



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 5 1 / 2 0 2 2

(Sección 1.ª)

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

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de La Palma en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de la obra «EDIFICIO DE VIVIENDAS Y VIVERO DE EMPRESAS» en el Término Municipal de Tijarafe, adjudicado a la empresa (...) (EXP. 325/2022 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por oficio del Presidente del Cabildo Insular de La Palma, tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del informe con forma de Propuesta de Resolución, en virtud del cual se acuerda desestimar las alegaciones presentadas por la entidad adjudicataria del contrato, proponiendo la resolución del contrato de obra denominado «EDIFICIO DE VIVIENDAS Y VIVERO DE EMPRESAS» en el término municipal de Tijarafe, Isla de La Palma, incluido en el Programa FDCAN 2016-2025, PACAN 2.5.3, expediente núm. 63 (EXP. 13/2020/CNT), suscrito con la empresa (...) [NIF (...)], con el precio de 2.922.192,16 €, por incumplimiento culpable del contratista, como consecuencia de la concurrencia de la causa prevista en el art. 211.1.f) 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 (LCSP).

2. Ostenta la legitimación para la solicitud de dictamen el Presidente del Cabildo Insular de La Palma, según el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias.

3. Es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de Dictamen en los supuestos de *«nulidad, interpretación, modificación y resolución*

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

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 LCSP, 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 3 de junio de 2022, esto es, bajo la vigencia de la LCSP, es por lo que procede acudir 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.

4. En cuanto al plazo de resolución contractual, es aplicable el plazo de tres meses desde su inicio para resolver el expediente de resolución contractual, aplicando el plazo residual 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. Señala la sentencia: «En cuanto a la extinción de los contratos, el art. 212.8 LCSP dispone que los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses.

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. 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 (STC 141/1993, FJ 5).

Por tanto, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es 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 [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)].

La aplicación del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento de resolución contractual, a la vista de esta sentencia del Tribunal Constitucional que declara la exclusiva aplicación del art. 212.8 LCSP a la Administración del Estado y no a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y entes públicos dependientes, resulta corroborada por 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».

A la vista de nuestra doctrina, establecida a raíz de la STC 68/2021, de 18 de marzo, podemos concluir, consecuentemente, que el plazo previsto en el art. 21.3 LPACAP resulta aplicable, al no haber ejercido la Comunidad Autónoma de Canarias su competencia de desarrollo y ejecución en materia de contratación previendo un plazo específico para la tramitación de los procedimientos de resolución contractual. Este vacío legal obliga, en efecto, a acudir supletoriamente a la ley básica estatal de procedimiento administrativo que establece un plazo supletorio de tres meses cuando la norma reguladora del correspondiente procedimiento no prevea un plazo máximo para resolver (art. 21.3 LPACAP).

Por lo tanto, en el supuesto planteado el transcurso del plazo máximo de tres meses determinaría la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). Este plazo computaría desde su inicio el 3 de junio de 2022, por lo que la fecha de caducidad del presente procedimiento de resolución contractual sería el 3 de septiembre de 2022.

5. No obstante, sin perjuicio de ello, debe señalarse que, en este caso, la solicitud ha sido cursada de oficio el 28 de julio de 2022, siendo así que, de conformidad con la Disposición adicional primera.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 181/2005, de 26 de julio, al ser agosto el mes en que se suspenden sus actividades, resulta de aplicación el apartado tercero de dicha disposición adicional que establece 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»*.

Habiéndose iniciado el procedimiento de resolución contractual el 3 de junio de 2022, y teniendo en cuenta el descuento del mes de agosto por ser inhábil en este Consejo Consultivo, es por lo que el procedimiento de resolución contractual, por tanto, caducaría el 3 de octubre de 2022.

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

7. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, ya se ha mencionado la LCSP y la normativa europea de que es desarrollo (Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública). Así

también, son de aplicación, en tanto no se opongan a lo dispuesto en la antedicha Ley, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y 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 (RGLCAP). Supletoriamente, asimismo, se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo, la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Así como, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del contrato.

II

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

- Mediante Resolución del órgano de contratación n.º 2021/1516, de fecha 6 de marzo de 2021, se adjudicó el contrato de la obra a la empresa (...) [NIF (...)], por un importe de 2.731.020,71 euros (con el IGIC 2.922.192,16 euros), y por un plazo máximo de ejecución de dieciocho (18) meses.
- El día 16 de marzo de 2021, se formalizó en documento administrativo el contrato de obras con la empresa (...), de acuerdo con el Proyecto técnico aprobado, las estipulaciones contenidas en el Pliego de cláusulas Administrativas Particulares, que rigen su ejecución, y la oferta presentada.
- El 5 de abril de 2021, el órgano de contratación emitió la Resolución núm. 2021/2388, por la que se aprueba el Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo para la ejecución de la obra.
- El día 13 de abril de 2021, la dirección facultativa emite el acta de aprobación del Plan de Gestión de los residuos de construcción y demolición.
- El 19 de abril de 2021, se suscribe el acta de comprobación de replanteo de las obras de referencia, sin que se formalizara objeción o reserva alguna.

