



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 4 4 5 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 16 de noviembre de 2022.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Yaiza en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras «Rocódromo de escalada con monolito exterior (Parque mediterráneo)», adjudicado a la empresa (...), por un precio de 88.428,69 euros, incluido IGIC (EXP. 403/2022 CA)\*.*

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Yaiza, es la Propuesta de Acuerdo para resolver el contrato administrativo de obra «*ROCÓDROMO DE ESCALADA CON MONOLITO EXTERIOR (PARQUE MEDITERRÁNEO)*», adjudicada a la empresa (...), por un precio de 88.428,69 euros, incluido IGIC.

2. La legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para la emisión del Dictamen se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el 191.3, letra a), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), precepto que es de aplicación porque la contratista se ha opuesto a la resolución.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor, y

---

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), también de carácter básico.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, es la Concejala delegada de Contratación.

4. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

4.1. Respecto a la regulación del contrato es oportuno traer a colación lo ya indicado por este Consejo Consultivo, entre otros, en sus Dictámenes 233/2019, de 20 de junio, 391/2019, de 7 de noviembre o 320/2020, de 30 de julio, que distingue el régimen sustantivo aplicable al contrato del régimen procedimental aplicable a la resolución del contrato.

Así, en cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato de obra denominado «*Construcción del Nuevo Polideportivo Municipal*» el 7 de octubre de 2020, resulta de aplicación la LCSP (Disposición Transitoria primera.2 en relación con la Disposición final decimosexta LCSP).

Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según dispone el art. 25 LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -actualmente, y a falta de tal desarrollo reglamentario, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

4.2. Respecto al Derecho procedimental aplicable se ha de señalar que:

4.2.1. Las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato. Este criterio se sustenta en lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) («a) *A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*»), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en

materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición final cuarta LCSP.

4.2.2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 9 de septiembre 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.

Por su parte, el art. 109.1, apartado b) RGLCAP, prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía depositada.

Además, en el ámbito local, se preceptúa como necesario el informe jurídico del Secretario de la Corporación, de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional tercera, apartado 8, de la LCSP.

Por su parte, el art. 195 LCSP, en los casos de resolución por demora en los plazos de ejecución del contrato, permite la resolución sin más trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo Consultivo correspondiente. No obstante, deberá darse también, aunque no sea preceptivo en este tipo de resolución contractual por demora en los plazos de ejecución del contrato de acuerdo con el art. 195 LCSP, audiencia al avalista para evitar su indefensión, trámite que se ha cumplimentado sin que se realicen alegaciones.

5. 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 competencia 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 referida 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)].».*

El transcurso del plazo máximo de tres meses determinaría, en consecuencia, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009).

La aplicación del plazo máximo de tres meses para resolver el procedimiento de resolución contractual, a la vista de la 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 de nuestros recientes Dictámenes 154/2022, de 21 de abril, y 163/2022, de 28 de abril, y otros posteriores, 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 esta doctrina del Consejo Consultivo de Canarias establecida tras la STC 68/2021, de 18 de marzo, podemos concluir que el procedimiento de resolución contractual iniciado el 9 de septiembre de 2022 no se encuentra caducado, toda vez que tal caducidad se produciría, en su caso, el próximo día 9 de diciembre de 2022.

6. No se aprecia la existencia de irregularidades en la tramitación del procedimiento, por lo que nada obsta un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

## II

Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

- Mediante Decreto n.º 2021-2205 de fecha 31 de mayo de 2021 se inicia por el Ayuntamiento de Yaiza expediente de contratación de la obra «*Rocódromo de escalada con monolito exterior (Parque mediterráneo)*».

- Con fecha 14 de junio de 2021 se emite Decreto n.º 2021-2411 de aprobación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de los Pliegos de

Prescripciones Técnicas, aprobación del gasto y la aprobación del inicio de la tramitación de dicha licitación.

- El expediente se licita con un presupuesto base de licitación de 96.097,26 euros.

- Con fecha 14 de junio de 2021, se publica anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del estado.

- Con fecha 3 de septiembre de 2021, se emite Decreto n.º 2021-3035 mediante el que se adjudica la obra a la empresa (...), formalizándose el contrato para la ejecución de dicha obra con fecha 10 de septiembre de 2021, con un coste de 82.643,64 euros sin IGIC. Se publica anuncio de adjudicación y formalización en fechas 3 de septiembre de 2021 y 10 de septiembre de 2021, respectivamente.

