



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 5 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 20 de enero de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de administrativo de resolución del contrato administrativo de las obras de edificación de las cubiertas de los siguientes colegios (...), (...), (...), (...), (...), adjudicado a la entidad mercantil (...) (EXP. 625/2021 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la Propuesta de Acuerdo para resolver el contrato administrativo de obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...), (...).

2. La Legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para la emisión del Dictamen se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D).c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el 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) y el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución, al formular sus alegaciones a la resolución del contrato.

3. Habiéndose iniciado el expediente para la contratación de las obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...), (...),

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

el 9 de julio de 2018, resulta aplicable la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

También es aplicable la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en aquello que no contradiga el pliego de cláusulas administrativas particulares, al prevalecer la norma especial sobre la general (STS de 21 de junio de 1991) como también hemos advertido en numerosos dictámenes anteriores (por todos, Dictámenes 233/2019, de 20 de junio y 391/2019, de 7 de noviembre).

4. En cuanto al procedimiento de resolución contractual propiamente dicho, es aplicable el plazo de ocho meses para resolver el expediente en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP. Así, el transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). El plazo máximo de ocho meses, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual establecido en el art. 212.8 LCSP, computa desde su inicio el 7 de diciembre de 2021.

5. Resulta aplicable, en cuanto al procedimiento de resolución contractual, el art. 212 LCSP, que remite al desarrollo reglamentario. En este caso, el art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, señala el procedimiento a seguir.

Rige, por tanto, el art. 212 y DA3.^a apartados 3 y 8 LCSP y en lo no previsto en él, el art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre.

6. 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, es la Junta de Gobierno Local, en virtud de las competencias delegadas por la Alcaldía-Presidencia y por el Pleno de la Corporación, al amparo de la D.A. Segunda LCSP.

7. Este Consejo ya se pronunció sobre este expediente en el DCCC 215/2020, de 3 de junio, en el que concluimos que la Propuesta de Resolución no se ajustaba a Derecho, procediendo *«la retroacción del procedimiento con la finalidad de recabar nuevo informe técnico y dar trámite de vista y audiencia sobre la totalidad del expediente a la empresa contratista, así como al avalista, en los términos señalados en el Fundamento III del Dictamen»*.

8. El Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife remite a este Consejo Consultivo, mediante oficio de 16 de septiembre de 2020 (con registro de entrada en este Organismo el 18 de septiembre), la documentación requerida y

solicita la emisión del preceptivo Dictamen. A la vista de lo anterior, el Pleno de este Consejo, en sesión celebrada el día 22 de septiembre de 2020, acordó no tramitar tal solicitud de Dictamen, toda vez que el expediente no venía concluido con la preceptiva Propuesta de Resolución del procedimiento tramitado, además de que este se encontraba caducado.

9. El día 9 de noviembre de 2020, la junta de Gobierno local acordó, entre otros asuntos, declarar la caducidad del referido procedimiento administrativo de resolución, así como incoar nuevamente el expediente de resolución y declarar la conservación de todas las actuaciones realizadas desde el inicio del procedimiento de referencia.

10. Remitida nueva Propuesta de Resolución, se emitió el Dictamen 72/2021, de 25 de febrero, en el que se concluía que no se entraba en el fondo de la cuestión planteada porque procedía que se retrotrajesen las actuaciones para que por técnico municipal se emita informe sobre las causas del retraso en la emisión de las autorizaciones municipales necesarias para la ejecución de las obras, así como cualquier otro extremo que se considere pertinente a la luz de las alegaciones del contratista; una vez emitido el referido informe, se habría de someter todo el expediente al trámite de vista y audiencia del contratista, así como del avalista, tras lo que procedía, en su caso, la redacción de una nueva Propuesta de Resolución -que de cumplida respuesta a las alegaciones de los interesados- y ser sometida, a su vez, a dictamen de este Consejo.

II

Los antecedentes relevantes en el presente procedimiento son los siguientes:

- En Junta de Gobierno celebrada el día 30 de abril de 2018 se declara la urgencia en la tramitación del procedimiento de contratación del servicio de Dirección de las obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...), (...) y de ejecución de las mismas.

- Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de julio de 2018 se acordó aprobar los siguientes pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir la contratación de las obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...), (...), mediante procedimiento abierto simplificado y tramitación urgente.