- El día 20 de abril de 2021, se dicta Resolución núm. 2021/2912, por la que el órgano de contratación aprueba el Programa de Trabajo presentado por la empresa (30 de marzo de 2021).
- El 8 de agosto de 2021, el Director de la obra emite informe de seguimiento, en el que, literalmente, se hace constar que transcurrido el tiempo asignado para la construcción de la obra tan solo se ha ejecutado el 1,92% del presupuesto total de la misma y, además, se señala que *«La Dirección Facultativa no tiene conocimiento de posibles inconvenientes que pueda tener la contrata para aumentar el ritmo de los trabajos de construcción, por lo que considera que los retrasos detectados son imputables únicamente al contratista. Se adjunta al presente informe, el Plan de Obra actualizado por la contrata (...)»*.
- La Dirección Facultativa emite nuevo informe de seguimiento el 8 de septiembre de 2021, en el que da cuenta del porcentaje de ejecución, en agosto 2021 (19% del presupuesto previsto por el contratista en el programa de trabajo para el mes 5 y 2,55% del presupuesto total de la misma), haciendo constar igualmente que no tiene conocimiento de posibles inconvenientes que pueda tener la contrata para aumentar el ritmo de los trabajos de construcción, por lo que considera que los retrasos detectados son imputables únicamente al contratista.
- El 19 de noviembre de 2021, el órgano de contratación solicita informe aclaratorio sobre determinadas cuestiones a la Dirección Facultativa, a la vista del informe emitido por ella con fecha 8 de agosto de 2021, en el que comunicaba el bajo ritmo de ejecución que se estaba llevando en la obra, por razones imputables al contratista.
- El 8 de diciembre de 2021, la Dirección Facultativa emite informe, en el que *«se manifiesta el incumplimiento del compromiso de la empresa contratista en aportar un nuevo programa de trabajo actualizado, conforme a lo acordado en la reunión de seguimiento del contrato de 17 de septiembre de 2021, y da cuenta del estado de ejecución de la obra hasta el mes de noviembre de 2021, certificación número 8 (5% del presupuesto previsto por el contratista en el programa de trabajo de julio de 2021, para el citado mes, y 3,22 % del presupuesto total de la obra)»*.

Asimismo, manifiesta lo siguiente:

«En los 5 primeros meses de obra, del 20 de abril al 19 de septiembre de 2021, con anterioridad al comienzo de la erupción volcánica de septiembre, la obra acumulaba importantísimos retrasos no justificados, indicando entre otros: (...) tal y como dimos cuenta en nuestros Informes de Seguimiento de Dirección de Obra del mes de agosto y del mes de septiembre. En este último informe, correspondiente a la certificación 5 (mes de agosto), hacíamos constar que transcurrido el 28% del tiempo asignado para la construcción de la obra, tan solo se había ejecutado el 2,55% del presupuesto total de la misma.

En el momento de la erupción, la obra se encontraba en la fase de construcción de su estructura de hormigón armado, por lo que el fenómeno eruptivo de septiembre ha podido tener cierta incidencia dificultando entre otros aspectos el transporte de equipos y materiales (acero) entre islas y/o el suministro de hormigón a la obra, debido al cierre en un primer momento y a la posterior desaparición de la planta de hormigón de CEISA de los Llanos de Aridane, la más cercana a Tijarafe.

Tras la incertidumbre y dificultades iniciales, el suministro de hormigón se ha normalizado pudiéndose realizar desde la planta de hormigón de CEISA de la Villa de Mazo. En la actualidad los problemas relacionados con el hormigonado de la estructura se deben a la falta de diligencia, capacidad de gestión y carencia de medios técnicos adecuados (sistema de bombeo operativo) para la correcta puesta en obra del hormigón.

El día 5 de noviembre se realiza el primer hormigonado de la obra. Estaba previsto hormigonar el tramo de muro de contención del nivel 0, entre los pilares PE2 y PE20. El intento resultó fallido a causa del no funcionamiento de la bomba portátil BH SMAX 200/700 instalada en obra, que no fue capaz de bombear el hormigón sobre los moldes del encofrado del muro. Por esta razón, el Encargado de Obra procedió, con la ayuda de una canaleta metálica improvisada, al hormigonado por gravedad de la zapata del muro de contención entre los pilares PN12 y PN13) cercana a la fachada, que no requerían bombeo (Hoja 3-a, Libro de órdenes nº 4, 05-11-2021). Hasta la fecha, la obra no cuenta con un sistema de bombeo operativo para el hormigonado de sus elementos estructurales.

En la visita del día 24 de noviembre se solicitó por escrito a la empresa constructora que gestionara de manera más eficiente el suministro de hormigón a la obra. Como ejemplo de la falta de diligencia y capacidad de gestión, se informa que aún no ha sido hormigonado el tramo de la rampa de garaje del nivel -1 al nivel -2, que se encuentra encofrado, armado y listo para su hormigonado desde finales del mes de agosto.

Asimismo, han sido desatendidas indicaciones de la Dirección Facultativa en relación con el número mínimo de probetas necesarias, lotes y series previstas para el control de los hormigones de la obra. En el hormigonado del 19 de noviembre de 2021 (que se hizo en ausencia del Encargado de Obra) no se realizó el preceptivo ensayo de consistencia del hormigón mediante Cono de Abrams, aunque se dan indicaciones por escrito para su realización (Hoja nº 6-a, Libro de Órdenes nº 4, 19-11-2021).

Además, existen retrasos en la entrega a la D.F. de los albaranes de los diferentes hormigonados, así como, de las actas de resultados de roturas de probetas de hormigón, y seguimos a la espera de recibir el Plan de Ensayos de la Obra.

