



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 474/2022

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 7 de diciembre de 2022.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Vega de San Mateo en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras denominado: «Construcción del Nuevo Polideportivo Municipal», adjudicado a la UTE (...) por un precio de 3.383.769,56 euros (EXP. 436/2022 CA)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de la Vega de San Mateo por oficio de fecha 5 de septiembre de 2022, con entrada en el Consejo Consultivo el 12 de septiembre de 2022, es el expediente de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista por demora en los plazos de ejecución del contrato e incumplimiento de la prestación principal del contrato, en relación con el contrato denominado *«Construcción del Nuevo Polideportivo Municipal»* adjudicado a la UTE (...) por un precio de 3.383.769,56 euros.

2. La legitimidad para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para su emisión 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 art. 191.3, letra a), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) y el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP), preceptos que

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

son de aplicación, de acuerdo con lo establecido en el apartado segundo de la Disposición transitoria primera en relación con la Disposición final decimosexta de la citada LCSP, al señalar que « (...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista». Circunstancias estas que concurren en el presente procedimiento administrativo -incluida la oposición del contratista-.

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

3.1. 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.

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

3.2.1. 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.

3.2.2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 3 de agosto 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.

Además, en el ámbito local, se preceptúa como necesario el informe jurídico del Secretario de la Corporación o, en su caso, a la asesoría jurídica de la Corporación, tal y como ocurre en el presente supuesto, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Tercera, apartado 8, LCSP.

Por su parte, el art. 112.2 LCSP establece que «El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común» y 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. Trámite que consta debidamente realizado en el presente expediente.

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 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)].*

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 la doctrina de este Consejo Consultivo establecida tras la STC 68/2021, de 18 de marzo, podemos concluir que el procedimiento de resolución contractual iniciado el 3 de agosto de 2022 incurrirá en caducidad si no se resuelve en el plazo máximo de tres meses, sin que se incluya en el cómputo de tal plazo, tal como señalamos en nuestro Dictamen 381/2022, de 13 de octubre, los períodos en que el procedimiento ha estado suspendido al amparo del art. 22.d) LPACAP con notificación a los interesados. Esto es, por un lado, entre el 19 de septiembre de 2022, fecha en que se solicita por el Ayuntamiento de la Vega de San Mateo el dictamen del órgano consultivo con solicitud de suspensión de los plazos, y el 21 de octubre de 2022, fecha en que se recibe por éste nuestro Dictamen 397/2022, de 19 de octubre; y por otro lado, tras la nueva petición de dictamen con solicitud de suspensión de los plazos, desde el 25 de octubre de 2022, hasta la emisión del nuevo dictamen, el cual deberá ser igualmente notificado a los interesados, por lo que se considera que el plazo del expediente de resolución contractual no está caducado.

6. El órgano competente para dictar resolución es la Junta de Gobierno Local (Disposición adicional segunda.1 y 2 LCSP), por ser el órgano de contratación (art. 212.1 LCSP) por delegación del Pleno en virtud del acuerdo de 27 de junio de 2019. Como tal órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución del contrato, conforme al art. 190 LCSP, sin perjuicio de su delegación en la Concejal con competencias en materia de contratación.

El recurso potestativo de reposición interpuesto el 19 de abril de 2022 contra la desestimación tácita de la solicitud de resolución instada el 15 de abril de 2021, debe ser resuelta por el Pleno de la Corporación, dado que el acuerdo de 27 de junio de 2019 (BOP n.º 83 de 10 de julio de 2019) no delega la facultad de resolver los recursos de reposición (DA 2.ª LCSP).

## II

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

1. Consta en el expediente, certificación de Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria de fecha 30 de septiembre de 2020, mediante el cual, en síntesis, se acordó adjudicar el contrato de obra denominado «*Construcción del Nuevo Polideportivo Municipal*», a la entidad UTE (...), bajo un precio total de 3.383.769,56 euros -IGIC incluido- (Expte. N.º: 987/2018).

2. Consta en el expediente, certificación de Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria de fecha 7 de octubre de 2020, mediante el cual, en síntesis, se acordó subsanar el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 30 de septiembre de 2020, en relación al número CIF de la entidad adjudicataria, dado que el mismo resultó ser incorrecto. (Expte. N.º: 987/2018).