- Por delegación de la Junta de Gobierno de la Ciudad, en sesión ordinaria celebrada el día 9 de julio de 2018, la Sra. Concejala Delegada en materia de Deportes, Educación y Juventud, dicta Decreto de fecha 23 de octubre de 2018, adjudicando el contrato de las obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...), (...) a la empresa (...), por importe total de 1.196.140,83, IGIC incluido, distribuido en los siguientes importes por LOTES:

LOTE I (...) 211.871,55

LOTE II (...) 252.238,08

LOTE III (...) 222.698,50

LOTE IV (...) 297.937,99

LOTE V (...) 211.394,71

- Siendo el día de vencimiento del contrato el 5 de abril de 2019, la Junta de Gobierno, en sesión celebrada el día 8 de abril de 2019 acuerda la ampliación del plazo de ejecución de las obras de los techados de los citados cinco colegios hasta la cuarta semana de mayo.

- El día 28 de mayo de 2019 tiene lugar la primera acta de recepción negativa de las obras con el resultado de comprobación material desfavorable, en la cual y quedando partidas pendientes de finalizar se concede un plazo para la subsanación hasta el día 28 de junio de 2019.

- El día 23 de julio de 2019 tiene lugar la segunda acta de recepción negativa de las obras con el resultado de comprobación material desfavorable, en la cual y quedando partidas pendientes de finalizar se concede un plazo para la subsanación hasta el día 2 de septiembre de 2019.

- Por último, el día 16 de septiembre de 2019 tiene lugar una nueva acta de recepción negativa de las obras, con el resultado de comprobación material desfavorable.

- Dado que las obras de techados de los colegios no habían finalizado en los plazos establecidos, se solicita a la Dirección Facultativa adjudicada a la empresa (...), que tome las medidas necesarias para garantizar la seguridad de las construcciones realizadas y elabore un informe sobre el estado de las obras ejecutadas y pendientes de ejecutar, emitiéndose por parte de la citada empresa informes de fecha 19 de septiembre de 2019, sobre el estado actual de cada una de ellas, detallando el estado de las obras realizadas, las pendientes de ejecutar y

valoración de obra para finalización parcial, que resumidamente exponen lo siguiente:

CEIP (...):

Las obras realizadas representan el 85,47% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 14,53%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

CEIP (...):

Las obras realizadas representan el 87,52% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 12,48%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

CEO (...)

Las obras realizadas representan el 87,57% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 12,43%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

CEIP (...)

Las obras realizadas representan el 91,68% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 8,32%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

CEIP (...)

Con las modificaciones realizadas en la pavimentación, principalmente las obras realizadas representan el 106,69% del presupuesto de ejecución material completo, incluyendo la obra civil, la separata de instalaciones y la mejora de pavimento presente en la licitación.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

- Consta «*Comunicado*» por parte de la empresa (...) en el que se señala la recogida de llaves de acceso de las obras por parte de la contrata, presentado por registro electrónico de fecha 11 de octubre de 2019.

- La Junta de Gobierno, en sesión ordinaria celebrada el día 28 de octubre de 2019 acordó, entre otros asuntos:

«PRIMERO: Incoar el expediente de resolución del contratos de obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...), (...)", adjudicado a la empresa (...).

SEGUNDO: Instar a los servicios municipales que puedan tener competencias o funciones en las referidas contrataciones a la finalización de las obras de techados de los Colegios, pendientes de ejecución, utilizar los procedimientos más ágiles de que dispongan, dada la urgencia de su culminación por tratarse de Centros Escolares.

TERCERO: Notificar el acuerdo de resolución del contrato que se dictare a la empresa (...) y publicarla en la Plataforma de Contratación del Estado».

- El día 31 de octubre de 2019, la empresa (...) recibe la notificación de incoación del expediente de resolución del contrato, con la concesión de un plazo de 10 días naturales a los efectos de dar audiencia a la misma.

- El día 8 de noviembre de 2019, se recepciona por la entidad (...), avalista de la empresa contratista, la citada notificación sobre incoación del expediente de resolución del contrato a los efectos de dar cumplimiento al art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, sin que hayan presentado alegaciones al respecto.

