



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 501/2022

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 22 de diciembre de 2022.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto del Rosario en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras denominado «Instalaciones de electricidad e instalación fotovoltaica de autoconsumo para el CEIP Puerto del Rosario», adjudicado a la entidad (...) (EXP. 469/2022 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Puerto del Rosario por oficio de 16 de noviembre de 2022, con entrada en el Consejo Consultivo el día 17 de noviembre de 2022, es la Propuesta de Resolución mediante la cual se resuelve el contrato de obra «Instalaciones de Electricidad e Instalación fotovoltaica de autoconsumo para el CEIP Puerto del Rosario».

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

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1 LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

* Ponente: Sra. de León Marrero.

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria 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. 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.

En cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato de obra *«Instalaciones de Electricidad e Instalación fotovoltaica de autoconsumo para el CEIP Puerto del Rosario»* el 18 de agosto de 2021, resulta aplicable 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 LPACAP- (*«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 4 de octubre de 2022 por la Concejala de Contratación, en ejecución de lo señalado por el DCC 347/2022, de 20 de

septiembre, 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, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Tercera, apartado 8, LCSP.

Consta en el expediente administrativo informe jurídico, de la técnica municipal, aprobado por la Concejala de contratación, con la conformidad del Secretario Accidental del Ayuntamiento, para la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución y del objeto principal del contrato.

El precepto no establece, como sí hace el art. 109.1, apartado b) RGLCAP, la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía depositada, pero el art. 112.2 de la LCSP obliga a tener al avalista como parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada. Consta en el expediente que se ha dado audiencia al avalista, cuya necesidad se puso de manifiesto en el DCC 347/2022.

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)].

El transcurso del plazo máximo de tres meses determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). El plazo máximo de tres meses, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual establecido en el art. 21.3 LPACAP, computa desde su inicio el 4 de octubre de 2022, por lo que caducaría, en su caso, si no finaliza antes, el 4 de enero de 2023.

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 a acudir supletoriamente a la ley básica estatal de procedimiento administrativo que establece un plazo residual de tres meses cuando la norma reguladora del correspondiente procedimiento no prevea un plazo máximo para resolver (art. 21.3 LPACAP).

5. El órgano competente para dictar resolución es el Alcalde (Disposición adicional segunda.1 LCSP), por ser el órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). Como tal órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución del contrato, conforme al art. 190 LCSP, sin perjuicio de las posibles delegaciones de competencia.

II

Los antecedentes relevantes del procedimiento contractual son los siguientes:

1. En virtud del Decreto n.º 4251, de fecha 18 de agosto de 2021, el contrato de obras denominado «*INSTALACIONES DE ELECTRICIDAD E INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA DE AUTOCONSUMO PARA EL CEIP PUERTO DEL ROSARIO*», se adjudicó a la entidad (...), por un presupuesto de adjudicación de 102.180,10€ más el 7% de IGIC que asciende a 7.152,60€, lo que hace un total de 109.332,70€ y por un plazo máximo de

ejecución de dos meses a contar desde el día siguiente a la firma del acta de replanteo (cláusula 11 de PCAP).

2. Con fecha de 24 de agosto de 2021, se suscribió el contrato administrativo entre el Ayuntamiento de Puerto del Rosario y la entidad (...).

3. El día 23 de septiembre de 2021, se procedió a la comprobación del acta de replanteo de las obras reseñadas.

4. Con fecha 3 de noviembre de 2021, se pone en conocimiento del órgano de contratación que no se ha comenzado la ejecución de alguna partida del proyecto, según el informe suscrito por el Director Facultativo de las mencionadas obras, (...)

5. Con fecha 12 de noviembre de 2021, mediante Decreto n.º 5396, se confiere plazo de alegaciones al contratista (...), por un plazo de cinco días hábiles a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación de la resolución, para que alegue lo que a su derecho convenga, presentando los documentos y justificantes.

6. En el plazo establecido, la entidad (...) presentó alegaciones respecto al incumplimiento, sin que el órgano de contratación se percatara de ello.

7. Con fecha 25 de enero de 2022, mediante Decreto n.º 235, de la Sra. Concejala de contratación, se incoa expediente de resolución por presunto incumplimiento culpable del contratista del contrato administrativo para la ejecución de las obras denominadas «*INSTALACIONES DE ELECTRICIDAD E INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA DE AUTOCONSUMO PARA EL CEIP PUERTO DEL ROSARIO*», suscrito con la entidad (...), debido a la concurrencia de demora en el cumplimiento de plazos que pueden dar lugar a la resolución del contrato, y se concede a la entidad (...) un plazo de diez días naturales para que presente las alegaciones que estime oportunas.