En relación a la falta de personal cualificado encargado de controlar y gestionar la obra, es de destacar el valor nominal de la figura de Jefe de Obra del contratista, a quien se le requiere "dedicación plena" y no ha estado presente en ninguna de las visitas de obra realizadas por la Dirección de Obra y/o por la Dirección de Ejecución de Obra.

CONCLUSIÓN Con excepción de las posibles afecciones ya comentadas debidas a la erupción volcánica iniciada el pasado 19 de septiembre, la Dirección Facultativa no tiene conocimiento de otros posibles inconvenientes que pueda tener la contrata para aumentar el ritmo de los trabajos de construcción, por lo que considera que los importantes retrasos detectados (con posterioridad al inicio de la erupción) son imputables en gran medida al contratista, debido a la falta de medios técnicos y humanos implicados en la obra, lo que dificulta, si no imposibilita, la correcta ejecución de la misma en los plazos comprometidos».

El referido informe de diciembre de 2021 termina manifestando que *«Resulta imprescindible que, en atención al importante retraso no justificado que acumula la obra, se exija al contratista que incremente los medios técnicos y humanos asignados a la obra, y con el fin de poder verificar la viabilidad real del cumplimiento del plazo de ésta, se requiera a la contrata el Plan de Obra actualizado ya solicitado en la reunión de seguimiento de septiembre de 2021, con una planificación particularizada y desarrollada con la reprogramación de las tareas que incorpore medidas correctoras»* y que contenga al menos los aspectos que asimismo se concretan en dicho informe.

- El 10 de enero de 2022, la Dirección Facultativa emite nuevo informe, concluyendo como sigue:

«Con excepción de las posibles afecciones ya comentadas en el pasado Informe de Seguimiento de O.O., debidas a la erupción volcánica iniciada el 19 de septiembre y finalizada el pasado 13 de diciembre, la Dirección Facultativa no tiene conocimiento de otros posibles inconvenientes que pueda tener la contrata para aumentar el ritmo de los trabajos de construcción, por lo que considera que los importantes retrasos detectados (en la actualidad) son imputables en gran medida al contratista, debido a la falta de medios técnicos y humanos implicados en la obra, lo que dificulta, si no imposibilita, la correcta ejecución de la misma en los plazos comprometidos.

Por todo lo anteriormente expuesto resulta imprescindible que, en atención al importante retraso no justificado que acumula la obra, se exija al contratista que incremente los medios técnicos y humanos asignados a la obra, y con el fin de poder verificar la viabilidad real del cumplimiento del plazo de ésta, se requiera a la contrata un Plan de Obra actualizado válido, con una planificación particularizada y desarrollada con la reprogramación de las tareas que incorpore medidas correctoras (...)».

Añadiendo: «Además, se debe solicitar a la contrata (...) que realice mensualmente un informe de seguimiento de su propia planificación referenciándola al de Obra actualizado solicitado, con expreso reflejo de las desviaciones, si las hubiera, y las medidas correctoras propuestas».

- Mediante Resolución núm. 2022/659, dictada por el órgano de contratación, actuando por delegación, el día 4 de febrero de 2022, se inicia procedimiento para declarar, si procede, la responsabilidad imputable al contratista derivada de la demora y el incumplimiento de los plazos parciales previstos en el programa de trabajo (8 de julio de 2021), ordenándose que se emitan los informes correspondientes y que se conceda trámite de audiencia al contratista.
- El día 8 de febrero de 2022, la representante de la Administración, arquitecta-técnico adscrita al servicio de infraestructura del Cabildo implicado, emite informe en el que manifiesta lo siguiente:

«1) Tal y como manifiesta el Director de Obra, si bien es cierto que la erupción del Volcán de Cumbre Vieja repercutió negativamente en la ejecución de la obra, debido a la desaparición de la planta de suministro de hormigón ubicada en el Callejón de la Gata en el término municipal de El Paso, tras el paso de las coladas, el bajo ritmo de ejecución de la obra ya existía con anterioridad, tal y como se puede constatar del valor certificado hasta el 19 de septiembre de 2021.

2) En las visitas a la obra, se ha comprobado que los medios personales y materiales no son los adecuados para cumplir con los plazos parciales aprobados, tomando como referencia el programa de trabajo presentado por la empresa el 8 de julio de 2021. Particularmente, se duda de la dedicación del encargado de obra, por su ausencia en momentos clave de la ejecución de los trabajos (ausencia en el hormigonado de 19 de noviembre de 2021), pero, fundamentalmente, es destacable lo afirmado por la Dirección Facultativa sobre la ausencia de personal cualificado, cuando afirma:

"En relación a la falta de personal cualificado encargado de controlar y gestionar la obra, es de destacar el valor nominal de la figura de Jefe de Obra del contratista, a quien se le requiere "dedicación plena" y no ha estado presente en ninguna de las visitas de obra realizadas por la Dirección de Obra y/o por la Dirección de Ejecución de Obra."

Igualmente, para la buena marcha de las obras, se requiere el uso de maquinaria e instalaciones adecuadas. En dicho sentido, tal y como constata la dirección facultativa (la obra no cuenta con un sistema de bombeo operativo para el hormigonado de su estructura), a pesar de las indicaciones y advertencias realizadas, la empresa no adopta medidas correctoras en dicho sentido.

