



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 350/2022

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 27 de septiembre de 2022.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mazo en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de la obra (...), adjudicado a la mercantil (...)* (EXP. 323/2022 CA)*.

FUNDAMENTOS

I

1. El presente Dictamen solicitado por Oficio el 28 de julio de 2022 (Registro de Entrada en el Consejo Consultivo 2 de septiembre de 2022), por la Alcaldesa del Ayuntamiento de la Villa de Mazo, tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del informe con forma de Propuesta de Resolución, proponiendo la resolución del contrato de obra denominado (...), por un precio de 284.273,34 euros, IGIC incluido, más la mejora (criterio nº1 y nº2 del Pliego de Cláusulas Administrativas), por incumplimiento del plazo de ejecución del contrato, constando como fecha de inicio de las obras el 10 de septiembre de 2021, siendo el plazo de ejecución seis meses.

La solicitud del dictamen resulta preceptiva de acuerdo con el art. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en relación con el art. 211.1.d) LCSP, al haber manifestado la empresa contratista su oposición en el trámite de audiencia.

Es competencia, pues, del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de Dictamen en los supuestos de « (...) nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa» [art. 11.1.D, apartado c) del precitado texto legal]. El art. 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

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, (LCSP, en adelante), exige el dictamen del órgano consultivo cuando se formule oposición por parte del contratista, normativa vigente al tiempo de iniciarse el procedimiento para la resolución del contrato.

A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 31 de mayo de 2022, esto es, bajo la vigencia de la LCSP, es por lo que procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al «*procedimiento de ejercicio*» de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación. En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)]. Trámites estos que aparecen debidamente cumplimentados en el procedimiento administrativo que se ha remitido a este Consejo.

2. La legitimación para la solicitud de dictamen le corresponde a la Alcaldesa del citado Ayuntamiento, según el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. En cuanto al plazo de resolución contractual, es aplicable el plazo de tres meses desde su inicio para resolver el expediente de resolución contractual, por cuanto se aplica el plazo supletorio previsto en el art. 21.3 LPACAP, al haber sido declarado contrario al orden constitucional de competencias por el Tribunal Constitucional en Sentencia n.º 68/2021, de 18 de marzo, el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP, solo en cuanto a su aplicación a las Comunidades Autónomas, entidades locales y entes dependientes de todos ellos.

La aplicación del plazo máximo de tres meses ha sido tratada por este Organismo en nuestros recientes Dictámenes 154/2022, de 21 de abril, y 163/2022, de 28 de abril, en los que señalamos que tras la referida Sentencia, y una vez publicada la misma (BOE n.º 97, de 23 de abril de 2021) conforme al art. 38 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, por diversos Organismos consultivos autonómicos se ha optado por aplicar en estos procedimientos de resolución contractual el plazo de tres meses previsto en el art. 21.3 LPACAP, de carácter básico, añadiéndose por nuestra parte, lo siguiente:

« (...) 2.3. Así las cosas, la STC 68/2021, de 18 de marzo, se apoya en que el establecimiento de un plazo específico para los supuestos de resolución contractual se

incardina en el ámbito de la competencia autonómica de desarrollo de las bases en materia de contratación pública. Al respecto, se recoge que: « (...) ambas partes reconocen que en esta materia la legislación básica es competencia del Estado de acuerdo con el art. 149.1.18 CE y que las comunidades autónomas pueden asumir la competencia de desarrollo legislativo y ejecución»; “Dentro del respeto a la legislación básica estatal, las comunidades autónomas han podido asumir la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de contratación pública (STC 237/2015, de 19 de noviembre, FJ 2)” -Fundamentos jurídicos primero, apartado a) y quinto, apartado B) de la Sentencia).

Como ya se ha destacado, el Tribunal Constitucional comienza por descartar el carácter básico de esta previsión legal (“El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica”), de lo que deduce a continuación que a las Comunidades Autónomas les cabe sustituir (es la expresión que emplea) dicha previsión por otra de carácter propio: “La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública”.

A partir de lo que se lleva expuesto, hay que entender que a las Comunidades Autónomas les es dado establecer un plazo distinto de caducidad, sea mayor o menor del que contempla el art. 212.8 LCSP.

Una vez declarado contrario el precepto (art. 212.8 LCSP) al orden de distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas por las razones antes expresadas, al otorgar la LCSP carácter básico a dicha previsión legal, la consecuencia que el Tribunal deduce no es la nulidad de dicho precepto, sino “solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras”.

