



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 0 / 2 0 2 1

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 28 de julio de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Vicepresidente y Consejero de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras adjudicado a la empresa adjudicado a la empresa (...), que tiene por objeto las «Obras para la restauración de las fachadas del edificio de la Consejería de Hacienda en Las Palmas de Gran Canaria» (EXP. 362/2021 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen cuya solicitud se realiza mediante Oficio del Excmo. Sr. Vicepresidente y Consejero de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos de fecha 28 de junio de 2021, con entrada en el Consejo Consultivo el 29 de junio de 2021, tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del Informe con forma de Propuesta de Resolución, en virtud del cual se acuerda la resolución del contrato administrativo de obras adjudicado a la empresa (...), que tiene por objeto las *«Obras para la restauración de las fachadas del Edificio de la Consejería de Hacienda en Las Palmas de Gran Canaria».*

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Consejero de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos, 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).

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*

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

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 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-.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (arts. 190 y 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, dicha competencia le corresponde al Excmo. Sr. Consejero de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos, de conformidad con el art. 8.1 del Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda (ROCH) aprobado por Decreto 86/2016, de 11 de julio en relación con el art. 29.k) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias y el art. 22.2.k) ROCH, al ser el presupuesto base de licitación superior a 301.000 euros, actuando por delegación la Secretaría General Técnica en virtud de lo dispuesto en el apartado II 1) del Anexo de la Orden de 7 de julio de 2020, sobre delegación de competencias de la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos.

4. En cuanto al régimen jurídico aplicable, resultan de aplicación la citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; 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 -en adelante, RGLCAP-); y supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo (arts. 13 y 25.2 LCSP en relación con la cláusula tercera del pliego).

5. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, el art. 212.8 LCSP prevé un plazo máximo de ocho meses para instruir y resolver los expedientes de resolución contractual.

II

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

1. Mediante Resolución de la Secretaría General Técnica de 29 de octubre de 2019 se adjudicó a la empresa (...), el contrato para la realización de las «*Obras para la restauración de las fachadas del Edificio de la Consejería de Hacienda en Las Palmas de Gran Canaria*», por un importe de doscientos sesenta y un mil setecientos treinta y un euros con veintitrés céntimos (261.731,23 €), excluido IGIC, al ser la oferta económica más baja. En dicha oferta, el adjudicatario incluyó, como mejora, una reducción de dos meses del plazo de ejecución y una ampliación del plazo de garantía de dos años más.

2. Con fecha 30 de octubre de 2019 se suscribió el contrato con el adjudicatario, comprometiéndose éste a su realización con estricta sujeción al pliego de cláusulas administrativas particulares, a su oferta, así como al proyecto de obra aprobado por la Administración.

3. La garantía definitiva a constituir por el adjudicatario ascendió a la cantidad de 13.086,56 €, correspondiente al 5 por 100 del precio final ofertado, IGIC excluido, habiéndose constituido la misma mediante retención en el precio por el importe de 13.085,75 euros, quedando un resto pendiente de constituir de 0,81 euros.

4. Con fecha 29 de noviembre de 2019 se suscribió el Acta de comprobación de replanteo, ordenándose el inicio de las obras contratadas a partir del 30 de noviembre de 2019.

5. Mediante Resolución núm. 738, de 17 de diciembre de 2019, se reajustaron los créditos que financiaban el referido contrato, dado el retraso en el inicio de las obras, aplicando a la anualidad 2020, las cantidades no necesarias del ejercicio 2019, que ascendían a 27.429,66 €, IGIC incluido.

6. Con fecha 15 de abril de 2020 (núm. R.E. 90837), el contratista presentó escrito solicitando la autorización del órgano de contratación para subcontratar hasta un máximo del 50% del importe de adjudicación de los trabajos de carpintería metálica y cerrajería, siendo denegada dicha autorización mediante escrito del Servicio de Coordinación General y Régimen Interior de 21 de abril de 2020, a la vista de que tal pretensión vulneraba los arts. 159.4 y 215 LCSP, por no haberse indicado previamente en la oferta.

7. Mediante escrito de 9 de mayo de 2020 (núm. R.S. 19525), corregido posteriormente por escrito de 12 de mayo de 2020 (núm. R.S. 20772), el Servicio de Coordinación General y Régimen Interior informó al contratista que habiendo quedado paralizadas las obras desde el 15 de abril de 2020, por aplicación de la Orden SND/340/2020, de 12 de abril, modificada por Orden SND/385/2020, de 2 de mayo, procedía la reanudación de las mismas a partir del lunes día 11 de mayo de 2020, tras pasar la Comunidad Autónoma de Canarias a la Fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, conforme a lo señalado en la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, advirtiéndole que hasta la fecha de la suspensión de las obras, habían transcurrido cinco meses y tres días de los siete meses del plazo de ejecución pactado, por lo que restaban dos meses y diecisiete días para dar cumplimiento al mismo.

8. Mediante escrito de fecha 13 de mayo (núm. R.E. 120755), el contratista solicitó la corrección del plazo de finalización de las obras, indicando que restaban 3 meses y 13 días para el vencimiento del plazo, proponiendo como fecha final de las obras el 26 de agosto de 2020, toda vez que, según señaló, las obras habían quedado suspendidas desde que por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID- 19, ante la imposibilidad de continuar los trabajos, por no poder garantizar la protección de la salud de los trabajadores y los usuarios del edificio. Manifestó haber comunicado tales circunstancias a la Dirección Técnica de las obras.

En escrito de la misma fecha, el contratista solicitó nuevamente autorización para subcontratar con terceros los trabajos de carpinterías metálicas y cerrajerías, dada la especialización requerida, señalando las empresas a las que pretendía subcontratar, alegando que no se indicó en la oferta la previsión de subcontratar por no tratarse de un criterio de adjudicación del contrato, toda vez que en el modelo de oferta no constaba su indicación ni en ningún punto de la plataforma de contratación del sector público donde se presenta la oferta, no pudiendo por tanto la subcontratación suponer un trato de desigualdad con otros licitadores.

Asimismo, señaló que la necesidad de subcontratación se advirtió antes de la fecha del acta de comprobación de replanteo y que se han introducido cambios no recogidos en el proyecto de obras, como son la modificación de las estructuras metálicas sobre las cajas de escaleras, los elementos estructurales no contemplados en la modificación de las carpinterías del vallado, etc., que constituyen

modificaciones contractuales y que han conllevado la necesidad del contratista de subcontratar parcialmente los trabajos.

9. En contestación a dichos escritos, el Servicio de Coordinación General y Régimen Interior, mediante escrito de 20 de mayo, informó al contratista, en resumen, lo siguiente:

1.- Aceptar como fecha de finalización de las obras el 26 de agosto de 2020, fecha propuesta por el contratista.

