a y 25.^a del Pliego, y virtud de la documentación obrante en las actuaciones, concurre causa legal de resolución del contrato administrativo de obras [art. 211.1, letra d) LCSP].

No obstante, debe recordarse la reiterada y constante doctrina de este Consejo (por todos, Dictámenes 443/2019, de 28 de noviembre; 88/2019, de 13 de marzo; 263/2018, de 6 de junio; y 60/2016, de 10 de marzo), que reproduce, asimismo, la doctrina consolidada del Consejo de Estado referida a que, en caso de concurrencia de varias causas de resolución, debe aplicarse prioritariamente la causa de resolución que aparezca antes en el tiempo, de modo que, si posteriormente sobrevienen otras causas, estas son ya irrelevantes. Sin embargo, en este caso, dada la brevedad del plazo para la ejecución de las obras -3 meses- ambas causas de resolución contractual se producen simultáneamente en el tiempo, pues a la vez que se ha incumplido la obligación principal del contrato -la realización de las obras, sobre las que no existen indicios de su comienzo- se ha producido el incumplimiento grave de los plazos previstos para su ejecución, de acuerdo con la propia reducción de plazos presentada por el contratista en su oferta.

7. Respecto a la solicitud de resolución por mutuo acuerdo planteada por la contratista, cabe indicar 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».*

8. Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, procede determinar los efectos de aquella.

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»*. No obstante, en caso de que en el momento de resolverse el contrato no se hayan iniciado las obras, no procederá liquidar cantidad alguna por este concepto.

CONCLUSIÓN

La propuesta de resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de obras adjudicado por el Ayuntamiento de Agulo a la empresa (...), para la *«ejecución de las obras comprendidas en el proyecto denominado "Red de*

Saneamiento Zona Baja La Quebrada-Las Casas. T. M. de Agulo"», se considera conforme a Derecho.