Pues bien, en la actualidad no existe ninguna disposición normativa autonómica canaria reguladora del plazo máximo para resolver los expedientes de resolución contractual (en sentido análogo al discutido art. 212.8 LCSP). Es más, tampoco existe una remisión específica a la normativa estatal respecto al régimen aplicable a los contratos, puesto que ni la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias contiene precepto alguno respecto al régimen aplicable a los contratos que celebre la Administración autonómica (más allá del genérico art. 2 que dispone que “Las Administraciones Públicas de Canarias se regirán por la Constitución, Estatuto de Autonomía, la legislación básica del Estado, la presente Ley y por las normas dictadas en desarrollo de éstas, respondiendo su organización, funcionamiento y régimen competencial a los principios de eficacia, economía, descentralización y máxima proximidad a los ciudadanos”) ni ninguna

otra norma propia establece que el derecho estatal en esta materia -o con carácter general-, sea supletorio de las normas de nuestra Comunidad Autónoma, y ello a diferencia de lo que sucede en otras regiones, como por ejemplo, en Murcia, cuyo Estatuto de Autonomía sí lo establece (sin olvidar la aplicabilidad del art. 149.3 de nuestra Constitución).

Por lo demás, la Disposición final cuarta, apartado primero, LCSP señala que “Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas”.

Señalado cuanto antecede, este Consejo Consultivo entiende que procede la aplicabilidad de la normativa básica en materia de procedimiento administrativo común, en este caso, el art. 21.3 LPACAP y, por tanto, el plazo para la instrucción y resolución del expediente sería de tres meses y no de ocho. No otra puede ser la conclusión tras la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional cuya aplicación en sus estrictos términos entiende este Consejo Consultivo obliga al cambio de doctrina aún a sabiendas de las dificultades prácticas que supondrá la aplicación de tan breve plazo, de tres meses, para la instrucción, resolución y notificación por parte de las Administraciones Públicas de los expedientes de resolución contractual, obstáculo que sólo podría ser removido si se dicta una norma por nuestra Comunidad Autónoma, en el marco de sus competencias, que fije un plazo superior a esos tres meses para la resolución contractual que se tramite por la Comunidad Autónoma así como por las Corporaciones Locales canarias. A falta de tal norma específica, y en tanto la misma sea aprobada, el plazo a aplicar será el de tres meses, como se ha señalado».

El plazo máximo de tres meses, en el presente caso, computaría desde su inicio del expediente, que se produjo por Resolución de la Alcaldía de 31 de mayo de 2022, por lo que la fecha de caducidad del presente procedimiento de resolución contractual en principio, sería el 31 de agosto de 2022.

No obstante, la solicitud de dictamen ha sido cursada por oficio el 28 de julio de 2022, siendo así que, de conformidad con la Disposición adicional primera del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, se suspenden durante el mes de agosto las actividades de este Organismo, estableciendo en su apartado 3 que «*los dictámenes que fuesen interesados en la segunda quincena del mes de julio se emitirán dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de registro de la solicitud sin computar los días del mes de agosto, salvo los supuestos de urgencia debidamente motivados*», siendo que la caducidad, por ello, entiende este Consejo Consultivo, que se produciría el 1 de octubre de 2022.

4. La competencia para resolver el presente procedimiento de resolución del contrato, se entendería que corresponde a la Alcaldesa como órgano de contratación (art. 212 LCSP), norma vigente al tiempo de iniciarse el procedimiento para la resolución del contrato.

5. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, principalmente lo conforma la LCSP; La Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, así como serán de aplicación, en tanto no se opongan a lo dispuesto en la citada Ley, 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 modificado por Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto (en adelante RGLCAP). Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo, la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP). Así como, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas.

II

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

1.- En fecha 3 de agosto de 2021, la Alcaldesa Presidenta dicta Resolución mediante la que adjudica a la empresa (...), la ejecución de la obra para la adecuación y mejora del espacio público del (...) y su entorno urbano, denominada (...) por un precio de 284.273,34 euros, I.G.I.C. incluido, más la mejora contenida en los criterios n.º 1 y n.º 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y nombra Técnico-Director de Obra y Coordinador de Seguridad y Salud al Arquitecto Técnico Municipal.

2.- Con fecha 10 de septiembre de 2021 se procedió a iniciar las obras del proyecto (...).

3.- Mediante registro de entrada de fecha 14 de diciembre de 2021, (...) presenta documentación de excesos de obra y unidades no contempladas en obras (...).