2.- En cuanto a la subcontratación solicitada y, de acuerdo con lo informado por el responsable supervisor de los trabajos, se le señaló que no estaba autorizado para subcontratar las obras reflejadas en el proyecto inicial. Respecto a la nueva partida surgida, consistente en la modificación de las estructuras metálicas que se encuentran en la parte alta de las cajas de escaleras (que viene motivado porque inicialmente estaba prevista la limpieza de la estructura y su pintado, pero debido a la corrosión interna del material se tomó la decisión de cortar la estructura y eliminar la que se encontraba encima de la escalera, siendo preciso cortar y soldar perfiles para asegurar el resto de la estructura) se le indicó que, a efectos de poder estudiar la posibilidad de subcontratación de esta unidad de obra nueva, debía cumplir los requisitos establecidos en la cláusula 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en relación a la legislación de la que trae causa, determinada por los arts. 159.4 y 215 LCSP.

10. Con fecha 3 de junio, el contratista presentó tres escritos solicitando aclaraciones sobre los procedimientos de ejecución de determinadas partidas y el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato por modificaciones en el contrato, mediante la aprobación de diversos precios contradictorios que, de forma resumida, se señalan a continuación:

1.- Dentro de la partida del proyecto de ejecución 04.07 m2 Protección hidrófuga para fachadas de piedra natural de medición total 1.134,41 m, solicita la aprobación del precio contradictorio con la denominación «FZC010 M2 Limpieza química de fachadas con lanza de agua y detergente» por importe de 20,92€/m² [conforme a la base de precios Generación de Precios. Rehabilitación. (...)], que dice haber ejecutado siguiendo directrices de la dirección facultativa en el mes de febrero, lo que repercute en un coste de ejecución de 1.134,41 m² x 20,92€/m² = 23.731,86 euros, por lo que procedía, según señalaba, su certificación y abono.

Como justificación para la aprobación de dicho precio contradictorio señaló que las especificaciones técnicas para la aplicación de los productos del fabricante HEMPEL exigían la realización de actuaciones no contempladas en el proyecto (preparación del soporte, limpieza, empastado de fisuras o grietas, etc.) necesarias para garantizar la adherencia del producto.

En el primer escrito y sobre esta cuestión, el contratista solicitó aclaración sobre los procedimientos de ejecución de diversas partidas del proyecto del capítulo de pinturas, ejecución o no de las actuaciones exigidas por el fabricante HEMPEL, tanto en lo que se refiere a la partida de protección hidrófuga para fachadas de piedra natural y otras partidas del capítulo de pinturas, así como que se determinara si se requería, por el órgano de contratación, la garantía ofrecida por el fabricante.

2.- Informó el contratista que había ejecutado, bajo directrices de la dirección de obra, la limpieza mediante cepillado manual con agua de las fachadas ya ejecutadas entre las calles (...), así como el empastado de fisuras y grietas previa a la realización de la pintura, no encontrándose, según señaló, dichas actuaciones en el proyecto de obras.

3.- La aprobación de los precios contradictorios con las denominaciones «M2 *Arranque de capa de impermeabilización en cubierta*», «M3 *Transporte de residuos inertes 17 03 01 con camión*» y «M3 *Canon vertido de residuos inertes 17 03 01 a gestor autorizado*», por ser actuaciones que se hacen necesarias dado el alto deterioro que presenta la albardilla de coronación del pretil de las fachadas, el cual ocasiona el desprendimiento de cascotes a la vía pública e imposibilidad de la retirada de las mallas de fachada para proseguir los trabajos de pintura de fachadas y ventanas.

4.- La aprobación de los precios contradictorios con las denominaciones «MI. *Desmontado estructura metálica de casetones*» y «MI. *Reparación de estructura metálica de casetones*», necesarias por el alto deterioro que presentan dichas estructuras que impiden la realización de las actuaciones previstas en el proyecto de ejecución.

5.- Señaló el contratista que para realizar los trabajos de pintura de fachada y ventanas se hace necesaria la retirada de las mallas de fachada y el sellado de los cáncamos de la misma dispuestos en las fachadas, actuaciones que, según señala, no estaban incluidas en el proyecto.

6.- Asimismo indicó que *«el capítulo Pinturas solo incluye el alquiler de maquinaria elevadora en la partida 04.09 Limpieza y pintado de reloj de fachada, sin que el resto de partidas de trabajos en altura incluya medio de elevación alguno, plataforma elevadora, andamios, grúa, etc., no apreciándose mención alguna en la descripción, precios descompuestos o cualquier otro documento del proyecto, contrato o pliego.*

Del mismo modo, no se aprecian en el capítulo Seguridad y Salud, los medios necesarios de protección individual y colectiva, como son arneses, líneas de vidas, redes de protección, etc., por lo que insta a formalizarlos urgentemente antes de la realización de las actuaciones».

7.- Por último, alegó el contratista que la ejecución de partidas requeridas y no incluidas en proyecto exige el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, conforme a la jurisprudencia citada en el cuerpo del primer y segundo escrito presentado, por lo que solicitó la formalización urgente de los precios contradictorios generados, puesto que dada la demora que presenta su tramitación, inciden negativamente en el desarrollo de los trabajos, imposibilitando la ejecución de diversas partidas necesarias.

11. Con fecha 5 de junio, el Servicio de Coordinación General y Régimen Interior solicitó al contratista el planning de trabajos ajustado al nuevo calendario, siendo presentado el mismo el 9 de junio, fijando como fecha de finalización de las obras el mes de agosto de 2020; si bien en el cuerpo del escrito señaló que la misma se sujetaba a la resolución de los puntos señalados en sus escritos de 3 de junio de 2020 y en el apartado 5 de la memoria que adjuntaba, que además de lo arriba señalado incluía la aprobación de numerosos precios contradictorios, señalando que la demora ocasionada en la resolución de las cuestiones planteadas, por causas no imputables a la contrata, afectarán al plazo de ejecución de diversas partidas de obra.