3) Con relación a los medios personales mencionados en el apartado anterior, debe destacarse el compromiso de la empresa contratista de adscribir a la ejecución del contrato a un Jefe de Obra (Arquitecto/a, arquitecto/a técnico, ingeniero de edificación o similar, con 5 años de experiencia) y a un encargado de Obra (sin titulación específica, pero con experiencia en obras de edificación de 5 años), ambos con dedicación plena y que se encuentra recogido en el PCAP como condición especial de ejecución.

4) En las reuniones de seguimiento celebradas, se ha exigido a la empresa que tome las medidas necesarias para incrementar el ritmo de ejecución y cumplir así con el plazo de ejecución de la obra, cuya finalización está prevista para el 19 de octubre de 2022, instándole, además, a que presentaran un programa de trabajo actualizado.

5) Finalmente, consta en el libro de órdenes las instrucciones cursadas al contratista referidas al plan de ensayos en relación a:

-Número mínimo de probetas, lotes y series previstas para el control de hormigones en obra.

-En el hormigonado del 19 de noviembre no se realizó el ensayo de consistencia del hormigón mediante el cono de Abrams.

-Retrasos en las entregas de albaranes de los hormigonados.

-Retrasos en las actas de resultados de roturas de las probetas.

-A fecha actual, la empresa sigue sin presentar el Plan de Ensayos (Control de Calidad), incumpliendo las exigencias del CTE».

- La Dirección de Obra emite sendos informes de fecha 14 de febrero de 2022, tanto de seguimiento como de cuantificación de los días de demora por motivos imputables al contratista y los que se debiera a causas ajenas al mismo (erupción volcánica).
- El 16 de febrero de 2022, se concede trámite de audiencia a la empresa contratista, por un plazo de 10 días hábiles, y el 3 de marzo de 2022, se recibe a través de la Plataforma de Licitación Electrónica (VORTAL) escrito de alegaciones de la empresa contratista.
- El 8 de marzo de 2022, se requiere a (...) para que subsane su escrito de alegaciones, por carecer los documentos aportados de la firma de la persona que ostenta los poderes de representación. Se subsanan las deficiencias observadas y se presenta nuevo escrito de alegaciones el 15 de marzo de 2022.
- El 14 de marzo de 2022, la Dirección Facultativa emite el informe de seguimiento correspondiente al mes de febrero de 2022.
- El 7 de abril de 2022 se recibe en la Corporación insular sendos documentos presentados por la dirección facultativa: informe sobre las alegaciones realizadas de 5 de abril e informe de seguimiento correspondiente al mes de marzo.
- En fecha 11 de abril de 2022, se emite informe jurídico, en el que, a la vista de los antecedentes referidos, concluye atribuyendo la responsabilidad imputable al contratista, de la demora e incumplimiento de los plazos parciales, con desestimación de las alegaciones presentadas, e informa favorablemente la ampliación del plazo de ejecución en los días de demora que se deben a causas ajenas al mismo.

- El día 18 de abril de 2022, el órgano de contratación dicta Resolución núm. 2022/3386, desestimando las alegaciones de la empresa (...), declarando la responsabilidad imputable al contratista, con continuación de la ejecución del contrato e imposición de penalidades, y ampliando el plazo de ejecución de la obra hasta el 5 de diciembre de 2022. En la citada Resolución se requiere a la empresa contratista para que presente determinada documentación.
- El 26 de abril de 2022, la empresa (...), presenta la documentación que le había sido requerida.
- El 5 de mayo de 2022, la Dirección Facultativa emite informe de seguimiento de la ejecución de la obra durante el mes de abril de 2022, en el que manifiesta que la obra continúa ejecutándose con un ritmo muy deficiente en el mes de abril de 2022, período en el que ha estado prácticamente paralizada debido a la carencia de medios técnicos y humanos implicados en la obra, lo que imposibilita la correcta ejecución de ésta en los plazos previstos.
- El 26 de mayo de 2022, la arquitecta técnica municipal del Ayuntamiento de Tijarafe, emite informe en el que da cuenta de los múltiples daños e inconvenientes producidos por los retrasos acumulados de la obra. Concluyendo en el informe que los retrasos acumulados en la obra están suponiendo una serie de daños e inconvenientes de difícil reparación, y que se manifiestan, como sigue:

« - Falta de medios personales y técnicos en obra que no permiten que los trabajos a desarrollar puedan adquirir un ritmo adecuado para finalizar la obra.

Problemas de seguridad en la Calle los Poetas por la no ejecución del muro este del edificio que a su vez contiene la vertiente oeste de la calle.

Preocupación por el contrato de la dirección de obra y la coordinación de seguridad que se encuentra directamente afectado por la no ejecución de los tajos y escaso o casi nulo ritmo de la obra.

Altercados en obra y quejas de vecinos y comerciantes por molestias ajenas al adecuado ritmo de los trabajos.

Apertura de un expediente de emergencia social para uno de los trabajadores de la obra que manifiesta no estar percibiendo su salario.

Daño irreparable a la economía local.

Daño a la imagen del municipio y de La Palma así como a sus instituciones, tanto Ayuntamiento de Tijarafe como Cabildo Insular de la Palma. Perjuicio creado al Centro de Arte 20/21 que repercute directamente en la inversión realizada y los retrasos para la apertura de un centro que pretende ser un referente regional de arte contemporáneo en Canarias».