3. Consta en el expediente, contrato administrativo, suscrito entre la entidad adjudicataria y la Corporación Local de fecha 6 de noviembre de 2020, el cual contiene tanto las condiciones de la licitación como el clausulado por el cual rige el contrato (Expte. N.º: 987/2018).

4. Consta en el expediente, Acta de Comprobación de Replanteo Negativo Suspensiva de fecha 3 de diciembre de 2020, suscrita por el Técnico Municipal y por el representante de la contrata, que indica que a la referenciada fecha no se ha efectuado ni el nombramiento del Director Facultativo de la Obra ni el del Coordinador de Seguridad y Salud, así como que la entidad adjudicataria se compromete a no reclamar ningún tipo de indemnización por el retraso del comienzo de las obras por un plazo de tres meses desde la firma del acta (Expte. N.º.: 987/2018).

5. Consta en el expediente, contrato administrativo, suscrito entre la entidad (...) y la Corporación Local de fecha 7 de abril de 2021, respecto a la contratación de la «*Dirección Facultativa y Coordinación de la Seguridad y Salud de la obra de construcción del nuevo Polideportivo Municipal*» (Expte. N.º.: 2222/2019).

6. Consta en el expediente, Acta de Comprobación de Replanteo de fecha 15 de abril de 2021, en la que, en síntesis, las partes acuerdan dar comienzo el plazo de ejecución de la obra y, a su vez, la entidad adjudicataria solicita la concesión de un plazo de treinta días con el objeto de analizar con la Dirección Facultativa de la obra

determinadas unidades incluidas en el Proyecto técnico de obra con el fin de concretar la viabilidad de la ejecución (Expte. N.º: 987/2018).

7. Consta en el expediente, escrito presentado por la entidad (...), de fecha 22 de junio de 2021, mediante el cual informa a la Corporación Local, que la entidad adjudicataria de la obra no ha comenzado la ejecución material de la misma hasta la fecha, a efectos de que la Corporación intervenga.

8. Consta en el expediente, escrito presentado por la entidad (...) de fecha 15 de julio de 2021, mediante el cual, en síntesis, la entidad adjudicataria solicita la resolución del contrato de mutuo acuerdo en base al incremento del precio de las materias primas y por el retraso en el comienzo de la obra por las causas del art. 245 LCSP.

9. Consta en el expediente, oficio emitido por parte de la Corporación Local de fecha 20 de julio de 2021, mediante el cual se requiere a la entidad (...) con el objeto de que emita informe respecto a la hipotética causa (o causas) de resolución del contrato y si la misma es imputable al contratista y la hipotética cuantificación económica por los daños y perjuicios que pudiese acarrear la resolución del contrato.

10. Consta en el expediente, escrito presentado por la entidad (...) de fecha 15 de septiembre de 2021, mediante el cual informa que la entidad adjudicataria de la obra es culpable en relación a la no ejecución material de la obra.

11. Consta en el expediente, informe jurídico emitido por el Técnico de la Administración General (TAG) de la Corporación Local, de fecha 13 de diciembre de 2021, y conformado por parte de la Secretaria en fecha 14 de diciembre de 2021, mediante el cual se concluye la necesidad de que sea emitido, por parte del Técnico Municipal, informe sobre la imputabilidad de la culpabilidad del incumplimiento por parte del contratista, o no en su caso, en relación a la resolución del contrato que se pretenda llevar a cabo y, a su vez, su hipotética cuantificación económica en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

12. Consta en el expediente, providencia emitida por parte de la Corporación Local de fecha 14 de diciembre de 2021, mediante la cual se requiere al Técnico Municipal, informe respecto a la hipotética imputabilidad de la culpabilidad del incumplimiento por parte del contratista en relación a la resolución del contrato que se pretenda llevar a cabo y, a su vez, se informe con respecto a la cuantificación económica en concepto de indemnización de daños y perjuicios que resulte

procedente aplicar en la cual haya incurrido la entidad contratista de la obra a raíz de su hipotético incumplimiento.

13. Consta en el expediente, providencia emitida por parte de la Corporación Local en fecha 10 de marzo de 2022, mediante la cual se reitera la emisión de informe técnico.

14. Consta en el expediente, Recurso de Reposición, presentado por la entidad UTE (...) en fecha 19 de abril de 2022, mediante el cual reitera su solicitud de fecha 15 de julio de 2021, ya expuesta.