12. En contestación a las reclamaciones del contratista sobre la aprobación de precios contradictorios y el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, se emitieron por la dirección facultativa de las obras tres informes, que sirvieron de base al escrito del Servicio de Coordinación General y Régimen Interior de fecha 16 de junio, en los que, siguiendo el mismo orden secuencial del antecedente décimo para su mejor comprensión, se informó al contratista de lo siguiente:

12.1. La no procedencia de la aprobación del precio contradictorio *«FZC010 M2 Limpieza química de fachadas con lanza de agua y detergente»* por importe de

20,92€/m², dado que, en ningún momento, fue aprobado, condición fundamental para proceder a su ejecución, aclarando lo siguiente:

- que el proyecto debe ejecutarse según las prescripciones técnicas previstas en el mismo.
- que el pliego no exige la garantía del fabricante de la pintura y que sólo serán exigibles las previstas en el pliego y/o ofertadas por el adjudicatario
- que no se acepta la ejecución de partidas complementarias no previstas en el proyecto

12.2. En relación con las aclaraciones solicitadas sobre los procedimientos de ejecución de las partidas por incongruencias con las especificaciones técnicas del fabricante HEMPEL, se le indicó lo siguiente:

12.2.1. Que respecto del apartado «4.42 UNIDAD DE OBRA D28BE0010: PINTURA ACRÍLICA SOBRE PARAMENTO EXTERIOR», el pliego de condiciones del proyecto, especifica lo siguiente:

«Condiciones previas que han de cumplirse antes de la ejecución de las unidades de obra: Del soporte.

Se comprobará que la superficie a revestir no presenta restos de anteriores aplicaciones de pintura, manchas de óxido, de moho o de humedad, polvo ni eflorescencias. Se comprobará que están recibidos y montados todos los elementos que deben ir sujetos al paramento.

(...)

Proceso de ejecución: Fases de ejecución.

Preparación, limpieza y lijado previo del soporte. Preparación de la mezcla. Aplicación de una mano de fondo. Aplicación de dos manos de acabado».

Aclarándosele al tiempo, que «la "preparación, limpieza y lijado previo del soporte" quedan por tanto incluidas en el precio. Si se entendía lo contrario se tenía que haber especificado en la oferta».

12.2.2. En cuanto al apartado «4.30 UNIDAD DE OBRA D12BH0010: PROTECCIÓN HIDRÓFUGA TRANSPARENTE PARA FACHADAS DE PIEDRA NATURAL», el pliego de condiciones recoge las medidas a adoptar:

«Condiciones previas que han de cumplirse antes de la ejecución de las unidades de obra del soporte.

Se comprobará que la superficie soporte está libre de polvo, suciedad, aceites, eflorescencias o pinturas, seco y sin manchas de humedad. Se comprobará que las fisuras mayores de 200 micras están reparadas previamente a la aplicación del producto.

(...)

Proceso de ejecución Fases de ejecución.

Limpieza general del paramento soporte. Aplicación del hidrofugante».

Dado que ambas partidas forman parte del proyecto, no procedía la aprobación del precio contradictorio.

12.2.3. Respecto de la aseveración que realizó el contratista de que, por indicaciones de la dirección de obra, se había llevado a cabo la limpieza, mediante cepillado manual con agua, de las fachadas ya ejecutadas entre las calles (...), así como el empastado de fisuras y grietas, con carácter previo a la realización de la pintura, no encontrándose ambas actuaciones contempladas en el proyecto de ejecución, la Dirección de obra le señaló que tal afirmación no era cierta, en consideración a que dichas actuaciones si estaban contempladas en el proyecto.

12.2.4. Se admitió por la Administración la introducción en el proyecto de los precios contradictorios «*m² Arranque de capa de impermeabilización en cubierta*» y «*m³ Transporte de residuos inertes 17 03 01 con camión*» pero proponiendo otro precio. Se aceptó el precio contradictorio «*m³ Canon vertido de residuos inertes 17 03 01 a gestor autorizado*» según lo solicitado.

12.2.5. Se aceptó el precio contradictorio «*MI. Desmontado estructura metálica de casetones*» según lo solicitado y se admite la introducción de un precio contradictorio en el proyecto con la denominación «*MI. Reparación de estructura metálica de casetones*», pero proponiendo otro precio.

12.2.6. Respecto de la alegación realizada por el contratista sobre que las actuaciones de retirada de las mallas de fachada y el sellado de los cáncamos de la misma dispuestos en las fachadas, no se encontraban en el proyecto, la dirección de obra manifestó, como ya se ha señalado más arriba, que: «*el –apartado 4.42 UNIDAD DE OBRA D28BE0010: PINTURA ACRÍLICA SOBRE PARAMENTO EXTERIOR, del Pliego de Condiciones del Proyecto Técnico–; en el apartado correspondiente al soporte, se dice literalmente:*

“Fases de ejecución.

Preparación, limpieza y lijado previo del soporte. Preparación de la mezcla. Aplicación de una mano de fondo. Aplicación de dos manos de acabado”».

Es decir, la retirada de las mallas existentes entraba en la consideración de «preparación» de la fachada y están incluidas en proyecto, además de encontrarse colocadas antes de la licitación del contrato.

12.2.7. Respecto de la alegación de que el capítulo de Pinturas solo incluía el alquiler de maquinaria elevadora en la partida 04.09 Limpieza y pintado de reloj de fachada, sin que el resto de partidas de trabajos en altura incluyera medio de elevación alguno, plataforma elevadora, andamios, grúa, etc., no apreciándose mención alguna en la descripción, precios descompuestos o cualquier otro documento del proyecto, contrato o pliego; la dirección de obra señaló « (...) *los precios que figuran en el Proyecto Técnico son específicos para la obra contratada. El precio total correspondiente a cada partida, contempla su ejecución con los medios auxiliares que estime la contrata*», resultando que el contratista ha aceptado íntegramente el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares y ha de sujetarse al proyecto de obras aprobado por el contratista.

Sobre la alegación de la contrata de que no se apreciaban en el capítulo de Seguridad y Salud, los medios necesarios de protección individual y colectiva, como son arneses, líneas de vidas, redes de protección, etc., por lo que instaba a formalizarlos urgentemente antes de la realización de las actuaciones, se informó al contratista sobre el contenido de las cláusulas 27.2 párrafo segundo, 26.7.1 y 26.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, recordándole que debe dar cumplimiento a la normativa vigente en materia de seguridad e higiene en el trabajo, estando todo ello incluido entre los gastos del contrato que ha de asumir el contratista, siendo la ejecución del contrato a su riesgo y ventura.

12.2.8. Sobre la reclamación de restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato, se le informó que el órgano de contratación no ha autorizado ni consentido la ejecución de partidas nuevas no incluidas en el proyecto técnico, no habiéndose aprobado modificado alguno, por lo que no entiende que se haya producido ningún desequilibrio económico-financiero; y añade que de conformidad con la cláusula 26.1, para que las instrucciones de la dirección de obra sean vinculantes deben ser ratificadas por escrito.