- El día 9 de noviembre de 2019 se presenta por registro electrónico por parte de la empresa (...) documento de alegaciones y anexos que se incorporan al expediente.

Las alegaciones se concretan resumidamente en lo siguiente:

- Dificultades de inicio de la obra en el CEIP (...) en cuanto a vallado del recinto afectado (7 días de retraso) y prohibición de entrada por parte de la Directora.

- Dificultades en la obtención de la chapa de fachada para el CEIP (...) por parte de la empresa suministradora (...) y falta de acuerdo en cuestiones técnicas y económicas entre las mismas.

- Retraso en el inicio de la obra motivado por ser competencia de IMESAPI el tema de las desconexiones eléctricas en los Centros, necesaria para ejecutar lo proyectado y que impedían acometer los movimientos de tierra y demoliciones.

- Igualmente se retrasó la obra en el CEIP (...) por la existencia de un árbol existente en el patio del mismo y que afecta a una de las zapatas principales de la estructura.

- Se detalla cada uno de los plazos que permitieron que la obra con vencimiento para el día 5 de abril se prolongara hasta el día 16 de septiembre de 2019.

- Y por último se pone de manifiesto las dificultades surgidas respecto del suministro y colocación de chapa metálica (...), respecto al cual entiende si bien en el Pliego de Prescripciones Técnicas se establecen las características de la cubierta a instalar, es en el proyecto de la obra donde se hace referencia a una marca determinada, vulnerando así los límites establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público y jurisprudencia, lo que imposibilitó utilizar otra marca que reunía las características del Pliego Técnico pero que fue rechazada por la Dirección Facultativa.

- En relación con la obtención de permisos necesarios para la ejecución de la obra. Señalan que la tramitación y obtención de los permisos necesarios para la ejecución de las obras han oscilado entre 4 y 6 semanas. Y por ello debido a la dificultad de introducir los asfaltos en cada Colegio, las obras hubiesen estado acabadas a finales de septiembre de 2019. Por otro lado el CEO (...) no tiene la cubierta colocada ya que dicho permiso se concedió el día 10 de septiembre de 2019 y hacen constar que los transportes se realizan coordinados por la policía y escoltados por ellos.

- En relación con las instrucciones de la Dirección Facultativa:

Cuestión que produjo demora en la ejecución fue en relación con la definición de la mejoras presentadas, por lo que se recibía información contradictoria de si se podían trasladar de un colegio a otro o era para cada colegio las definidas en el pliego e incluso cada Director de Colegio tiene exigencias sobre vallados o circunstancias especiales para poder empezar la ejecución de las obras.

- En relación con otras circunstancias de la demora en la ejecución ajenas a la empresa adjudicataria, la desconexión de la electricidad en cada colegio demoró el inicio, aparte se realizaron exigencias por parte del Ayuntamiento en el saneamiento

del CEIP (...) y se tuvo que realizar un importante trabajo de nuevos planos e incluso la Dirección Facultativa tuvo que dar planos no recogidos en proyecto de la piezas de cabeza, un total de 35.

- En relación con la ampliación del plazo de ejecución, se adjuntan todas las solicitudes de ampliación del plazo, debidamente justificadas.

- En relación con el retraso en el abono de las certificaciones de obras presentadas, se adjunta el requerimiento de pago de las certificaciones «*presentadas en plazo*».

- Por lo expuesto, la contratista considera que el incumplimiento de los plazos en la ejecución de las obras no puede imputarse únicamente a la empresa adjudicataria ya que ha tenido la voluntad clara y fehaciente de finalizar la obra contratada.

- Invocan 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 un incumplimiento del contrato grave, cualificado y de naturaleza sustancial.

- Interesan tener en cuenta que el día que se notifica la incoación del expediente de resolución contractual es el 31 de octubre de 2019, habiéndose certificado y ejecutado el 90,76% de la obra y un 9,24% pendiente de ejecutar.

Concluyen que el retraso provocado en el cumplimiento de la ejecución del contrato no obedece a causas imputables al contratista, costando en el expediente la intención de buscar soluciones a los problemas ajenos a la voluntad de este.

Por lo expuesto se solicita a esa Administración que se proceda al archivo del procedimiento de incoación de resolución contractual.