- Por parte de la Oficina Técnica se informa que, visto Informe de Acta de Obra Ejecutada para Resolución de Contrato, firmada de una parte por el técnico municipal responsable del contrato, y de otra parte por el representante de la empresa adjudicataria con fecha 8 de junio de 2022, en la que se acuerda una obra ejecutada valorada según proyecto en 11.405 euros, y una vez aplicada la baja (del 14%) se obtiene un presupuesto de ejecución material a abonar de 9.808,30 euros y, una vez aplicados, como establece el proyecto licitado, los conceptos de beneficio industrial (16%) y gastos generales (3%), se obtiene una cantidad total a abonar, exenta de IGIC, de 11.671,88 euros, se propone a la empresa adjudicataria (...) la resolución del contrato de la obra objeto del informe, mediante la aceptación por escrito de lo mencionado en el acta.

- Con fecha 7 de septiembre de 2022 se emite un nuevo informe de la Oficina Técnica con el siguiente contenido:

*«Visto Informe de Acta de Obra Ejecutada para Resolución de Contrato, en la que se acuerda una obra ejecutada valorada según proyecto en 11.405,00 €, y una vez aplicada la baja (del 14 %) se obtiene un presupuesto de ejecución material a abonar de 9.808,30 €, y una vez aplicados, como establece el proyecto licitado, los conceptos de beneficio industrial (16%) y gastos generales (3%), se obtiene una cantidad total a abonar, exenta de IGIC, de 11.671,88 €, y visto apartado 40 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen el Contrato de la obra objeto de informe, sobre Resolución y Extinción del Contrato, en que se indica:*

*“Además de por su cumplimiento, el contrato se extinguirá por su resolución, acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en los artículos 211 y 245 de la LCSP.*

*La resolución del contrato producirá los efectos previstos en los artículos 213 y 246 de la LCSP.*

*Producirá igualmente la resolución del contrato, el incumplimiento por la persona contratista de la obligación de guardar sigilo respecto a los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del contrato y hayan llegado a su conocimiento con ocasión del mismo.”*

*En este sentido el artículo 211 sobre Causas de Resolución de la LCSP establece en su apartado d): “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.”*

*En el artículo 213 sobre Efectos de la Resolución se indica:*

*“1. Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas.*

*2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.*

*3. 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.*

*4. Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 211, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista o este rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205.*

*5. 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.*

*(...) ”*

*También sobre Efectos de Resolución de los contratos de obras, el apartado 1 del artículo 246 de la LCSP establece: “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.”*

*Por lo anteriormente expuesto, considerando que la Resolución del Contrato se debe a causas imputables al contratista por retraso injustificado en la ejecución de la obra, se*



*propone a la empresa adjudicataria (...) resolución del contrato de la obra objeto de informe, mediante la aceptación por escrito de lo mencionado en el apartado primero».*

- Con fecha 13 de julio de 2022 se emite Decreto mediante el que se resuelve literalmente, atendiendo al informe técnico emitido:

*«PRIMERO.- Iniciar expediente de Resolución de Contrato administrativo de obra "ROCÓDROMO DE ESCALADA CON MONOLITO EXTERIOR (PARQUE MEDITERRÁNEO)", adjudicado a la empresa (...) con NIF núm. (...), con un precio de adjudicación de OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO EUROS CON SESENTA Y NUEVE CÉNTIMOS (88.428,69 €) incluido IGIC.*

*SEGUNDO.- Otorgar al contratista (...) con NIF núm. (...), trámite de audiencia por plazo de diez días naturales de conformidad con lo establecido en el artículo 109.1 a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*TERCERO.- Solicitar informe a Secretaría de acuerdo con lo establecido en el artículo 109.1 a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*CUARTO.- Notificar la presente resolución a la empresa (...) con NIF núm. (...).*

- Tras la notificación a la empresa adjudicataria, se observa que no se había incluido en el Decreto de inicio la incautación de la garantía definitiva. Por ello, se vuelve a iniciar el expediente de resolución de contrato dando de nuevo audiencia a la empresa adjudicataria y a la empresa avalista.

Con fecha 9 de septiembre de 2022, en consecuencia, se emitió Decreto n.º 2022-2011 en el que se aprueba:

*«PRIMERO.- Iniciar expediente de Resolución de Contrato administrativo de obra "ROCÓDROMO DE ESCALADA CON MONOLITO EXTERIOR (PARQUE MEDITERRÁNEO)", adjudicado a la empresa (...) con NIF núm. (...), con un precio de adjudicación de 88.428,69 €, incluido IGIC. Se propone además, la incautación de la garantía definitiva por un importe de 4.132,18 €, constituida con fecha 31/08/2021 por parte de la empresa adjudicataria mediante aval bancario de la entidad (...) con n.º 9340.03.2475077-03.*

*SEGUNDO.- Otorgar al contratista (...) con NIF núm. (...), trámite de audiencia por plazo de diez días naturales de conformidad con lo establecido en el artículo 109.1 a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*TERCERO.- Dar audiencia a la entidad (...), con C.I.F. (...), en su calidad de avalista del contrato suscrito por un importe de 4.132,18 €, y con número 9340.03.2475077-03 mediante aval bancario.*

*CUARTO.- Solicitar informe a Secretaría de acuerdo con lo establecido en el artículo 109.1 a) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*QUINTO.- Notificar la presente resolución a la empresa adjudicataria (...) con NIF núm. (...) y a la entidad avalista (...), con C.I.F. (...)».*

- Con fecha 16 de septiembre de 2022 se presenta escrito por parte de la empresa adjudicataria (...) formulando alegaciones y cumplimentando el trámite de audiencia.