8. Con fecha 7 de febrero de 2022, la entidad (...) presenta alegaciones respecto al presunto incumplimiento culpable del contratista, donde manifiesta entre otros asuntos que el 19 de noviembre de 2021, con RE 30844, presentó escrito de alegaciones en relación al incumplimiento del contrato motivado por el informe del técnico municipal, (...).

9. El documento mencionado en el punto anterior no figuraba en el departamento de contratación, pero tras comprobación con el registro general, se tiene conocimiento que dicho escrito obraba en otro departamento.

10. Se incorpora al expediente el escrito con RE 30844 de fecha 19 de noviembre de 2021, donde constan las alegaciones presentadas por la entidad (...), respecto al incumplimiento del contrato.

11. Con fecha 9 de febrero de 2022, mediante Decreto n.º 448, de la Sra. Concejala de contratación, se ordena la retroacción de las actuaciones hasta el momento en el que se inicia la incoación del expediente de resolución por incumplimiento culpable del contratista y se le da traslado de las alegaciones al técnico municipal a los efectos de responder las alegaciones presentadas por la entidad (...), respecto al incumplimiento del contrato.

12. Consta informe de fecha 17 de febrero de 2022, del Técnico (...), respecto a las alegaciones presentadas por la entidad (...), del siguiente tenor:

« (...) El acta de replanteo se ha firmado el día 23 de septiembre, con fecha de comienzo de los trabajos al día siguiente.

El Jefe de Obra, manifiesta que está en conversaciones con una empresa instaladora de Tenerife para subcontratar total o parcialmente la ejecución de la obra.

Contactado con el Director de Obra, (...), me indica que una de las veces contacta con dicho jefe de Obra y le manifiesta que todavía no ha cerrado el asunto y que intentado otras veces a posteriori no consigue contactar ni le devuelve las llamadas.

El día 28 de octubre el director de obra emite un informe en el que indica que en dicha fecha no se había todavía comenzado a trabajar en la obra ni constaba presencia alguna de personal para ejecutarla.

El Jefe de Obra de la empresa, el cual firma el acta de replanteo, dispone de los números de teléfono tanto del director de obra (...) como del responsable de dicho contrato por parte de la Administración contratante (...), los cuales no hemos recibido llamada alguna al respecto.

El plazo de la obra según contrato era hasta el 25 de noviembre de 2021 y el 19 de noviembre presentan el escrito de alegaciones indicando la buena intención de realizar la obra y que no lo han hecho por la falta de suministros.

Sobre el argumento del retraso en los suministros hay varias cuestiones que me gustaría reflejar:

- Cuando alguien quiere argumentar que no le suministran en plazo los materiales necesarios para una obra, el argumento, debe resultar creíble al menos a las personas que lo deben evaluar y resulta necesario al menos complementarlo con "Órdenes de pedido", certificados del proveedor indicando tal retraso, certificados de fabricantes con causas por

rotura de stock, etc.; los cuales no constan a fecha de hoy en el expediente. No basta con indicarlo en un documento sin acompañarlo de documentos justificativos.

- Por otro lado, en este momento hay infinidad de obras en Fuerteventura y en algunas puede haber retraso en ciertas cosas muy específicas como luminarias concretas, pero cable, mecanismos, tubo, y demás material eléctrico no ha habido falta de suministro en ningún momento. Las obras se están ejecutando sin problema.

- Se presentan alegaciones sobre la imposibilidad de realizar la obra después de recibir una notificación de parte del Ayuntamiento, a solo seis días de vencer el plazo. Lo suyo hubiera sido haberla presentado cuando el plazo de la obra avanzaba y ya se veía que iba a resultar complicado cumplirlo. Tampoco se mantuvo en ningún momento contacto ni con el Director de Obra ni con el responsable de dicho contrato para evaluar la situación.

Asimismo, el 19 de noviembre de 2021 presentaron las alegaciones y no vuelven a dar señales de vida hasta que reciben una segunda notificación en la cual ya se proponía por parte del Ayuntamiento la rescisión de contrato, volviendo a presentar alegaciones el 7 de febrero de 2022, casi tres meses después de haber presentado las primeras alegaciones y de terminar el plazo previsto de la obra.

En éste nuevo escrito, indicar que existió un fallo interno que hizo que el primer documento de alegaciones presentado fuera a otro departamento y el que suscribe no tuvo acceso al mismo al realizar el primer informe por lo que se corrige el hecho de que si se presentaron alegaciones.

En el punto segundo, se vuelve a incidir en que la causa de no ejecución de la obra se debió al transporte de mercancías e indica que según el art. 195.2 LCSP hay que aumentar el plazo perdido.