13. Mediante escrito de 22 de junio de 2020 el contratista puso de manifiesto las discrepancias existentes con los informes emitidos por la dirección facultativa de la obra, formulando su oposición al desistimiento de los precios y actuaciones reclamadas y solicitando dictamen del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, así como la suspensión de la ejecución de los capítulos y partidas afectadas y el

restablecimiento urgente del desequilibrio económico que, según afirmaba, se estaba provocando a la contrata.

14. Mediante escrito de 3 de julio de 2020 el órgano de contratación convocó a la empresa adjudicataria a una reunión el día 7 de julio, con el siguiente orden del día:

- 1.- Estado de ejecución de las obras.
- 2.- Plazo de finalización de las obras.

15. Con fecha 5 de julio de 2020 se emitió informe por la dirección facultativa sobre el estado de ejecución de la obra y la viabilidad de que se cumpliera el contrato en plazo, en el que se informó que el número de horas realizadas por la contrata hasta el 30 de junio de 2020 era de 641,03, sobre un total de horas a ejecutar en proyecto de 4.295,24 horas, quedando así en dicha fecha un resto sin ejecutar de 3.654,21 horas, lo que representaba que el 85,05% del proyecto de ejecución se encontraba sin ejecutar, observándose un claro déficit de horas trabajadas respecto de la planificación aportada por la empresa.

16. Con fecha 7 de julio de 2020, a las 10:00 horas, se reunieron dos representantes de la empresa contratista, con tres representantes del órgano de contratación y la Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud de las obras. En dicha reunión quedaron patentes las discrepancias existentes entre las partes.

Por un lado, el contratista puso de manifiesto que, bajo su punto de vista, el proyecto tenía deficiencias y, por tanto, no se podía ejecutar sin una modificación del mismo e indirectamente de los importes presupuestados.

Por parte de la Administración, se expresó la absoluta disconformidad con la ejecución del contrato y los argumentos del contratista, insistiendo en la falta de personal destacado para la obra, el incumplimiento de los plazos de ejecución y en general, la falta de capacidad que demostraba la empresa para ejecutar una obra de esta magnitud, dado que durante la vida del contrato sólo se habían presentado 1 trabajador de manera asidua y 2 trabajadores de forma muy esporádica, como había quedado reflejado en los partes de vigilancia, siendo del todo imposible la finalización de la obra en plazo y a satisfacción del órgano de contratación, con ese ínfimo número de trabajadores.

Como único acuerdo de la reunión, se acordó la solicitud por el órgano de contratación al contratista del listado específico y detallado de las partidas ejecutadas, reflejadas o no en el proyecto de la obra, y las partidas no abonadas a fecha 7 de julio, con el fin de poder valorar la situación real de la obra.

17. De conformidad con lo acordado en la citada reunión, mediante escrito de 9 de julio de 2020 el Servicio de Coordinación General y Régimen Interior solicitó al contratista listado específico y detallado de las partidas ejecutadas reflejadas o no en el proyecto de la obra y las partidas no abonadas a fecha 7 de julio, con el fin de poder valorar la situación real de la obra y las posibilidades que brinda la Ley de Contratos del Sector Público, para que el órgano de contratación adoptara las medidas que estimara oportunas.

18. Mediante escrito de 12 de julio de 2020 el contratista manifestó su total disconformidad con la resolución del contrato por demora por causa imputable al contratista, a cuyo efecto invocó los escritos presentados con fechas 15 de abril, 13 de mayo, 3 y 22 de junio de 2020, donde se señalaban las incidencias reflejadas en diversos capítulos que, según su criterio, imposibilitaban el avance de los trabajos, y solicitó la resolución urgente de las mismas, la suspensión de la ejecución de la obra en lo que se refiere a los capítulos y partidas afectadas y el restablecimiento del desequilibrio económico financiero provocado a la contrata.

19. Mediante escrito de 14 de julio de 2020, el Servicio de Coordinación General y Régimen Interior de la Secretaría General Técnica convocó a la empresa adjudicataria a una reunión el día 17 de julio a las 10:00 horas. En dicha reunión, se propuso al contratista remitirle por escrito relación de partidas ejecutadas que figuraban en el proyecto de obra, partidas ejecutadas por el contratista que entendía el órgano de contratación no estaban contempladas en el proyecto, partidas que se podían ejecutar en plazo y partidas que era imposible ejecutar, dado que el plazo de ejecución estaba próximo a su vencimiento y con el fin de posibilitar una ejecución parcial de la obra.

20. Mediante escrito de 20 de julio de 2020, del Servicio de Coordinación General y Régimen Interior, se notificó al contratista el informe de la dirección de obras sobre partidas a eliminar o modificar para poder finalizar la ejecución de la misma en plazo, con el siguiente resumen:

- CUADRO RESUMEN.

TOTAL UNIDADES QUE NO SE VAN A EJECUTAR -129.754,23 euros

TOTAL PRECIOS CONTRADICTORIOS 14.856,08 euros

TOTAL MODIFICACIÓN DE MEDICIÓN DEL PROYECTO -3960,84 euros

TOTAL 118.858,99 euros.

21. Con fecha 31 de julio de 2020, y ante la falta de respuesta, se reiteró nuevamente al contratista el mismo escrito referenciado en el antecedente anterior, instándole para que en un plazo de 48 horas alegase lo que correspondiera.

22. Mediante escrito de 5 de agosto de 2020, el contratista solicitó ampliación del plazo para contestar hasta el 7 de agosto, presentando en dicha fecha un escrito, en el que además de reiterar lo ya expuesto en su escrito de 12 de julio, sobre la no imputabilidad de la demora de la obra a la contrata, da respuesta al informe de la dirección de obras sobre partidas a ejecutar, modificación de las mediciones en proyecto y precios contradictorios a incorporar al proyecto, señalando, en resumen, lo siguiente:

- Que aceptaba la no ejecución de algunas de las partidas indicadas en el informe de la dirección de obras, no así respecto de otras en las que no se habían despejado las dudas sobre los procesos de ejecución (en especial las actuaciones de preparación previa de los soportes, ausencia de disposición de medios de elevación y sus medios de protección colectivos e individuales), que impedían la adecuada valoración de la viabilidad de su ejecución, y porque -continuaba afirmando- tampoco se habían pronunciado sobre el acopio de materiales ya realizado, o porque consideraba que algunas partidas estaban vinculadas a otras (en concreto muestra disconformidad con la eliminación de las unidades de obra 0403 Tratamiento superficial de perfiles metálicos -3.023,35 €, 0404 Poliuretano acrílico de dos componentes -180,36 €, 0405 Pintado de ventanas de aluminio 5.730,66 €, y la 0601 Instalaciones), así respecto de la eliminación de las partidas 0701-0714 Carpinterías - 115.603,82 €, exigía un estudio más detallado, ya que incluía algunas partidas parcialmente ejecutadas o en las que se habían encargado materiales.