- El 27 de mayo de 2022, la Dirección Facultativa emite informe, relativo a la documentación presentada por la empresa contratista. Así como informe de seguimiento de la ejecución de la obra durante el mes de mayo de 2022.

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

- El 3 de junio de 2022, el órgano de contratación, atendiendo a la gravedad de los hechos detallados en los antecedentes, acaecidos tras la Resolución de 18 de abril de 2022, dicta Resolución núm. 2022/5205, por la que se inicia procedimiento para la resolución del contrato de obra y ordena conceder trámite de audiencia al contratista y la emisión de informe jurídico al respecto. La citada Resolución es notificada a la empresa contratista y al resto de agentes que intervienen en la ejecución del contrato.
- El 3 de junio de 2022 también, el representante del Cabildo y la coordinadora FDCAN La Palma emiten informe conjunto en el que dan cuenta del grave perjuicio que supone el retraso acumulado, a la hora de materializar las inversiones en plazo, en el marco del Programa FDCAN, y manifiestan la necesidad de continuar las obras por otro empresario o por la propia Administración, con carácter de urgencia, por motivos de seguridad y por la importancia de cumplir con los plazos de ejecución y justificación del programa FDCAN, ante el riesgo que quedarse sin financiación o incluso tener que reintegrar las cantidades al Gobierno de Canarias con intereses de demora.
- Y, en fin, asimismo, el 3 de junio de 2022, de acuerdo con el informe mencionado en el apartado anterior, el órgano de contratación requiere a la Dirección Facultativa y al representante de la administración para la comprobación y medición de las obras

ejecutadas, a efectos de elaboración de la propuesta de liquidación, y para la emisión de informe relativo a la urgencia en adoptar las medidas indispensables para corregir o evitar el grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido y si dichas medidas pueden ser ejecutadas por la empresa contratista hasta la formalización del nuevo contrato o es necesaria la intervención de esta Administración.

- El 9 de junio de 2022, se cita formalmente a la empresa contratista para la comprobación y medición de las obras ejecutadas, para el día 16 de junio de 2022, a las 10:00 horas. Tras conversaciones telefónicas, se pospone la cita para el día 21 de junio de 2022, a la misma hora.
- Consta en el expediente la comunicación del trámite de audiencia, realizada el día 13 de junio de 2022, y la presentación de escrito, de fecha 16 de junio de 2022, mediante el que la empresa (...) manifiesta su oposición a la resolución del contrato.
- El día 21 de junio de 2022, a las 10:00 horas, se realiza el acto de comprobación y medición de las obras ejecutadas a efectos de fijar los saldos pertinentes, al que acudió los técnicos que conforman la dirección facultativa, los representantes de las administraciones locales implicadas (Cabildo y Ayuntamiento de Tijarafe) y la Intervención General del Cabildo, para la comprobación material de la inversión. No acude la empresa contratista, a pesar de ser citada formalmente.
- El representante de la Administración en nombre del Cabildo, el día 27 de junio de 2022, emite informe en el que, además de consignar la falta de personación de la empresa, manifiesta:

«Que la obra ha permanecido cerrada y sin actividad desde el día 23 de mayo de 2022, según recoge el libro de Órdenes nº 6, hoja nº 6, con fecha de firma el día 8 de junio de 2022. En del libro de Órdenes se hace constar que para entrar en la obra fue necesario concertar "cita" para la apertura de la puerta, gentileza de R. Es decir, las obras se encuentran abandonadas y al respecto, dado que la empresa no ha adoptado las medidas necesarias para garantizar la seguridad en la zona, se han dado las instrucciones precisas al personal de infraestructuras de este Cabildo.

Tercero: Que, tras la comprobación y medición de las obras se hace constar que el importe de ejecución material es de 121.412,84 euros, lo que supone un importe de ejecución por contrata de 139.135,46 euros y un porcentaje de ejecución sobre el total de 4,76 %. No se ha ejecutado ninguna de las obras ofertadas como mejoras.

Se adjunta ejemplar del acta de comprobación y medición de las obras».

- El día 8 de julio de 2022 se emite informe jurídico, en cumplimiento de lo ordenado por el órgano de contratación mediante Resolución núm. 2022/5205, de 3 de junio de 2022, favorable a la resolución del contrato, con desestimación de las alegaciones formuladas por la empresa contratista.

3. En fecha 27 de julio de 2022, por último, se emite la Propuesta de Resolución sometida al 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 «EDIFICIO DE VIVIENDAS Y VIVERO DE EMPRESAS», suscrito con la empresa (...), por incumplimiento culpable del contratista por la causa prevista en el art. 211.1.f) LCSP.

Por ello, se propone también incautar la garantía definitiva, debiendo, además, la empresa indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, a cuyo efecto habría de incoarse el correspondiente expediente para su reclamación.

2. La cuestión a analizar, así, pues, se centra en este caso en determinar si se ha producido un incumplimiento del contrato y si, en su consecuencia, cabe acordar su resolución con base en la causa legal de resolución de los contratos administrativos que la Administración invoca [art. 211.1.f) LCSP], con los efectos que asimismo se concretan en la propia Propuesta de Resolución.

Y, avanzando al respecto nuestra propia conclusión, cabe afirmar que la resolución contractual se fundamenta adecuadamente en la aplicación del art. 211.1, letra f) LCSP.