15. Con fecha 7 de julio de 2022, se emite informe por parte del Técnico Municipal en el que se imputa la culpabilidad a la entidad adjudicataria, al considerar que, tras el acta de replanteo de las obras de 15 de abril de 2021, no alegó ningún motivo que justificase el no comienzo de las obras, haciendo constar que en el acta negativa de 3 de diciembre de 2020, la empresa se comprometió a no reclamar indemnización por el retraso en el comienzo de las obras hasta transcurridos tres meses desde la referida acta, y que en ese tiempo, pudo haber estudiado la viabilidad de la obra, cuantificando además los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento.

16. El 25 de julio de 2022 se emite informe por la Intervención en relación al cálculo de intereses, en caso de que se acuerde la devolución de la subvención percibida por Decreto 15/2021 del Presidente del Instituto Insular de Deportes de fecha 29 de enero de 2021.

17. Con fecha 27 de julio de 2022, se emite informe propuesta por el TAG con la conformidad de Secretaría, por el que se desestima el recurso de reposición y se propone incoar procedimiento de resolución del contrato por causa imputable al contratista, con audiencia al mismo y a las entidades avalistas.

### III

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

1. El 3 de agosto de 2022 la Junta de Gobierno Local acuerda incoar expediente de resolución del contrato denominado «*Construcción del Nuevo Polideportivo Municipal*», con audiencia al contratista y a las entidades avalistas, poniendo la

notificación a disposición del contratista que se acepta el 12 de agosto de 2022, se acepta por (...) el 4 de agosto y por (...) el 3 de agosto de 2022.

2. Por parte de la UTE (...) se formula escrito mediante el cual se solicita la revocación o, en su caso, la ampliación del plazo concedido el 12 de agosto de 2022.

3. El TAG con la conformidad de Secretaría propone estimar la ampliación del plazo, que se acuerda por el Concejal Delegado de Vías y Obras.

4. El 17 de agosto de 2022 la Junta de Gobierno Local acuerda la ampliación del plazo en cinco días adicionales, desestimando el resto de las pretensiones de la adjudicataria expuestas en el escrito de 12 de agosto de 2022. Se notifica el 18 de agosto de 2022 al contratista y sus avalistas.

5. La entidad adjudicataria interpone el 19 de agosto de 2022 recurso extraordinario de revisión contra el acuerdo de estimación parcial de ampliación de plazo.

6. El 24 de agosto de 2022 se presentan alegaciones por la UTE adjudicataria del contrato, oponiéndose a la resolución del contrato por culpa del contratista.

7. El 2 de septiembre se certifica por la secretaria que se ha presentado alegaciones por la UTE adjudicataria, pero no por los avalistas.

8. Con fecha 19 de octubre se emite por este Consejo Consultivo el Dictamen 397/2022, en el que se concluía *«Procede la retroacción del procedimiento en los términos y por la causa prevista en el Fundamento IV del presente Dictamen»*.

9. Con fecha 24 de octubre de 2022 se emite Informe-Propuesta de Resolución por el que se declara la resolución del contrato administrativo de obras denominado *«Construcción del nuevo Polideportivo Municipal»*, por causa de incumplimiento culpable del contratista por no ejecutar la prestación principal del contrato, así como por la demora en el cumplimiento de los plazos establecidos, no habiendo iniciado la ejecución de las obras transcurridos dos meses desde la fecha fijada de inicio, con los perjuicios para el interés público que resultan en base al art. 211.1.d) y f) LCSP.

## IV

1. La Propuesta de Resolución acuerda resolver el contrato administrativo de obras denominado *«Construcción del Nuevo Polideportivo Municipal»*, por causa del incumplimiento culpable del contratista por no ejecutar la prestación principal del contrato, así como por la demora en el cumplimiento de los plazos establecidos, no

habiendo iniciado la ejecución de las obras transcurridos dos meses desde la fecha fijada de inicio, con los perjuicios para el interés público que resultan en base al art. 211.1.d) y f) LCSP. Todo ello con incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista e indemnización de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento, como consecuencia de la frustración del fin del contrato, al haber perdido, por dicha causa, la subvención otorgada por el Cabildo Insular de Gran Canaria el 2 de febrero de 2021 para la ejecución del contrato.

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 trascibe 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 en este expediente de resolución de contrato resulta evidente, a la vista de los antecedentes descritos, que la causa de resolución del contrato es la inejecución de la prestación principal del contrato, que consistía en la construcción del nuevo polideportivo municipal, cuyos trabajos ni tan siquiera llegaron a iniciarse.