- La empresa (...), mediante escrito de fecha 25 de noviembre de 2019 y recibido en el Servicio mediante correo electrónico el día 26 del mismo mes y año, pone de manifiesto lo siguiente:

Debido a la falta de estanqueidad en las cubiertas instaladas se hace necesario la revisión integral del solape de sus elementos y de las fijaciones de las mismas a la estructura principal.

En el CEO (...) existe una importante cantidad de material certificado y acopiado en obra, cuya conservación podrían verse afectada si no se ultiman las obras.

Y tratándose de colegios a los que asisten alumnos de infantil y primaria, con el menoscabo que se está produciendo en su entorno, se pone de manifiesto la

conveniencia de hacer coincidir la obra restante de ejecución con el periodo de vacaciones de Navidad y así minimizar el menoscabo.

- La empresa (...), como Dirección Facultativa de las referidas obras, emite informe de respuesta a las alegaciones presentadas por (...), de fecha 29 de noviembre de 2019. La mencionada Dirección facultativa redacta un informe en el cual trata diversos aspectos de las obras, tales como: condiciones de uso y seguridad, las infraestructuras educativas, plazos de obras, relación económica con plazos de obra, compatibilidad de material, vicios ocultos y conclusiones.

En cuanto a condiciones de uso y seguridad, advierte que tras la paralización de las obras, motivada por la segunda acta de recepción negativa y por parte de la propiedad se ponen en conocimiento ciertas deficiencias motivadas por las últimas lluvias, relacionadas con la falta de estanqueidad y recogidas superficiales en cuanto a pluviales, lo que hace necesaria la revisión integral y pone de manifiesto que hay una importante cantidad de material certificado y acopiado en obra en el CEO (...) cuyas condiciones de conservación pueden verse afectadas en caso de dilatarse más la finalización de las obras.

Respecto a las infraestructuras educativas, hacen constar que las obras se están desarrollando en colegios de infantil y primaria con un menoscabo en el uso de su espacio y de seguridad e higiene. En concreto en el CEIP (...) se ha ejecutado una segunda salida de evacuación de las aulas de infantil pero sería una solución temporal y no puede alargarse en el tiempo y a la vez se están desarrollando las actividades recreativas al exterior en la calle (...), cuyas condiciones de seguridad no pueden garantizarse de manera prolongada.

El acta de replanteo se produjo el día 5 de diciembre de 2018 y debía finalizar el 5 de abril de 2019 (4 meses de duración de acuerdo a la mejora ofertada), periodo que coincidiendo con las Navidades facilitaba la ejecución, y al dilatarse su finalización ha motivado que los perjuicios se hayan visto incrementados.

Respecto a los plazos de obra, se detallan los hitos principales acontecidos durante la ejecución de la misma así como todas y cada una de las visitas de obra efectuadas a los centros.

Dentro de la relación económica con plazos de obra, la Dirección Facultativa concluye que la evolución de las certificaciones en general indica que las obras se retrasaron en un inicio yendo muy por debajo de la facturación previa, alcanzando un

primer pico justo en el momento del fin de la obra en abril para volver a descender durante el periodo de las certificaciones informativas, hasta la certificación de liquidación. Observan también una clara alternancia en el avance de obras entre diferentes actuaciones, no habiendo ningún momento de progresión homogénea entre ellas.

En cuanto a compatibilidad de material. La Dirección Facultativa pone de manifiesto que es el día 19 de febrero de 2019, a mes y medio del tiempo ofertado para el final de la obra cuando la contrata propone una alternativa a la chapa de cubierta (AP-250-S280 y AP-200). Una vez estudiada se observa que no cumple ni con los requisitos estéticos ni para el anidamiento de palomas, uno de los principales problemas de estas cubiertas abiertas. Con fecha 14 de marzo de 2019 la Dirección Facultativa emite informe de no aceptación como equivalente de las chapas propuestas por la contrata. Y el 16 de mayo de 2019 la contrata envía correo exponiendo sus problemas de suministro con la empresa suministradora de la chapa y la respuesta fue ofrecer la alternativa de la chapa EURIPERFIL Eurobase I06FS que cumple con los requisitos para la fachada de Ofra.

Respecto a vicios ocultos, se detectaron una serie de deficiencias vinculadas a la falta de estanqueidad, solicitándose por parte del órgano de contratación la valoración de la reparación de las mismas. En base al descompuesto original del proyecto se concluye que el importe del nuevo descompuesto para la reparación es de 9,52 m².