En efecto, por las razones que a continuación habremos de concretar, concurre la causa legal aducida para la resolución del contrato administrativo de referencia.

En rigor, además, lo que en este caso se ha producido es el incumplimiento no solo de una sola sino que, cuando menos, son dos las obligaciones contractuales

esenciales que han sido desatendidas por el contratista y que legitiman a la Administración para la resolución del contrato.

3. Se ha incumplido, en primer lugar y ante todo, la obligación principal del contrato, esto es, la ejecución de la obra dentro del plazo máximo establecido.

Constituye causa legal para la resolución del contrato: *«el incumplimiento de la obligación principal del contrato»* [art. 211.f) LCSP]. Es lo primero que, justamente, subraya el apartado f) del art. 211 LCSP.

Lo prevea así el Pliego o no lo haga, por tanto, la sola concurrencia de esta circunstancia, esto es, el incumplimiento de la obligación principal del contrato, habilita a la Administración para acordar su resolución.

Pero es que, además, en cualquier caso, el propio Pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige el contrato que nos ocupa así lo contempla expresamente. Su cláusula 32.1ª comienza a tal efecto recordando la aplicación de las previsiones contenidas en la normativa vigente en materia contractual (arts. 211 a 213 LCSP): *«La resolución del contrato se regirá por lo establecido, con carácter general, en los artículos 211 a 213 de la LCSP y, específicamente para el contrato de obras, en los artículos 245 y 246 de la LCSP»*.

E inmediatamente, a continuación, remite a la cláusula 27ª: *«A los efectos de apreciar la causa de resolución establecida en el artículo 211 f) de la LCSP, y sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 27 del presente Pliego, se considerarán incumplimientos de las obligaciones contractuales esenciales los siguientes: (...)»*. Y esta cláusula, entre sus determinaciones, establece en una de sus rúbricas *«Incumplimiento del plazo de ejecución (Demora)»*:

«El contratista queda obligado al cumplimiento del plazo de ejecución del contrato. Si llegado el final de la obra o, en su caso, el término de alguno de sus plazos parciales, el contratista hubiere incurrido en demora, por causa imputable al mismo, la Administración podrá optar indistintamente, por la resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,80 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato».

(...)

«Esta misma facultad tendrá la Administración respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, fijados en el programa de trabajo o en el cronograma de trabajos, o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total. La imposición de penalidad no excluye la

indemnización a que pueda tener derecho la Administración por los daños y perjuicios ocasionados por el retraso imputable al contratista. La constitución en mora del contratista no requerirá intimación previa por parte de la Administración».

En realidad, el Pliego no hace en este punto sino consignar el tenor literal de la Ley que, después de señalar: *«El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva»* (art. 193.1 LCSP), otorga a la Administración la facultad de resolver el contrato si el contratista incumple esta obligación, que es, como decimos, su obligación principal, como alternativa en ambas circunstancias a la imposición de penalidades (art. 193.3 y 5 LCSP).

4. Por lo demás, que el cumplimiento dentro del plazo establecido constituye la obligación principal del contratista es cuestión que no admite duda.

La obligación principal del contrato de obra ha sido deducida por la jurisprudencia y la doctrina consultiva de un modo natural a partir de la propia caracterización legal de estos contratos:

«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).

Como en la misma línea ha afirmado igualmente la Audiencia Nacional en su Sentencia de 11 de marzo de 2021, (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».*

Así mismo, este Consejo Consultivo 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 lo que 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.

Así las cosas, es de todo punto evidente, a la luz de lo actuado, que en el presente caso, dado el retraso acumulado e injustificado en la realización del programa de trabajo que se había aprobado y que dicho retraso además se fue acentuando en el curso del tiempo, se ha incurrido en la causa de resolución tipificada en la letra d) del art. 211.1 LCSP (*«la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista»*); pero, en la medida en que la ejecución del contrato dentro de los plazos establecidos constituye asimismo la obligación principal del contratista y que dicho plazo tiene carácter esencial, el incumplimiento de la indicada obligación principal resulta susceptible de subsumirse igualmente en la letra f) del mismo art. 211.1 LCSP (dado el tenor literal de su primer párrafo).

5. Esto sentado, cabe añadir que se ha producido asimismo el incumplimiento de, cuando menos, otra de las obligaciones esenciales dimanantes del contrato que nos ocupa y que igualmente legitima a la Administración para acordar su resolución.

El art. 211.1.f), como causa de resolución de los contratos administrativos, después de establecer que lo es *«El incumplimiento de la obligación principal del contrato»*, como ya sabemos, contiene un segundo apartado, que dice así:

«Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurren los dos requisitos siguientes:

1.º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2.º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general».

Así, pues, si están expresamente calificadas como obligaciones contractuales esenciales por el propio Pliego y satisfacen además los requisitos establecidos por el art. 211.1.f) LCSP, el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales así calificadas por el propio Pliego legitima también para la resolución del contrato.

Pues bien, esto sucede igualmente en el supuesto que nos ocupa. La cláusula 32.1ª del Pliego, después de recordar la aplicación en todo caso de las causas legales de resolución del contrato, así como que la ejecución del contrato (la realización de la obra) dentro del plazo establecido constituye la obligación principal del contratista cuyo incumplimiento legitima la resolución del contrato, procede a tipificar las obligaciones contractuales que considera esenciales en los siguientes términos:

«A los efectos de apreciar la causa de resolución establecida en el artículo 211 f) de la LCSP, y sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 27 del presente Pliego, se considerarán incumplimientos de las obligaciones contractuales esenciales los siguientes:

Los incumplimientos de las obligaciones que se hubieran calificado como condiciones especiales de ejecución del contrato en este pliego.