En efecto, la cláusula 10 PCAP señala que *«El plazo máximo de ejecución de las obras será de DIECIOCHO (18) MESES, a contar desde la firma del acta de replanteo, que deberá llevarse a cabo en el plazo máximo de un mes desde la fecha de formalización del contrato»*, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 237 LCSP.

Añadiendo la cláusula 29 PCAP que, en caso de demora imputable al contratista, se otorga a la Administración la opción, en atención a las circunstancias, para la resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida, o bien, la imposición de penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato.

Asimismo, la cláusula 36 PCAP señala que el contrato se extinguirá por su resolución acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en los arts. 211 y 245 LCSP, resolución que producirá los efectos previstos en los arts. 213 y 246 LCSP.

Y, por último, el Pliego de Prescripciones Técnicas, en su cláusula 6, hace igualmente referencia al plazo de dieciocho meses desde la firma del acta de comprobación del replanteo para la ejecución del contrato.

Teniendo en cuenta esta regulación, en el presente caso nos encontramos ante un incumplimiento grave del objeto del contrato, que consistía en la ejecución de la obra «*Construcción del Nuevo Polideportivo Municipal*», lo que nunca se llevó a efecto, toda vez que los trabajos ni tan siquiera llegaron a iniciarse, así la Dirección Facultativa presenta un escrito al Ayuntamiento el 21 de junio de 2021, en el que expone que a dicha fecha la obra aún no ha comenzado, pese a haber transcurrido más de dos meses desde la firma del Acta de Replanteo, sin que haya recibido tampoco ninguna comunicación de la empresa contratista, conminando a la Administración para que solicite a la empresa contratista el comienzo de los trabajos o informe de las causas que lo impidan. 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 f) del art. 211.1 LCSP, esto es, el incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Conclusión esta que se alcanza del estudio de los datos obrantes en el expediente administrativo, y que se analizarán a continuación.

Así, en primer lugar, la entidad contratista alega como motivo de su oposición la inexistencia de acta de replanteo previa a la aprobación del expediente de contratación en los términos previstos en el art. 236 LCSP, lo que, según su entender, determinaría un vicio del procedimiento contractual imputable a la Administración.

Pues bien, tal causa de oposición debe ser desestimada por cuanto, tal como acertadamente expone la Propuesta de Resolución «*consta en el expediente administrativo Informe de Supervisión Técnica del proyecto técnico de obra, confeccionado por parte del Técnico Municipal a fecha 12 de noviembre de 2018 (Expdte.: 987/2018), y el mismo hace referencia expresa acerca de la disponibilidad de los terrenos, así como de su Replanteo Previo respecto al proyecto técnico de obras objeto de adjudicación a la entidad contratista.*

*Cita el referenciado Informe lo siguiente -folios 2 a 3-*

*“ (...) 4º.- Disponibilidad de Terrenos: Habiéndose inspeccionado los terrenos sobre los que se han proyectado las obras de referencia, se ha podido comprobar “que existe” la posesión y disponibilidad real de los mismos para la normal ejecución del proyecto. (...)*

*7º.- Replanteo previo:*

*De la inspección realizada se desprende que los planos topográficos se ajustan a la realidad geométrica del terreno y del edificio y que los mismos están disponibles para su normal ejecución, comprobándose los supuestos básicos contemplados en el PROYECTO BÁSICO Y DE EJECUCION, y siendo FAVORABLE el resultado de tal comprobación (...)”.*

*También debe ser manifestado que la Junta de Gobierno Local (en adelante: JGL) aprobó el proyecto técnico, así como la incoación del expediente de contratación, mediante Acuerdo de fecha 14 de noviembre de 2018. Dicho Acuerdo fue subsanado al existir errores materiales, por el mismo órgano, a fecha 4 de enero de 2019 (Expdte. nº.: 987/2018)».*

Igual suerte desestimatoria debe correr la alegación efectuada por la entidad contratista, al manifestar que el documento elaborado el 15 de abril de 2021 y que lleva por rúbrica «Acta de Replanteo de Obra», no puede considerarse un «Acta de comprobación de replanteo» sino que el mismo ha de ser encuadrado como el acto de «Replanteo Previo» previsto en el art. 236.1 LCSP, considerando además que dicha acta no puede ser considerada ni positiva, ni favorable.