Como conclusión, la Dirección Facultativa cree conveniente realizar el trabajo de las obras existentes a la mayor brevedad posible para garantizar las condiciones de seguridad y estanqueidad de la cubierta, ya que, estas condiciones pueden verse agravadas con el paso del tiempo y ser determinantes a efectos de seguridad.

- El día 18 de diciembre de 2019 se presenta por (...), documento solicitando el abono directo a la empresa (...), suministradora de las cubiertas, a efecto de la cesión a la misma de parte de los derechos de cobro.

- Con fecha 5 de marzo, se informa de conformidad por parte de los Servicio Jurídicos municipales.

- A la vista de nuestro Dictamen 215/2020, de 3 de junio, se concedió trámite de audiencia a la empresa adjudicataria (...) y a (...), (avalista de la misma), presentando escrito la primera de ellas, reiterando sus alegaciones realizadas con anterioridad, así como el escrito de respuesta a tales alegaciones emitido por (...).

- A la vista de nuestro Dictamen 72/2021, se recabó informe técnico al Servicio de Seguridad Ciudadana y Vial, competente en la tramitación de las licencias, en el que se exponen los plazos de cada solicitud, resultando que el plazo medio de tramitación de las mismas fueron no superior a tres semanas, inferior éste al plazo mínimo por ellos alegado como causa de demora en la ejecución de las obras dado que la mercantil señala que la tramitación y obtención de los permisos necesarios para la ejecución de las obras han oscilado entre 4 y 6 semanas, y que a la concesionaria de las obras se le concedieron varias prórrogas en el plazo de ejecución.

- Tras la entrega a la empresa del informe relativo a las licencias otorgadas por el Servicio de Seguridad Ciudadana y Vial, se concedió nuevo trámite de audiencia a la misma y a su avalista, por un plazo de 10 días.

El día 1 de julio de 2021 se solicitó por la contratista una ampliación del plazo por la mitad del concedido, al objeto de obtener documentación y se le concedió nuevo trámite de audiencia por un nuevo plazo de 5 días hábiles. La empresa alega, que no comience el plazo hasta tanto en cuanto no se les haga entrega de la documentación completa del expediente de declaración de emergencia para acometer las obras de cubrición de canchas deportivas, a lo cual se contesta, mediante escrito del Servicio de Promoción Económica y Calidad de Vida, de fecha 18 de octubre de 2021, conforme al cual se entiende por finalizado el plazo concedido, dado que la empresa ha tenido a su disposición todos los documentos integrantes del expediente de resolución del contrato así como el de declaración de emergencia para acometer las obras de cubrición de canchas deportivas en varios centros de educación infantil y primaria.

- La Junta de Gobierno de la Ciudad de Santa Cruz de Tenerife, en sesión celebrada el día 7 de diciembre de 2021 adoptó el cuerdo de declarar la caducidad del procedimiento de resolución y acordar la nueva incoación del procedimiento de resolución del contrato de ejecución de las obras objeto del mismo.

- Finalmente, se redacta nueva Propuesta de Resolución que resuelve el contrato por incumplimiento del contratista de los pazos de ejecución, con base en el art. 211.d) y f) LCSP, con incautación de las garantías definitivas de la presente contratación otorgadas a la empresa contratista.

III

1. Como hemos reiterado en distintas ocasiones, se ha de recordar que la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento «grave» del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992).

Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala, referida a cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, que *«el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo 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»*.

Entre otros, en nuestros Dictámenes 334/2021, de 17 de junio y 374/2019, de 17 de octubre hemos señalado:

« (...) una obligación contractual esencial sería aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato.

Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS 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”, 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. Así resulta, como transcribe la Propuesta de Resolución, que “Por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato”».

2. Sentado lo anterior, se ha de tener en cuenta que la cláusula 29 del Pliego de Cláusulas Administrativas que rige el contrato dispone que si llegado el final de la obra, la persona contratista 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.