La cesión del contrato sin conocimiento ni autorización previa de la Administración.

La interrupción o abandono de las obras sin causa justificada ni autorización.

La renuncia expresa a la realización de la obra en los términos contratados.

La ejecución de las obras en términos diferentes a los que figuran en los documentos contractuales.

La ejecución gravemente deficiente de las obras.

La desobediencia a las órdenes dadas por la Administración.

El incumplimiento de los plazos parciales o de los importes acumulados de obra ejecutada establecidos en el programa de trabajo, cuando se deduzca la imposibilidad de cumplirlos.

El incumplimiento de los plazos establecidos para presentar el plan de seguridad y salud en el trabajo.

La declaración incompleta o falsa de la relación de empresas que integran el grupo empresarial al que pertenece el contratista».

Las obligaciones calificadas como condiciones especiales de ejecución del contrato en este pliego enumeradas en primer término, cuyo incumplimiento está en grado de acarrear la resolución del contrato según esta cláusula, son las que a su vez recoge la cláusula 10ª:

«10. Condiciones especiales de ejecución

Los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas a su objeto, en el sentido del artículo 145 LCSP, no sean directa o indirectamente discriminatorias y sean compatibles con el derecho comunitario.

Las condiciones especiales de ejecución para este contrato se indican en el apartado I "Condiciones especiales de ejecución" del cuadro resumen y tendrán el carácter de obligaciones contractuales esenciales.

Todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas, igualmente, a todos los subcontratistas que participen en la ejecución del mismo».

Y por remisión de esta otra cláusula resulta así que el cuadro resumen apartado I es el que establece las condiciones especiales de ejecución. Tras referirse, primero, a las de tipo social o relativas al empleo, ambiental, y a las relacionadas con la innovación y a la igualdad, señala:

«b. Otras condiciones especiales de ejecución:

- El cumplimiento del compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de los medios personales y materiales indicados como solvencia técnica adicional recogidos en el apartado D del cuadro resumen y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la cláusula 24 del presente pliego.*

- Remisión de relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando fuera requerido para ello por la Administración.*

- Pagos a los subcontratistas o suministradores (artículo 217.1 LCSP)*

Las condiciones especiales de ejecución tienen el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos previstos en el pliego».

Lo mismo que la demora en la ejecución del contrato dentro del plazo establecido, el expediente da cumplida cuenta de que en este caso igualmente se ha desatendido por el contratista el compromiso contraído de adscripción a la ejecución del contrato de los medios personales y materiales a que estaba obligado.

Entre las exigencias de medios personales que han de satisfacerse, en efecto, figura la necesidad de contar con un Jefe de Obra en los términos recogidos por la cláusula 23.2ª del Pliego:

«El jefe de obra del contratista deberá ser la persona designada por éste, y aceptada por la administración antes de la formalización del contrato, con experiencia acreditada en obras similares a la que es objeto de contratación, con la titulación, en su caso, exigida en el apartado D.- clasificación / requisitos de solvencia económica. financiera y

técnica/habilitación empresarial o profesional del cuadro resumen y con dedicación plena. a estos efectos, se entiende por dedicación plena la no posibilidad de adscripción simultánea del delegado a más de 2 obras».

Esto sentado, la instrucción del presente expediente también ha puesto de manifiesto que el contratista no solo ha incumplido las órdenes impartidas por la Dirección Facultativa sino que también ha venido a desarrollar la ejecución del contrato sin la presencia de la figura del Jefe de Obra (y la de su Encargado) en los términos requeridos por el Pliego; por lo que, en definitiva, no se han adscrito a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes para asegurar su buen fin, lo que constituye el incumplimiento de una obligación contractual esencial así tipificada por el Pliego que habilita asimismo para la resolución del contrato, conforme a lo previsto en el art. 211.1.f) LCSP (en su segundo párrafo).

6. Ciertamente, se ha de recordar también -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 citada en los dictámenes a que hemos hecho referencia, *«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 la potestad de resolución unilateral de los contratos administrativos (como es el caso del contrato de obra), 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 mesura».

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».*

Así, pues, para que la resolución por incumplimiento de un contrato administrativo pueda prosperar se requiere que la obligación incumplida por el contratista tenga carácter esencial, lo que, como ya se ha puesto de manifiesto, acaece en este caso, cuando menos, respecto de dos de las obligaciones dimanantes del contrato que han sido desatendidas por el contratista; pero, además, se requiere igualmente que la gravedad de los incumplimientos tenga una transcendencia suficiente para afectar y frustrar el buen fin del contrato.

7. En el supuesto planteado, la Propuesta de Resolución sometida a nuestro parecer estima procedente la resolución del contrato por causa objetiva e imputable al contratista, al considerar que las obligaciones contractuales incumplidas por el contratista han resultado esenciales con el objeto del contrato debido a la gravedad del incumplimiento y las consecuencias que con ello se ha ocasionado.