- Respecto de los precios contradictorios propuestos, señaló que aceptaba los precios contradictorios D01D0120 Arranque de capa de impermeabilización en cubierta 290,17 €, D39CA0065 Transporte de residuos inertes 17 03 01 con camión 471,72 € y D39CB0065 Canon vertido de residuos inertes 17 03 01 2.884,42 €; que el precio contradictorio D01L0010 Desmontaje estructura metálica de casetones 3.655,84 € estaba condicionado a la ejecución de la partida D06J0010 Reparación

estructura metálica de casetones 109,92 €, no estando la contrata de acuerdo con el precio propuesto para este último, por ser el coste de ejecución muy superior al señalado, y respecto del precio contradictorio D07NB0010 Albardilla prefabricada, de hormigón de 500x600x70 7.444,01 €, señaló que esta actuación ya se incluía en el contrato, con la denominación 01.04 m² Sustitución de aplacado en cornisa a 121,25€/m² sin que procediera la disminución del precio. La actuación en la totalidad del perímetro con la medición propuesta en el informe de 184,03m alcanza los 110,66m², lo que conllevaba un importe de ejecución de 13.417,99€.

- Respecto de la modificación de las mediciones, mostró su disconformidad por estar algunas partidas totalmente ejecutadas o por no haberse resuelto las dudas sobre los procesos de ejecución o medios de protección a disponer que impedían, según afirmaba, valorar su posible ejecución por la contrata.

- Asimismo señalaba que la dirección de obra no se pronunciaba sobre las siguientes partidas no incluidas en el proyecto, algunas de las cuales, según su criterio, ya estaban ejecutadas y/o eran necesarias:

- 11.01 M2 Limpieza química de fachadas con lanza de agua y detergente. 24.582,66

- 11.04 M2 Limpieza manual de fachadas con agua y cepillo. 1.784,23

- 14.01 M2 Tratamiento previo en paramento exterior 950,84

- 15.01 M2 Desmontaje de red de protección tipo pantalla para fachadas 410,17

- 16.01 Ud Alquiler de plataforma elevadora 25m. 2.242,80

- 16.02 Ud Transporte de plataforma elevadora 25m. 365,30

- 16.03 Ud Alquiler de plataforma elevadora 18m. 2.201,81

- 16.04 Ud Transporte de plataforma elevadora 18m. 365,30

- 17.01 M2 Increm. Rep. aplacado mediante anclaje a soporte vertical. 2.051,13

- Solicitó asimismo, al margen de lo ya instado en su escrito de 12 de julio, la elaboración de una propuesta clara y concisa que resolviera todas las cuestiones planteadas por la contrata para su adecuada valoración.

23. Mediante escrito de 25 de agosto, un día antes de la finalización del plazo de ejecución del contrato, el contratista, tras reiterar las alegaciones que ya había puesto de manifiesto en escritos anteriores y que quedan reflejadas en los anteriores antecedentes, afirmaba que no había recibido contestación alguna a su escrito de 7

de agosto e informaba de la circunstancia de haberse visto obligado a activar el protocolo de aislamiento de varios trabajadores por un posible caso de Covid en su empresa, solicitando, además de lo ya solicitado en escritos anteriores, la ampliación del plazo de ejecución.

24. Con fecha 17 de septiembre de 2020, en contestación a dicho escrito, el Servicio de Coordinación General y Régimen Interior informó al contratista, en síntesis, lo siguiente:

- Que transcurrido el plazo de ejecución de las obras, el proyecto se había ejecutado en tan sólo un 30,83 % del importe del contrato (porcentaje que incluye también las entregas a cuenta por acopio de materiales, por lo que el porcentaje de ejecución resultaba claramente inferior); siendo el proyecto de obras un documento contractual de obligado cumplimiento y aceptado por el contratista

- Que en escrito de 20 de julio de 2020 se relacionaron, de forma clara y concisa, las partidas a eliminar o modificar para finalizar el contrato el día 26 de agosto, deviniendo imposible la finalización de la totalidad de la obra en el plazo acordado; y no dando lugar a interpretaciones por el contratista.

Que dada la disconformidad claramente manifiesta por el contratista sobre la modificación del contrato propuesta, no se acordó iniciar expediente de modificación del contrato.

- Que sobre los aspectos relacionados con la activación del Protocolo Covid en la empresa, se trataba de un problema organizativo de la empresa y que, en ningún modo, justificaba que desde el 17 de agosto, no se hubiera seguido con la ejecución de la obra.

- Que todas las cuestiones suscitadas por el contratista durante la ejecución del contrato han sido ampliamente aclaradas y resueltas por la dirección de obra, ajustándose al pliego y al proyecto de obras, siendo por ello conformes a derecho.

- Respecto a la solicitud de ampliación del plazo de ejecución del contrato, se informó que no puede prorrogarse un plazo ya vencido.

- Respecto de la reclamación de restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, se señaló que, en cumplimiento de la cláusula 28 del pliego, se habían tramitado las certificaciones de obra de la 1 a la 4, abonándose las facturas presentadas por el contratista, adjuntando al escrito la última certificación expedida por la dirección de obra el 26 de agosto, con el núm. 5, correspondientes a la

liquidación final de los trabajos realizados hasta la fecha y resultando un saldo a favor de la Administración de 16.943,84 euros; no habiendo perjuicio económico alguno al contratista.

25. Mediante Orden de 23 de octubre de 2020 se resolvió formalmente la reclamación de restablecimiento del equilibrio económico financiero en lo que se refiere a la solicitud de inclusión de determinados precios contradictorios en el proyecto, desestimando su pretensión de aprobación de los siguientes precios contradictorios:

- D06J0010 Reparación estructura metálica de casetones por el precio propuesto por el contratista

- 11.01 M2 Limpieza química de fachadas con lanza de agua y detergente 24.582,66 €

- 11.04 M2 Limpieza manual de fachadas con agua y cepillo 1.784,23 €

- 14.01 M2 Tratamiento previo en paramento exterior 950,84 €

- 15.01 M2 Desmontaje de red de protección tipo pantalla para fachadas 410,17 €

- 16.01 Ud Alquiler de plataforma elevadora 25m. 2.242,80 €

- 16.02 Ud Transporte de plataforma elevadora 25m. 365,30 €

- 16.03 Ud Alquiler de plataforma elevadora 18m. 2.201,81 €

- 16.04 Ud Transporte de plataforma elevadora 18m. 365,30 €

- 17.01 M2 Increm. Rep. aplacado mediante anclaje a soporte vertical. 2.051,13 €.