En relación con esta cuestión, se ha de señalar que en el documento firmado el 15 de abril de 2021 por el Técnico Municipal Director del contrato, la entidad contratista, la Directora de las Obras y el Director de Ejecución, se hizo constar lo siguiente:

*«Que se inician las obras del expediente Nº 987/2018 denominado “CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO POLIDEPORTIVO MUNICIPAL”, contándose a partir de esta fecha el plazo de ejecución establecido en el Pliego de Condiciones. Se advierte a la Contrata que tome las precauciones necesarias de seguridad y garantía respecto a su personal, al público y al funcionamiento de los Servicios.*

*Asimismo se le advierte que se abstenga de alterar las unidades de obras descritas en el Presupuesto, realizar ninguna que no figure en él, o ejecutar más unidades de las figuradas, sin obtener previa autorización y conformidad a los precios. El Contratista lee detalladamente el Pliego de Condiciones y ordena al Encargado de la obra su puntual observancia.*

*La empresa contratista solicita en este acto TREINTA (30) DÍAS de plazo para el análisis del Proyecto del Expediente 987/2018, con la Dirección Facultativa debido a la discrepancia con algunas unidades del Presupuesto, con el fin de concretar la viabilidad de la ejecución».*

A la vista del contenido del documento transcrito, nos encontramos, evidentemente, ante el «Acta de Comprobación de Replanteo» prevista en el art. 237 LCSP, que dispone «La ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato». El hecho de que tal documento se haya denominado «Acta de Replanteo», es un error material manifiesto que en nada modifica la finalidad perseguida por dicho acto, cual es, dar comienzo a la ejecución de las obras una vez adjudicado y formalizado el contrato, sin que sea aceptable la interpretación tergiversada y, en cierta forma, maliciosa, de la contratista, al negar este carácter al documento, máxime cuando tal acto venía precedido por el «Acta de Comprobación de Replanteo» de fecha 3 de diciembre de 2020 de resultado negativo.

Pero es más, tal documento es acorde con la regulación establecida en el propio PCAP en cuya cláusula 20.1 se señala que «En el plazo no superior a un mes desde la fecha de formalización del contrato, salvo casos excepcionales justificados, se procederá, en presencia de la persona contratista, a efectuar la comprobación del replanteo realizado previamente a la licitación».

Añadiendo el apartado segundo de la cláusula 20 PCAP los siguientes requisitos para la comprobación del replanteo:

Que a juicio de la Dirección Facultativa y sin reservas por parte del contratista, el resultado de la comprobación del replanteo demuestre la posesión y disposición real de los terrenos, la idoneidad y viabilidad del proyecto.

Que la Dirección Facultativa dé una autorización de inicio, siempre que el contratista haya presentado el Plan de Seguridad y Salud y el Plan de Gestión de Residuos de Construcción y Demolición a que hace referencia la cláusula 21.

El acta debe dar la autorización de inicio quedando notificado el contratista por el hecho de suscribirla, empezando el plazo de las obras desde el día siguiente a la firma del acta.

De lo anterior se concluye, con la Propuesta de Resolución, que el documento suscrito el día 15 de abril de 2021, es propiamente un «Acta de Comprobación de

*Replanteo*», el cual se formalizó con la finalidad de iniciar los trabajos propios de la ejecución de la obra, revistiendo además dicho «Acta» carácter positivo, toda vez que, a pesar de que la entidad contratista se reservó un plazo de treinta días para el análisis del proyecto técnico con la Dirección Facultativa debido a la discrepancia con algunas unidades del presupuesto, con el fin de concretar la viabilidad de la ejecución, lo cierto es que transcurrido dicho plazo (treinta días) la entidad contratista no formuló ninguna alegación, oposición o reserva en el plazo conferido, mostrando así su plena conformidad con el proyecto y a la viabilidad del mismo. Siendo, además, ese el momento procedimental adecuado para oponer todos los defectos del proyecto relativos a interferencias existentes con otras edificaciones e instalaciones anejas al polideportivo, así como las relativas a la tramitación del expediente contractual que relata en su escrito de oposición a la resolución, sin embargo, a pesar del plazo conferido, ninguna objeción opuso al inicio de las obras, sin que tampoco se concretaran en momento alguno cuales eran las unidades de obra sobre las que existían discrepancias. Discrepancias que, por otro lado, debieron quedar resueltas o no ser obstáculo para la contratista, en tanto no formuló objeciones sobre las mismas en el plazo conferido, mostrando de esa forma su conformidad a la viabilidad del proyecto. Y todo ello, sin que deba olvidarse que la cláusula 13.7 PCAP establece que *«La presentación de las proposiciones presume la aceptación incondicional por la persona empresaria de la totalidad del contenido de las cláusulas y condiciones del presente pliego y del de prescripciones técnicas, sin salvedad alguna»*.