Efectivamente eso es así, pero debe acompañarse de documentos justificativos (indicados en párrafos anteriores), no basta con reflejarlo en un documento y se deba considerar absolutamente veraz porque lo diga (...) y se lo tenga que creer (...) como responsable de dicho contrato por parte del Ayuntamiento de Puerto del Rosario, cuando las obras en Fuerteventura se siguen ejecutando con normalidad.

En lo presentado en febrero de 2022 hace una serie de consideraciones jurídicas y jurisprudencia varia, que para el que suscribe se escapa de sus competencias y debe ser evaluada por juristas.

Conclusiones

Por todo lo anteriormente expuesto, evaluados los argumentos esgrimidos en los escritos presentados, el técnico que suscribe establece la consideración de DESFAVORABLE a los argumentos indicados e insta al departamento de contratación a tomar las medidas que considere oportunas respecto a dicho contrato.

Es lo que pongo en su conocimiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 172 del Decreto 2568/86, y del cual doy traslado para su conocimiento y efectos oportunos a la Concejalía Delegada de Contratación, para que tome las medidas que considere oportunas.

Tal es mi informe, el cual someto a otro de opinión mejor fundada».

13. Con fecha 25 de febrero de 2022, mediante Decreto n.º 720 de la Sra. Concejala de contratación, se incoa expediente de resolución por presunto incumplimiento culpable del contratista del contrato administrativo para la ejecución de las obras denominadas «*instalaciones de electricidad e instalación fotovoltaica de autoconsumo para el CEIP Puerto del Rosario*», suscrito con la entidad (...), debido a la concurrencia de demora en el cumplimiento de plazos que pueden dar lugar a la resolución del contrato, y se concede a la entidad (...), un plazo de diez días naturales para que presente las alegaciones que estime oportunas.

14. Con fecha 4 de marzo de 2022, la mercantil (...), presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato.

15. Consta en el expediente Informe de la Secretaría General, de fecha 13 de abril de 2022, que da conformidad al informe técnico de la técnica de contratación.

16. Se formula Propuesta de Resolución el 18 de abril de 2022 por la técnica de contratación, aceptada por el Alcalde, por la que se desestiman las alegaciones de la mercantil (...), con resolución contractual e incautación de la garantía definitiva y solicitud de dictamen al Consejo Consultivo de Canarias.

17. Con fecha 19 de mayo de 2022, por este Consejo Consultivo se emite Dictamen 200/2022, cuya conclusión es la siguiente:

«CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato administrativo de obra «Instalaciones de Electricidad e Instalación fotovoltaica de autoconsumo para el CEIP Puerto del Rosario» no es conforme a Derecho por los motivos expuestos en el fundamento IV del presente Dictamen.

(...) ».

Exponiendo en el Fundamento IV lo siguiente:

«1. La Propuesta de Resolución plantea resolver el contrato por la causa prevista en el art. 211.1.d) y f) LCSP por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista que afecta a la prestación principal del contrato por no llegar a iniciarse en ningún momento las obras, con incautación de la garantía definitiva constituida por el contratista.

2. Debido al cambio de doctrina motivado por la STC 68/2021, de 18 de marzo, tal y como se señaló en el punto 4 del Fundamento I del presente dictamen, se ha producido la caducidad del procedimiento de resolución contractual por el transcurso del plazo máximo de resolución de tres meses previsto en el art. 21.3 LPACAP, a falta de plazo específico máximo para resolver el procedimiento de resolución contractual en la normativa propia de la Comunidad Autónoma de Canarias. Deberá, por tanto, declararse expresamente la caducidad por el Ayuntamiento y procederse al archivo de las actuaciones, sin perjuicio de poder incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual, con igual pretensión y la misma o diferente causa, manteniendo, por aplicación del principio de economía, los actos (conservación) que se estimen necesarios, siendo indispensable, una vez concluido y antes de la remisión, en su caso, del expediente de nuevo a este Consejo Consultivo, otorgar nueva audiencia al contratista y al avalista (en caso de que se proponga la incautación de la garantía), una vez concluida la instrucción».

18. Con fecha 25 de mayo de 2022, mediante Decreto número 2372, de la Sra. Concejala de Contratación, se ordena la retroacción de las actuaciones hasta el momento en el que se inicia la incoación del expediente de resolución por incumplimiento culpable del contratista y se le da traslado a la entidad (...), para que en un plazo de audiencia de 10 días naturales presente las alegaciones que estime oportunas.

19. Con fecha 3 de junio de 2022 la entidad (...) presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato y solicitando el dictamen del Consejo Consultivo.