4.- Consta la certificación n.º 1 de fecha 30 de diciembre de 2021 y por importe de 44.081,03 €, firmada por el arquitecto técnico director de las obras y el contratista.

5.- Consta la existencia de precios contradictorios de las partidas 5.1 y 5.2 con fecha 30 de diciembre de 2021, de acuerdo a los condicionantes del Consejo Insular de Aguas, firmados por el arquitecto técnico director de las obras y el contratista.

6.- Se redacta proyecto modificado con fecha 4 de enero de 2021 (sic).

7.- Con fecha 7 de marzo de 2022 se emite informe técnico, donde se informa que el Contratista ha llamado al Concejal de Obras para renunciar a la obra y que ha procedido a retirar de la misma todos los materiales auxiliares y maquinaria, considerando, por tanto, que ha renunciado a la obra.

2. En cuanto a la tramitación del presente procedimiento de resolución del contrato, constan practicadas las siguientes actuaciones:

- Informe técnico en relación con el estado de la obra, que indica:

« (...) Sobre el estado actual de las obras se informa que se encuentra actualmente ejecutado el 15,50 %, correspondiéndose con las siguientes unidades de obra:

800,00 m² Desbroce y limpieza de terrenos con medios manuales, con carga sobre camión, sin transporte. La medición se hará sobre perfil. En la limpieza de los bordes de caminos 28,35 m³

Demolición coronación de muro lateral norte de fábrica de mampostería recibida con mortero u hormigón, realizada con martillo compresor, incluso acopio de material a pie de carga y p.p. de medios auxiliares.

100,53 m³ Excavación en zanjas, pozos o cimientos, en todo tipo de terreno, con medios mecánicos, refino y compactación del fondo de la excavación, incluso carga y transporte de material sobrante a vertedero autorizado.

0,2 UD Acondicionamiento y desvío de instalaciones afectadas 140 m³ Carga mecánica y transporte de tierras a vertedero, con camión de 18 Tn, con un recorrido máximo de 10 km. 83,95 m³ Hormigón ciclópeo en cimientos con un 70% de hormigón en masa HM-20/B/20/I y un 30 % de piedra en rama tamaño máximo 30 cm incluso encofrado y desencofrado, colocación de la piedra, vertido y curado. s/ EHE-08. 42,82 m³ Hormigón ciclópeo en muros de contención, de 1,80 m de espesor medio, con un 70% de hormigón en masa HM-20/B/20/I y con un 30% de piedra en rama de 30 cm de tamaño máximo, encofrado a una cara (cuantía= 2m²/m³), desencofrado, colocación de la piedra vertido y curado. s/ EHE-08. Se incluye el relleno en trasdos del muro.

15 m³ Clasificación a pie de obra de residuos de construcción o demolición en fracciones según Real Decreto 105/2008, con medios manuales.

15 m³ Transporte de residuos a instalación autorizada de

gestión de residuos (Consejería de Medio Ambiente), con camión de 15 t, con un recorrido hasta 20 km.

25 t Coste de entrega de residuos mezclados de losetas de hormigón, bordillos y materiales de instalaciones, (tasa vertido), con código 170107 según la Lista Europea de Residuos (LER) publicada por Orden MAM/304/2002, a gestor de residuos autorizado por la Consejería de Medio Ambiente, para operaciones de valorización o eliminación, según RD 105/2008 y la Ley 22/2011.

25 t Entrega de tierras y piedras sin sustancias peligrosas (tasa vertido), con código 170504 según la Lista Europea de Residuos (LER) publicada por Orden MAM/304/2002, a gestor de residuos autorizado por la Consejería de Medio Ambiente, para operaciones de valorización o eliminación, según RD 105/2008 y la Ley 22/2011.

1 ud Protecciones individuales, homologada CE, s/normativa vigente.

1 ud Protecciones colectivas y de señalización homologadas CE, s/normativa vigente.

Incidencias producidas por las obras:

1.- El contratista por la realización de los movimientos de tierra ha producido una rotura del vallado del camino de acceso al cementerio municipal, a base de pilastras de hormigón y barandilla metálica.

Se ha valorado la partida de ud Reposición de infraestructuras dañadas, barandilla y camino de acceso hacia el cementerio, afectadas por las obras de desmonte realizadas por importe de 7.404,30 € (PEM). Valoración total Presupuesto de ejecución por contrata = 9.427,90.