- Incremento del capítulo de seguridad y salud

III

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

1.- Mediante Orden de 22 de octubre de 2020 se inició expediente de resolución del contrato por incumplimiento grave del plazo de ejecución del contrato por causas imputables al contratista, con incautación de la garantía definitiva constituida, y sin perjuicio de la indemnización que la Administración pudiera reclamar por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado.

2.- Otorgado trámite de audiencia al contratista sobre el procedimiento de resolución de contrato, presentó sus alegaciones en tiempo y forma, en las que se opuso a la resolución del contrato por causas imputables al contratista, alegando que la demora *«se produjo intencionadamente por parte de la Dirección Facultativa, (...), contando con la connivencia del órgano contratante, mediante el bloqueo de la ejecución de las obras por la omisión de órdenes escritas o de respuesta a las solicitudes de aclaración de la contrata, entre otras medidas dilatorias, hasta el agotamiento del plazo de ejecución, no permitiendo a la contrata ejecutar ninguna partida significativa al objeto de mostrar malintencionadamente una falta de diligencia de la contrata».*

3.- Se formula Informe-propuesta de Resolución por el que se propone resolver el contrato de obras para la restauración de las fachadas del Edificio de la Consejería de Hacienda en Las Palmas de Gran Canaria por causas imputables al contratista, (...), con incautación de la garantía definitiva constituida, y sin perjuicio de la indemnización que la Administración pueda reclamar por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado, ordenando, asimismo, los actos conducentes a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto aprobado para determinar el saldo final a favor o en contra del contratista.

4.- Solicitado Dictamen a este Organismo, se emite con fecha 14 de junio de 2021 el Dictamen 328/2021 en el que se concluía que *se debía solicitar el informe preceptivo del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, haciendo posteriormente una nueva solicitud de Dictamen a este Consejo junto con la copia del trámite omitido una vez cumplimentado.*

5.- Mediante Orden Departamental 342/2021, de 17 de junio se resuelve ampliar el plazo máximo para resolver el expediente de resolución contractual por la mitad del plazo inicial, esto es, hasta el 22 de octubre de 2021, de acuerdo con los art. 32 LPACAP y 212.8 LCSP.

6.- El informe del Servicio Jurídico se emite con fecha 24 de junio de 2021 y entiende que a este supuesto le es aplicable la tramitación establecida en el art. 195.1 en relación con el art. 193 LCSP.

7.- Con fecha 25 de junio de 2021 se emite nueva Propuesta de Resolución.

IV

1. La Propuesta de Resolución ordena resolver el contrato de obras para la restauración de las fachadas del Edificio de la Consejería de Hacienda en Las Palmas

de Gran Canaria por incumplimiento grave del plazo de ejecución del contrato por causas imputables al contratista, (...), con incautación de la garantía definitiva constituida, y sin perjuicio de la indemnización que la Administración pueda reclamar por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado, ordenando, asimismo, que se realicen los actos conducentes a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto aprobado para determinar el saldo final a favor o en contra del contratista y posible determinación de los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento culpable del contratista en expediente contradictorio independiente.

2. Entrando en el análisis del fondo del asunto merece destacar que el contrato de obras es un contrato de resultado, en el que resulta fundamental el cumplimiento del plazo de ejecución, máxime en este caso, en el que el contratista ofreció como mejora la reducción del plazo de ejecución en dos meses, lo que fue determinante de la adjudicación del contrato.

Otra de las mejoras ofrecidas por el contratista es la ampliación del plazo de garantía. Esta circunstancia resulta relevante igualmente en el desenvolvimiento del contrato, ya que el proyecto técnico no contempla exigencias que sí exige el fabricante de las pinturas para otorgar garantía por los trabajos ejecutados. El contratista pretende que la Administración modifique el contrato con repercusión económica para adaptarse a las exigencias del fabricante para que éste otorgue su garantía. Por el contrario, la Administración considera que debe cumplirse con las especificaciones del proyecto técnico sin que acepte incrementar el presupuesto del contrato. Estas discrepancias conducen a la postre a la resolución del contrato, porque el contratista ralentiza al máximo la ejecución de los trabajos como un medio de presión para conseguir sus objetivos, y la Administración se mantiene en su postura de exigir el cumplimiento del contrato en sus propios términos. Por otro lado, no existe prueba alguna de que, tal y como alega el contratista, la Administración haya autorizado la ejecución de la unidad de obra «*limpieza química*» de la fachada.

Pues bien, dado que el contratista se comprometió a realizar lo que introdujo como una mejora en cuanto al plazo de garantía del contrato, tenía que haberse cerciorado de las condiciones exigidas por el fabricante de la pintura para disponer de su garantía antes de hacer la oferta a la Administración durante el procedimiento de licitación. Los errores del contratista al formular su oferta entran dentro del concepto de riesgo y ventura previsto en el art. 197 LCSP.

Por otra parte, resulta acreditado que el 29 de noviembre de 2019 se suscribe el acta de comprobación del replanteo, iniciándose las obras al día siguiente, por lo que el plazo inicial vencía el 30 de junio de 2020. No obstante, el estado de alarma afectó al normal desenvolvimiento del contrato y la Administración aceptó una prórroga a petición del contratista hasta el 26 de agosto de 2020, pero Llegado el plazo de ejecución de la obra, el porcentaje de ejecución rondaba el 30% de lo comprometido.

Contribuyen a este retraso circunstancias imputables al contratista tales como el retraso en la solicitud del permiso de ocupación de la vía pública al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria que no se concede hasta el 7 de febrero de 2020; escasez de personal en la obra. Además, el contratista no pidió la suspensión de los trabajos al amparo del art. 34.3 del RD Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID 19, suspendiendo los trabajos unilateralmente durante todo el estado de alarma, cuestión, por otra parte, sobre la que este Organismo se pronunció en el DCC 510/2020 en relación con quien debe pedir y acordar la reanudación de los trabajos durante el estado de alarma como consecuencia del COVID 19. No obstante, esta cuestión no es relevante para la resolución del contrato porque la Administración obvió la inexistencia de petición por parte del contratista, y aceptó una prórroga del plazo de ejecución hasta el 26 de agosto de 2020.