Finalmente, la entidad contratista opone que en el presente supuesto existe causa de resolución del contrato imputable a la Administración, y ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 245.b) LCSP, al haber estado suspendida la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses. Esta alegación tampoco puede tener favorable acogida por cuanto, el día 3 de diciembre de 2020 se firmó *«Acta de Comprobación de Replanteo»* con resultado negativo, por cuanto, no se había efectuado aún, ni el nombramiento del Director de las obras, ni del Coordinador de Seguridad y Salud, por lo que se acordó la suspensión del inicio de las obras, declarando expresamente el contratista que no reclamaría ningún tipo de indemnización por el retraso del comienzo de las obras hasta transcurridos tres meses de la firma del acta. Tras lo cual se sacó a licitación tanto la Dirección de las obras, como la Coordinación de Seguridad y Salud, siendo nombrados el 7 de abril de 2021, y aprobándose el Plan de Seguridad y Salud el 15 de abril de 2021, fecha en la cual se formaliza un nuevo *«Acta de Comprobación de Replanteo»*, que tal como se

acaba de razonar, fue positiva, manifestando de esta forma el contratista su conformidad con el inicio de las obras y convalidando, por tanto, el periodo de suspensión de las obras derivado de la licitación de la Dirección de obras y la Coordinación de la Seguridad y Salud; además, de haber considerado que concurría ya en ese momento causa de resolución debió haberlo opuesto, manifestándolo así y haciéndolo constar en el acta, sin embargo nada de esto aconteció, por lo que no puede apreciarse la causa prevista en el art. 245.b) LCSP.

Por último, hemos de señalar, 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, en el presente caso 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, esto es, 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 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).

En el presente caso, en la Propuesta de Resolución se acuerda «Fijar como indemnización por daños y perjuicios causados a este Ayuntamiento por la demora en el cumplimiento de los plazos, consistente en la redacción de nuevo proyecto técnico de obra para la ejecución del Nuevo Polideportivo y por la devolución de la subvención, a la entidad subvencionadora, en base a los Informes de fecha 7 de julio de 2022 y de fecha 26 de julio de 2022, a cargo del contratista, la cuantía de SEISCIENTOS SESENTA MIL QUINIENTOS VEINTICINCO EUROS CON CINCUENTA Y DOS CÉNTIMOS (660.525,52.-€), que hace efectiva mediante la incautación de la garantía definitiva constituida en el referido importe de 158.120,00.-€, debiéndose acordar la apertura de expediente contradictorio por el remanente de la cuantía (502.405,42.-€) pendiente».

Consta en el expediente administrativo que el Ayuntamiento obtuvo el 2 de febrero de 2021 una subvención del Instituto Insular de Deportes del Cabildo Insular de Gran Canaria por importe de 600.000 euros que destinó a la ejecución de las obras. Sin embargo el PCAP no dice nada sobre dicha subvención, sino que, por el contrario, señala que existe crédito presupuestario suficiente (cláusula 6 PCAP) para atender las obligaciones del contrato. Por tanto, la subvención se recibe el 2 de febrero de 2021, con posterioridad a la adjudicación y formalización del contrato, constanding además que se ha pedido prórroga del plazo de ejecución por el Ayuntamiento hasta el 30 de junio de 2024, sin que conste respuesta del Instituto Insular de Deportes del Cabildo de Gran Canaria. Por tanto, no se dan las condiciones para reclamar dicha subvención al contratista en concepto de indemnización de daños y perjuicios, por no ser un daño real y efectivo.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato administrativo el contrato de obra denominado «*Construcción del Nuevo Polideportivo Municipal*», adjudicado a la entidad: UTE (...), bajo un precio total de 3.383.769,56 euros -IGIC

incluido- (Expte. N.º: 987/2018), por culpa del contratista, por la causa prevista en el art. 211.1.d) y f) LCSP se considera conforme a derecho.