2.- El contratista ha dejado material acopiado procedente del desmonte en la parcela municipal junto al campo municipal de fútbol con restos de materia vegetal, sin realizar la correcta gestión y transporte a vertedero.

El contratista ha roto una pared de contención en la parcela municipal junto al campo municipal de fútbol con autorización del concejal delegado, para aprovechar las piedras en el hormigón ciclópeo de los muros y cimientos. Esta zona la ha dejado en obras e inacabada y sin vallado de seguridad.

Valoración técnica para la correcta GESTIÓN DE RESIDUOS: Valoración total Presupuesto de ejecución por contrata= 2.003,85 €.

4 (sic).- Se informa que consta parte de la Policía Local de fecha 3 de marzo de 2022 por el accidente producido durante la retirada de la maquinaria del contratista, en la que una retroexcavadora del contratista ha ocasionado una colisión con un muro de contención de la Calle (...), dañándose al mismo.

El Policía Local con NIP 10.609, pone en conocimiento que: Que siendo requerido por siniestro vial en la vía (...) frente al número 17 (El Pueblo) se constata que se ha producido el choque contra una pared en el margen izquierdo en sentido descendente del vehículo máquina automotriz Volvo VL71 con matrícula (...) ocasionando el derrumbe de la pared de piedra y rotura en el poste de la farola de alumbrado municipal. El vehículo posee póliza de seguro (SOA) en vigor con la aseguradora (...) constanding como asegurado (...)

*Valoración técnica para la correcta REPOSICIÓN DEL MURO E INSTALACIONES AFECTADAS:
Valoración total Presupuesto de ejecución por contrata= 2.499,64 €*

Finalmente, la fiscalización otorga su conformidad a las valoraciones realizadas. (...) ».

3. En fecha 31 de mayo de 2022, se dicta Decreto de Alcaldía, mediante el que se inicia el procedimiento de resolución contractual, indicando, concretamente, iniciar expediente de Resolución de contrato denominado: (...), por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista [art. 211.1.d) LCSP].

Asimismo, se le otorga audiencia del contratista por plazo de diez días naturales a los efectos de que alegue lo que a su derecho convenga, presentando escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato, indicando, entre otros argumentos, que el decreto de inicio de Resolución contractual adolece de vicios invalidantes que podrían dar lugar a nulidad de pleno de derecho dado que la citada resolución incorpora la transcripción literal de un informe técnico relativo a la incidencias producidas en las obras, donde se transcribe una valoración relativa a la gestión de los residuos, además de no estar motivada adecuadamente, así como señala la incompetencia del concejal para determinar que se ha producido un desistimiento del contrato por abandono del contratista.

4. Se ha dado traslado del expediente igualmente a la entidad que ha avalado la garantía definitiva, que ascendía al importe de 13.283,80 euros, (...).

5. En fecha 7 de julio de 2022, se emite la Propuesta de Resolución sometida a dictamen de este Consejo Consultivo.

III

1. La Propuesta de Resolución sometida al parecer jurídico de este Consejo Consultivo plantea la resolución del contrato administrativo de obra denominada (...) por un precio de 284.273,34 euros, I.G.I.C. incluido, más la mejora de los criterios n.º 1 y n.º 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas por incumplimiento del plazo de ejecución del mismo, constanding como fecha de inicio de las obras el 10 de septiembre de 2021, siendo el plazo de ejecución de 6 meses en virtud de la cláusula

11.1 del pliego, y, por tanto, la fecha de finalización de la ejecución el día 9 de marzo de 2022.

Concretamente, se entiende que procede resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista por la causa prevista en el art. 211.1.d) LCSP. Por ello, se propone incautar la garantía definitiva, por importe de 13.283.80 euros.

2. En atención a las alegaciones presentadas por la entidad contratista pretendiendo, principalmente, la nulidad del procedimiento de resolución contractual con base en que el Decreto de inicio del citado procedimiento adolecería de nulidad, se ha dado respuesta debida siendo la realidad que la alegación carece de fundamento alguno al no haberse determinado por la interesada la causa de nulidad en la que se funda. Por el contrario, la adjudicataria habría abandonado la ejecución de las obras, como señala el informe técnico, lo que sí sería causa suficientemente motivada para determinar, ya de por sí, el inicio de expediente de resolución contractual, como indica el Decreto de Alcaldía.