Además, el contratista no sólo solicitó subcontratar una parte de la obra, a lo que no accedió la Administración por no haberlo anunciado en la oferta conforme exige el art. 159.4 y 215 LCSP y la cláusula 30 PCAP, sino que además, pidió precios contradictorios para partidas necesarias para la correcta ejecución y acabado de cualquier obra como la proyectada, de acuerdo con las básicas y elementales buenas prácticas constructivas, en contra de lo señalado en el art. 153 del RD 1098/2001 y 27.2 PCAP y 3.2 del PPT. Además, se produjo un retraso en la petición de materiales necesarios para la obra, y solicitó de manera no suficientemente justificada la ampliación del plazo de ejecución por la activación del protocolo de aislamiento de los trabajadores por el COVID 19 y ello en el último momento de la vida del contrato, cuando ya era evidente el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato al quedar por ejecutar más de un 70% de la obra.

Sobre una de las actuaciones realizadas por el contratista, en concreto en relación con la solicitud de precios contradictorios, la Administración se pronunció

expresamente el 17 de junio de 2020, y ante un nuevo escrito presentado por el contratista el 22 de junio de 2020, se dicta la Orden de 23 de octubre de 2020 por la que se motiva ampliamente la decisión adoptada por la Administración de desestimar en parte la petición de restablecimiento del equilibrio económico del contrato solicitada por el contratista. Respecto a las partidas nuevas surgidas durante la ejecución de la obra, la Administración aprueba algunos precios contradictorios y ofrece otros precios de algunas partidas, y por otro lado, deniega los precios contradictorios que considera que están previstos en el proyecto técnico cuya alteración podría afectar al principio de igualdad de todos los licitadores.

En relación con la discrepancia en los precios contradictorios de las unidades de obra no previstas en el proyecto, resulta aplicable el art. 242.2 LCSP que permite a la Administración en caso de desacuerdo contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiera fijado, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato.

Ante las desavenencias constantes entre las partes a lo largo de la vida del contrato, la Administración opta por la resolución del contrato, y no concede nueva prórroga, ante el convencimiento de que será infructuosa, estando a fecha 26 de agosto de 2020 sin ejecutar un 70% del contrato.

Según tiene señalado el Consejo Consultivo de Canarias, entre otros en su Dictamen 290/2014, de 3 de septiembre de 2014, *«los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la Administración (art. 212.3 TRLCSP), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculta a la Administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP). Por ello, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el “cumplimiento del plazo”»*.

En relación con la opción de la Administración ante el incumplimiento del plazo, entre la resolución del contrato o la imposición de penalidades, señala la STS de 14 de diciembre de 2001:

“Este precepto atribuye a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución bien por la imposición de esas penalidades, pero como dice la sentencia de 14 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9614), «la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias», habiendo declarado la sentencia de 1 de octubre de 1999 (RJ 2000, 1393)

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». Más aún, dice la sentencia de 26 de marzo de 1987 (RJ 1987, 3944) 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 la imposición de penalidades hasta el límite del 20% del presupuesto total del contrato (pues si dicho límite se sobrepasa procede en todo caso la resolución, art. 137 del Reglamento general de Contratación), no pudiendo caracterizarse este juicio de ponderación como el fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1999 reseña 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” (STS 14/11/00), Y ello aplicado al vencimiento del plazo para ejecutar un contrato supone “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 solo 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” (STS 26/03/87).

Resulta asimismo aplicable la doctrina de este Organismo que se exponía en el DCC 6/2015, de 13 de enero, a tenor de la cual: <<En torno a tal cuestión y en relación con lo dispuesto en los arts. 196.7 y 206.g. LCSP, este Consejo Consultivo ha mantenido, en el reciente Dictamen 300/2014, de 3 de septiembre, la siguiente doctrina:

«Este precepto atribuye a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución bien por la imposición de esas penalidades, pero como dice la Sentencia de 14 de noviembre de 2000, “la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias”, habiendo declarado la sentencia de 1 de octubre de 1999 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».

Asimismo, el Tribunal Supremo ha venido señalando, no sólo en la Sentencia anteriormente referida sino también, entre otras, en la de 23 noviembre 1988, que « (...) se desprende el carácter restrictivo que preside la facultad resolutoria del administrado frente a la Administración, dada la finalidad de servicio a la comunidad que tiene la prestación en que el contrato consiste, es decir que, como señalan las Sentencias de esta Sala de 16 de octubre de 1984 y 9 de octubre de 1987, no todo incumplimiento puede generar la resolución contractual, sino que ello debe contemplarse en cada caso, atendidas las circunstancias de toda índole que concurran para dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista, y en qué casos se trata de meros retrasos, de desfases o desajustes en modo alguno reveladores de tal voluntad de no cumplir lo pactado»>>.

En el presente caso, se observa que tras la concesión de una primera prórroga, vencido de nuevo el plazo, queda por ejecutar el 70% del contrato, porcentaje muy amplio, que permite hablar de un incumplimiento sustancial, y no de un mero retraso de poca importancia. Por otra parte, subsiste entre las partes una importante discrepancia, no disipada tras la resolución de las solicitudes del contratista por respuesta expresa de la Administración, en relación con diversos precios contradictorios. Alguna de las alegaciones del contratista al respecto se resolvieron favorablemente a favor del mismo por tratarse de necesidades nuevas no previstas en el proyecto técnico, pero otras subsisten, bien porque la Administración no está de acuerdo con los precios pretendidos por el contratista, bien porque entiende que son partidas previstas en el proyecto técnico que no justifican nuevos precios. Estas discrepancias subsistentes permiten presumir que la obra no iba a coger buen ritmo de ejecución, porque fueron, precisamente, las mismas, uno de los motivos causantes del incumplimiento del plazo de ejecución del contrato.

Un supuesto muy similar al presente y que nos sirve de referencia es el dictaminado a favor de la resolución del contrato por el Pleno del Consejo de Navarra (exp 40/2000, de 30 de octubre, sobre resolución por incumplimiento del contrato de obras del Parlamento de Navarra para la rehabilitación y adaptación de la antigua Audiencia de Pamplona como su nueva sede).

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

En este sentido, 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»*.

Asimismo, el apartado quinto de dicho precepto señala que, *«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»*.

El apartado sexto, asimismo señala:

«6. Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo 211, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de este por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles.

Cuando el contratista no pueda garantizar las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero».

A la vista de lo anterior, también resulta, por tanto, conforme a Derecho la Propuesta de Resolución en relación con la procedencia de la incautación de la garantía y la incoación de los procedimientos que correspondan tendentes a

determinar la responsabilidad que en concepto de daños y perjuicios se pudieran derivar a favor de la Administración, de acuerdo con el art. 213 LCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista.

No obstante, ha venido a entenderse que el alcance de la incautación de la fianza debe ser proporcionado a la gravedad del incumplimiento y a la exclusividad o concurrencia de culpas en el mismo, como ha señalado el Consejo de Estado en sus Dictámenes 113/2001, 201/2001 o 269/2005, entre otros.