En el presente supuesto, una vez finalizado el plazo de ejecución de cuatro meses (ofertado por el contratista como mejora) y que comenzó a computarse a

partir de la firma del acta de comprobación de replanteo el 5 de abril de 2019, la Junta de Gobierno, en sesión celebrada el día 8 de abril de 2019, acuerda su ampliación hasta la cuarta semana del mes de mayo de 2019, esto es, casi 2 meses más.

A pesar de ello, el día 28 de mayo de 2019 tiene lugar la primera acta de recepción negativa de las obras con el resultado de comprobación material desfavorable, en la cual, y quedando partidas pendientes de finalizar, se concede a la contratista plazo para su subsanación hasta el día 28 de junio de 2019.

Posteriormente, el día 23 de julio de 2019 tiene lugar la segunda acta de recepción negativa de las obras con el resultado de comprobación material desfavorable, en la cual, y quedando partidas pendientes de finalizar, se concede nuevamente plazo para su subsanación hasta el día 2 de septiembre de 2019.

Por último, el día 16 de septiembre de 2019 (más de 5 meses después del término contractual de las obras) tiene lugar una nueva acta de recepción negativa de las obras, con el resultado de comprobación material desfavorable.

Tras estas actuaciones, a fecha 19 de septiembre de 2019, el estado de cada una de las obras es el que sigue:

CEIP (...):

Las obras realizadas representan el 85,47% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 14,53%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

CEIP (...):

Las obras realizadas representan el 87,52% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 12,48%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

CEO (...)

Las obras realizadas representan el 87,57% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 12,43%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

CEIP (...)

Las obras realizadas representan el 91,68% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 8,32%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

CEIP (...)

Con las modificaciones realizadas en la pavimentación, principalmente las obras realizadas representan el 106,69% del presupuesto de ejecución material completo, incluyendo la obra civil, la separata de instalaciones y la mejora de pavimento presente en la licitación.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

3. Según este Consejo Consultivo tiene declarado, entre otros, en el DCCC 60/2016, de 10 de marzo, *«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 -actual art. 193.2 LCAP-), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculte a la Administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP -mismo art. 193 LCAP-). Por ello, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el “cumplimiento del plazo”».*

Tanto la LCSP como los Pliegos atribuyen 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 del Tribunal Supremo 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».

Este incumplimiento no se puede justificar alegando que el retraso no puede imputarse únicamente a la empresa adjudicataria, toda vez que en el expediente está plenamente acreditado que la Administración amplió el plazo inicial del contrato en cinco meses para resolver las distintas circunstancias que acontecieron, sin que se aprecien razones ajenas al contratista que impidieran ejecutar por completo las obras.

En efecto, este Consejo Consultivo considera que las dificultades alegadas por la contrata (inicio de la obra en el CEIP (...) en cuanto a vallado del recinto afectado y prohibición de entrada por parte de la Directora; la chapa de fachada para el CEIP (...) por parte de la empresa suministradora y falta de acuerdo en cuestiones técnicas y económicas entre las mismas; retraso en el inicio de la obra por las desconexiones eléctricas en los centros; existencia de un árbol en el patio; permisos municipales, que apenas se retrasaron quince días; relaciones con la Dirección facultativa o direcciones de los colegios) no tienen entidad suficiente para justificar el incumplimiento.

En la contratación pública, y no es ocioso recordarlo, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, según lo establecido para el de obras en el art. 197 LCSP.

En el citado Dictamen 334/2021, de 17 de junio, recogiendo la doctrina de otros anteriores, manifestábamos que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico para la contratación administrativa, que se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, sin que pueda incumplirlas sin causa alguna.

En definitiva, está suficientemente acreditado que el incumplimiento de los plazos para la ejecución de las obras es imputable exclusivamente al contratista, que ha incumplido de manera culpable con la obligación principal del contrato, la ejecución de las obras, por lo que hay que concluir que la Propuesta de Resolución se considera ajustada a Derecho.

4. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, están previstos en los arts. 213 y 307 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. Lo que no consta en el presente expediente, por lo que la Propuesta de Resolución debe pronunciarse expresamente sobre tal extremo.

El importe de los daños y perjuicios, en su caso, deberá determinarse de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto, quedando entre tanto 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).

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen por la que se resuelve el contrato de obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...), (...), adjudicado a la mercantil (...), se considera ajustada a Derecho, aunque debe pronunciarse sobre la procedencia de incautar la garantía que hubiese sido constituida.