Pues bien, aun bajo una interpretación restrictiva en los términos que acaban de exponerse en punto a la aplicación de las causas de resolución en las que se ha incurrido en este caso, ha quedado debida constancia en este caso, a la luz de lo reflejado en los diversos informes que obran en el expediente administrativo, la intervención de la voluntad de la empresa en el incumplimiento manifestado en el curso de la relación contractual, la demora en la ejecución de la obra principalmente y la falta de adscripción de medios personales suficientes.

Cabe considerar estas conductas, por eso, como la expresión de un comportamiento rebelde en lo que al cumplimiento del contrato se refiere, pues la empresa contratista hizo caso omiso de las distintas indicaciones realizadas por el órgano de contratación, dirección de obra, entre otros, sin llegar a cumplir con los plazos establecidos sobre la ejecución material, propiamente dicha, de la obra, como tampoco con las demás observaciones advertidas en los informes técnicos, sin justificación al respecto en la mayoría de los casos. Incluso aun habiendo considerado favorablemente la ampliación razonable del plazo establecido de ejecución de la

obra como consecuencia de la erupción volcánica, siendo esta una causa de fuerza mayor.

Han sido notoriamente acreditados los daños e inconvenientes producidos por los retrasos acumulados de la obra y da cuenta de diversos incidentes producidos (problemas de seguridad, impago de salarios manifestado por trabajador, altercados en obra), con grave afectación de los intereses generales a cuya satisfacción mira la ejecución del contrato como finalidad principal que justifica la licitación misma.

Finalmente, el representante de la Administración durante la ejecución del contrato (Cabildo), en informe de 27 de junio de 2022, da cuenta del estado de abandono de la obra, desde el día 23 de mayo de 2022.

Así pues, como comenzamos indicando, de acuerdo con los informes técnicos emitidos durante la instrucción del procedimiento expuestos en el fundamento anterior (Fundamento II de este Dictamen), ha quedado constatado el incumplimiento por parte del contratista de la obligación principal del contrato, caracterizado por la inobservancia de dicha prestación habiendo incurrido en demora en la ejecución del contrato, así como la falta de personal adscrito a la obra art. 211.1.f) LCSP; lo que supone la concurrencia de causa legal de resolución del contrato administrativo.

Por tanto, de conformidad con la documentación obrante en el expediente, concurre causa legal prevista en el art. 211.1.f) LCSP, además de las causas previstas en la cláusula 32ª del Pliego.

8. El art. 211.2 LCSP establece que: *«En los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo».*

La aplicación de esta previsión legal al caso que nos ocupa, por lo demás, se cuida de recordarla también la cláusula 32ª del propio Pliego.

En el presente supuesto, se considera que el retraso en los plazos viene determinado por la insuficiencia de medios personales y materiales y que la presencia de la figura del jefe de obra es relevante para el buen desarrollo de los trabajos, como interlocutor cualificado con la dirección facultativa.

Por lo demás, el contrato podrá ser resuelto por el órgano de contratación cuando se produzca el incumplimiento del plazo total o de los plazos parciales fijados para la ejecución del contrato que haga presumiblemente razonable la imposibilidad

de cumplir el plazo total, siempre que el órgano de contratación no optase por la imposición de las penalidades de conformidad con la cláusula 26ª, lo que nunca se llegó a hacer efectivo habiéndose propuesto con anterioridad a la resolución del contrato.

El informe jurídico incorporado al expediente (de 8 de julio de 2022), y cuyo contenido transcribe la propia Propuesta de Resolución, señala que concurren varias causas de resolución en este caso y se inclina por considerar que la que ha aparecido con prioridad en el tiempo ha consistido en *«el incumplimiento de las restantes esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos en concreto la falta de adscripción de medios personales»*.

Sean en efecto varias las causas de resolución concurrentes, el incumplimiento de la obligación principal del contrato (por demora en el cumplimiento de los plazos) y de las condiciones especiales para su ejecución (por falta de adscripción de los medios personales y materiales requeridos)- o, en realidad, no más que una sola (el incumplimiento culpable del contratista), la establecida en el art. 211.1.f) LCSP (a la que con toda corrección alude la Propuesta al concretar su alcance en el apartado segundo de su parte dispositiva), lo cierto es que la cuestión no posee en este caso demasiada relevancia, en la medida en que las consecuencias son las mismas con independencia de la aparecida con prioridad en el tiempo, al ser susceptibles de ser reconducidos los incumplimientos contractuales constatados en este caso a la misma causa legal de resolución del contrato [art. 211.1.f) LCSP: por lo demás, lo mismo sucedería si se aplicara el art. 211.1.d) LCSP], y acarrear por tanto los mismos efectos (art. 213.3 LCSP).

9. Apreciada la concurrencia de la causa legal para la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, procede ciertamente determinar los efectos de aquella.

Y 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»*.

Después de recoger esta misma previsión legal, al art. 213 se remite también, por lo demás, el propio Pliego (cláusula 32ª) para determinar los efectos de la resolución del contrato en este caso (la incautación de la garantía).

10. En todo caso, el acuerdo de resolución deberá 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 (art. 213.5 LCSP) -tal y como establece correctamente 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).

11. Por lo demás, en el procedimiento tramitado se actuó 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»*.

El contratista no asistió a la medición y liquidación de las obras realizadas. No obstante, ello no constituye obstáculo en la continuación del procedimiento que se tramita.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, sometido al parecer de este Consejo Consultivo, es conforme a Derecho.