En el caso que nos ocupa, la falta de diligencia en el cumplimiento del contrato, en el que la reducción del plazo se ofreció como mejora por el contratista resultando determinante para la adjudicación del contrato, siendo el plazo de cumplimiento esencial para el interés público, pero además, concurre también y en parte, la discrepancia en los precios de nuevas unidades no previstas en el proyecto técnico, lo que se deberá tener en cuenta a efectos de aplicar el principio de proporcionalidad y mesura a la hora de determinar las consecuencias económicas de la resolución del contrato.

En definitiva, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, este Consejo Consultivo ha mantenido, entre otros, en el Dictamen 196/2015, de 21 de mayo, lo siguiente:

<<Este Consejo Consultivo, sin embargo, 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.

Hemos señalado así en nuestro Dictamen 6/2015, entre otros, lo siguiente:

«Además, puesto que la garantía definitiva está afecta al cumplimiento por el contratista de sus obligaciones, procederá su incautación como consecuencia de un procedimiento de resolución culpable del contratista [arts. 88.b) y 92.1 LCSP], sin perjuicio de los daños y perjuicios que deba indemnizar a la Administración. Estos daños y perjuicios, si los hay, deberán hacerse efectivos en primer término sobre la garantía (art. 208.4 LCSP), sin perjuicio de que su insuficiencia motive la exigencia del diferencial. En relación con ello, este Organismo ha señalado en el Dictamen 289/2014, de 3 de septiembre, tal y como lo hace el Consejo de Estado en su Dictamen 1103/2013, que “ (...) en lo que se refiere a los efectos de la resolución del contrato resulta aplicable lo previsto en el artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP). Conforme a este último, “en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y

perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración”».

Por lo demás, de la lectura del art. 225.3 TRLCAP no se deduce sin más la improcedencia de la incautación de la garantía. El precepto se refiere a la obligación del contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios causados, a lo que se encuentra afecta la garantía, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

El señalado artículo parte, pues, de la incautación de la garantía por el incumplimiento culpable del contratista, lo que explica que a su vez su apartado 4 disponga que el acuerdo por el que se adopte la resolución del contrato deba contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida»».

Más recientemente, en el DCC 510/2020, de 3 de diciembre señalábamos lo siguiente:

<<Sobre la naturaleza de la garantía definitiva y la función que cumple ésta se ha pronunciado en numerosas ocasiones este Consejo. Así en nuestro Dictamen 153/2018, de 11 de abril, con cita del Dictamen 93/2018, de 7 de marzo, argumentábamos lo siguiente:

«5. Por último, refutado culpable el incumplimiento del contratista en los términos expuestos, en virtud del art. 225.4 TRLCSP, la consecuencia ineludible es la incautación de la garantía.

En efecto, procede la incautación de la garantía y la indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 225.3 y 4 TRLCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista.

Como hemos señalado en el reciente Dictamen 93/2018, de 7 de marzo, la fianza definitiva cumple una función mixta, como se deriva del art. 100 TRLCSP, donde se señala que la garantía responde de los siguientes conceptos:

a) las penalidades impuestas al contratista conforme al art. 212, que es, precisamente, el relativo a la ejecución defectuosa o demora.

b) daños y perjuicios.

Así, el art. 102 del referido texto legal establece, en relación con la devolución de la garantía, que no se devolverá hasta el vencimiento del plazo de garantía o hasta que se haya cumplido satisfactoriamente el contrato o hasta que se declare su resolución sin culpa del

contratista, dando por supuesto, pues, que cuando media aquella culpa no procede la devolución de la fianza.

Por tanto, en cuanto al apartado a) del citado art. 100, debe entenderse que la fianza cumple una función en cierta medida de carácter punitivo, y además opera como una indemnización a tanto alzado de los daños y perjuicios difíciles de precisar o acreditar. Aunque no exista una lesión concreta, la garantía responde como una indemnización mínima a tanto alzado.

Ello, sin perjuicio de la responsabilidad derivada de daños y perjuicios estricto sensu, tal y como señala el Supremo en su Sentencia de 21 de mayo de 2002 (RJ 2002/5084), en cuyo fundamento jurídico séptimo cita las de 14 de mayo de 1988 o 21 de marzo de 1994:

“a) La STS de 14 de mayo de 1988, confirmada por la de 1 de diciembre del mismo año (RJ 1988,9752), reconoce que la incautación de la fianza constituye en nuestro Derecho una pena convencional cuya imposición no libera al contratista de la indemnización de los daños y perjuicios concretables en el incumplimiento que haya podido producir (arts. 53 de la Ley de Contratos y 160 del Reglamento General). La indemnización se produce «además» de la pérdida de la fianza, siendo así viable la vigencia de responsabilidades ‘ultra vires cauciones’, pero no excluyen el carácter restrictivo que impone la cláusula de garantía que responde en los términos de los artículos 15.2 LCE y 358.2 RGCE y no puede configurarse como cláusula penal en los términos del artículo 1153 del Código Civil.

b) La STS de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994,2452) subraya que el artículo 53, párrafo 1º de la Ley de Contratos del Estado y art. 160, párrafo 1º de su Reglamento, establecen que cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista le será incautada la fianza y deberá el contratista, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios, pero incide en un tema de inhabilitación del contratista, ajeno a este debate”.

No obstante, si bien ha venido a entenderse que el alcance de la incautación de la fianza debe ser proporcionado a la gravedad del incumplimiento y a la exclusividad o concurrencia de culpas en el mismo, como ha señalado el Consejo de Estado en sus Dictámenes 113/2001, 201/2001 o 269/2005, entre otros, en el caso que nos ocupa no sólo se ha probado la culpa exclusiva del contratista y su absoluta falta de diligencia en el cumplimiento del contrato, sino que el plazo de cumplimiento resultaba esencial para el interés público en este contrato.

En todo caso, la determinación de los daños y perjuicios habrá de efectuarse en pieza separada, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP)>>.

En definitiva, procede la incautación de la garantía y la eventual indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 213.3 LCSP para el caso de

incumplimiento culpable del contratista, determinándose en pieza separada la cuantía de dichos daños y perjuicios, en la que debe concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 RGLCAP. Dicha fijación de la cuantía se realizará por el órgano de contratación en decisión motivada, sin perjuicio de que, además, el contratista deba indemnizar en lo que exceda del importe de la garantía incautada o, en su caso, deberá devolverse al contratista la cantidad restante procedente.

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 obras adjudicado a la empresa (...), que tiene por objeto las *«Obras para la restauración de las fachadas del Edificio de la Consejería de Hacienda en Las Palmas de Gran Canaria»*, es conforme a Derecho.