- La Propuesta de Resolución desestima las alegaciones de la contratista resolviendo el contrato por la causa prevista en la letra d) del art. 211 LCSP; es decir, por el retraso injustificado del plazo de ejecución de la obra sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas. También propone la incautación de la garantía al entender que es un incumplimiento culpable, de acuerdo con el art. 213 LCSP.

### III

1. La Propuesta de Resolución plantea resolver el contrato por la causa prevista en el art. 211.1 d) LCSP por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, con incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista.

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

Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala, referida a cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, que *«el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos»*.

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

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

Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de “denominación” que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato. Así resulta, como transcribe la Propuesta de Resolución, que “por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato”».

3. Las causas de resolución del contrato vienen establecidas con carácter general en el art. 211 LCSP y de forma específica para el contrato de obras en su art. 245.

Según este Consejo Consultivo tiene declarado, entre otros, en el DCC 60/2016, de 10 de marzo, «los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la administración (art. 212.3 TRLCSP -actual art. 193.2 LCAP-), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculta a la administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP -mismo art. 193 LCSP-). por ello, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el “cumplimiento del plazo».

Tanto la LCSP como los pliegos atribuyen a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución bien por la imposición de esas penalidades, pero como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000 «la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias», habiendo declarado la Sentencia de 1 de octubre de 1999 que «a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación».

Efectivamente, atendiendo a la doctrina transcrita, este Consejo Consultivo no puede sino compartir con la Propuesta de Resolución que *«(e)n este expediente de resolución de contrato resulta evidente, a la vista de los antecedentes descritos, que la causa de resolución del contrato es la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista -que ni siquiera es refutada por la interesada, ya que firma el acta en el que se acuerda que la ejecución de las obras es del 14% a 8 de junio de 2022-, con lo cual no se da cumplimiento al objeto del contrato»*.

En efecto, la cláusula 32.2.1 PCAP establece que: *« (...) Si llegado el final de la obra, la persona contratista hubiere incurrido en demora, por causa a ella imputable, la Administración podrá optar, atendiendo a las circunstancias del caso, por la resolución del contrato (con pérdida de la garantía constituida) (...) »*.

Por su parte, en la cláusula 32.3.1 PCAP se dispone que: *« (...) En el caso de que la persona contratista realizara defectuosamente el objeto del contrato, o incumpliera los compromisos adquiridos en virtud de este contrato, o las condiciones especiales de ejecución establecidas en la cláusula 29.8 del presente pliego, el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato con incautación de la garantía constituida, (...) »*.

Y, en la cláusula 40 PCAP se establece: *« (...) Además de por su cumplimiento, el contrato se extinguirá por su resolución, acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en los artículos 211 y 245 de la LCSP. La resolución del contrato producirá los efectos previstos en los artículos 213 y 246 de la LCSP (...) »*.

Teniendo ello en cuenta, el informe emitido por el técnico municipal Responsable del Contrato propone el inicio del expediente de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista.

En consecuencia, nos encontramos ante un incumplimiento grave del objeto del contrato, que consistía en la ejecución de la obra «ROCÓDROMO DE ESCALADA CON MONOLITO EXTERIOR (PARQUE MEDITERRÁNEO)», por lo que la Administración ha optado por la resolución contractual prevista, además de en la LCSP, en el PCAP, con incautación de la garantía constituida, pues se incurre en la causa de resolución señalada en la letra d) del art. 211.1 LCSP, esto es, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

En este caso se ha producido un retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el contrato de más de un tercio del plazo de duración inicial del contrato, cuya ejecución era de cinco meses sin posibilidad de prórroga -que se iniciaron el 17 de noviembre de 2021, pues a 8 de junio de 2022 no se había ejecutado sino un 14% de la obra.

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

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

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

4. Por último, en cuanto a los efectos de la resolución del contrato, se encuentran previstos en los arts. 213 y 246 de la 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.

El importe de los daños y perjuicios podrá determinarse de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto, quedando entre tanto retenida la garantía (art. 113 RGLCAP).

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

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, que resuelve el contrato administrativo de obra «*ROCÓDROMO DE ESCALADA CON MONOLITO EXTERIOR (PARQUE MEDITERRÁNEO)*», adjudicada a la empresa (...), e incauta la garantía por incumplimiento culpable, se considera ajustada a Derecho al concurrir la causa de resolución prevista en la letra d) del art. 211.1 LCSP.