3. Pues bien, la resolución contractual se fundamenta, al amparo de lo establecido en el art. 211.1, letra d) LCSP, en la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

Así, fundamenta la Propuesta de Resolución acertadamente que de acuerdo con los pliegos de cláusulas administrativas en su cláusula 29 determina como causa de resolución «- Si llegado del final de la obra, o el término de alguno de los plazos parciales, si los hubiera, 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 2 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato justificándose éstas porque el retraso injustificado en el cumplimiento del plazo de ejecución teniendo en cuenta que se trata de una vía urbana con numerosas viviendas y por tanto vecinos, y el retraso ocasionaría considerables perjuicios y molestias a los mismos».

La cuestión a analizar en este caso se centra en determinar si se ha producido la demora en el cumplimiento del contrato, y, en consecuencia, si procede resolver el contrato administrativo de referencia, y en consecuencia, si la Administración puede optar, atendiendo a las circunstancias del caso, por la resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida.

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

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

Por su parte, este Consejo Consultivo ha tenido ocasión de señalar lo siguiente, entre otros, en los Dictámenes 243/2017, de 13 de julio; 318/2021, de 10 de junio; y 333/2021, de 17 de junio:

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

Esta naturaleza de contrato de resultado comporta la indivisibilidad jurídica del mismo y de la obra que tiene por objeto, como así resulta del art. 205 LCSP que dispone que el contrato sólo se cumple por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. Esto

significa que no puede ser cumplido por el contratista de forma parcial y sucesiva mediante la ejecución de las distintas fases del proceso constructivo, ni la Administración queda obligada al pago hasta que no se le entregue la obra completamente terminada, tal como resulta del art. 215 LCSP que establece que los abonos al contratista por las operaciones preparatorias y por las certificaciones de la obra ejecutada mensualmente tienen la naturaleza de pagos a cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, por lo que en ningún caso suponen la aprobación y recepción de las obras parciales que comprenden.

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

(...)

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

3.3. Por lo demás, se ha de recordar -tal y como ha manifestado de forma reiterada este Organismo Consultivo, v.gr., Dictamen 158/2014, de 29 de abril; o 300/2014, de 3 de septiembre-, que la resolución es el último remedio ante un contrato en crisis y, conforme indica la STS de 26 de marzo de 1987, existen otras alternativas de aplicación previa como es la aplicación de penalidades que, como en la resolución, sólo podrían imponerse «cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo

pactado para la ejecución de la obra (...) pues, como añade esta misma sentencia, “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista” (...) ».

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

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

5. En el supuesto planteado, se ha considerado la resolución del contrato por causa objetiva e imputable al contratista, habiéndose realizado una interpretación restrictiva, al considerar que la obligación contractual incumplida ha resultado esencial con el objeto del contrato debido a la gravedad del incumplimiento y las consecuencias que con ello se ha ocasionado.

Es evidente, como resulta del expediente, que se ha producido un retraso injustificado en el cumplimiento del plazo de ejecución, pues la fecha de inicio de las obras fue el 10 de septiembre de 2021, por lo que la fecha de finalización de la ejecución habría sido el día 9 de marzo de 2022, habiendo, además, abandonado el adjudicatario la ejecución de las obras, por voluntad propia como señala el informe técnico, no negando el contratista que comunicara al concejal del área tan abandono.

Además, consta en dicho informe que tan sólo se había realizado un 15,50 por ciento de la obra.

Por todo ello, sin duda, nos hallamos ante un supuesto de resolución contractual a tenor de lo previsto en el art. 211.1.d), cual es la no ejecución de una obra en los términos expuestos en el art. 13 LCSP, motivo además previsto en la cláusula 29 del Pliego de cláusulas administrativas.

6. Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato por motivo debido al incumplimiento culpable del contratista (concretamente, demora), procede determinar los efectos de aquella.

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

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

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

Este Consejo Consultivo ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declara el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que, si el importe de los daños y perjuicios causados superan el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación (por todos, Dictámenes 510/2020, de 3 de diciembre; 363/2018, de 12 de septiembre; y 196/2015, de 21 de mayo).

7. Por lo demás, en el procedimiento tramitado se deberá actuar 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»*.

En consecuencia, determinada la concurrencia de la causa de resolución de contrato por la demora del contratista en la ejecución de la obra, como efecto de la

resolución de este se deberá realizar la oportuna comprobación, medición y liquidación de la obra, debiéndose citar al contratista para tal fin, lo que no consta realizado en el expediente.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, procediendo la resolución del contrato administrativo de obras denominado (...), celebrado entre el citado Ayuntamiento y (...).