20. Con fecha 8 de junio, mediante Decreto número 2555, de la Sra. Concejala de Contratación, se da traslado del Dictamen 200/2022, de 19 de mayo, del Consejo Consultivo de Canarias a la entidad (...). y le confiere un nuevo plazo de audiencia de 10 días naturales.

21. Con fecha 13 de junio de 2022 la mercantil (...) presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato.

22. Se solicita informe de Secretaría a los efectos de informar sobre la legalidad de la resolución del contrato "INSTALACIONES DE ELECTRICIDAD E INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA DE AUTOCONSUMO PARA EL CEIP PUERTO DEL ROSARIO".

23. Consta en el expediente Informe de la Secretaría General, de fecha 8 de julio de 2022, del que se da traslado a la mercantil (...) por un plazo de audiencia de 10 días naturales, de conformidad con lo previsto en el art. 82 LPACAP, para que

presente las alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

24. La interesada presentó ante la Corporación, en fecha 21 de julio de 2022 mediante RE18884, escrito de alegaciones oponiéndose a la resolución del contrato.

25. Respecto a la alegación referida a la falta de remisión del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias, este se remitió a la mercantil mediante notificación de fecha 9 de junio de 2022 dejando constancia, asimismo, de su publicación en la página del Consejo Consultivo de Canarias.

26. La Propuesta de Resolución, aceptada por el Alcalde, propone desestimar las alegaciones de la entidad mercantil (...), proponiendo resolver el contrato por incumplimiento de la contratista, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 211.d) y f) de la LCSP, con incautación de la garantía definitiva, conforme al art. 110 d) y 213.3 LCSP.

27. Mediante dictamen 347/2022, de 20 de septiembre de este Consejo Consultivo, se concluye lo siguiente:

«La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato administrativo de obra "Instalaciones de Electricidad e Instalación Fotovoltaica de autoconsumo para el CEIP (...) no es conforme a Derecho, debiendo retrotraer el procedimiento para otorgar un trámite de audiencia al avalista, en los términos señalados en el punto 3, fundamento V del presente dictamen».

III

En cuanto a los trámites del presente expediente de resolución contractual, se señalan los siguientes:

1. Con fecha 4 de octubre de 2022 la Concejala con competencias en materia de contratación, con el visto bueno del secretario accidental, previo informe de la técnica de contratación, declara la caducidad del procedimiento de resolución contractual por el transcurso del plazo máximo de resolución de tres meses previsto en el art. 21.3 LPACAP, a falta de plazo específico máximo para resolver el procedimiento de resolución contractual en la normativa propia de la Comunidad Autónoma de Canarias, y procede al archivo de las actuaciones. Asimismo, se ordena la conservación de todos los actos y trámites cuyo contenido se hubieran mantenido igual de no haberse producido la caducidad, específicamente incorporando los informes técnicos de fecha 3 de noviembre de 2021 y 18 de febrero de 2022, del Técnico (...) al procedimiento de resolución que se incoe, a la vez que se incoa

nuevo procedimiento de Resolución por presunto incumplimiento de la contratista del contrato denominado "INSTALACIONES DE ELECTRICIDAD E INSTALACIÓN FOTOVOLTAICA DE AUTOCONSUMO PARA EL CEIP PUERTO DEL ROSARIO", adjudicado a la entidad (...) con NIF (...), debido a la concurrencia de la demora en el cumplimiento de plazos que puede dar lugar a la resolución del contrato, dando plazo de audiencia al avalista ((...)) y al contratista por plazo de diez días naturales. Se notifica al contratista la referida Resolución el 10 de octubre de 2022 y al Banco de Sabadell, avalista del contratista, el 5 de octubre de 2022.

2. (...), en representación de (...) presenta alegaciones el 14 de noviembre de 2022 a la Propuesta de Resolución del contrato por incumplimiento culpable y demora en la ejecución del contrato, oponiéndose a la resolución del contrato al entender que el Ayuntamiento no contestó su solicitud de prórroga del contrato el 19 de noviembre de 2021, proponiendo ampliar el plazo para poder cumplir el contrato.

3. Con fecha 15 de noviembre de 2022, la técnica de contratación propone desestimar las alegaciones de la contratista y resolver el contrato por incumplimiento culpable del contratista, al no haber ejecutado el contrato en plazo y no haber instado la prórroga en el momento oportuno, solicitando la prórroga a pocos días de expirar el plazo contractual y previo requerimiento del Ayuntamiento. Se propone incautar la garantía definitiva constituida, con traslado a las partes y solicitud de dictamen al Consejo Consultivo.

4. Con fecha 16 de noviembre de 2022, se emite Propuesta de Resolución con el visto bueno del Secretario Accidental del Ayuntamiento y se solicita dictamen al Consejo Consultivo.

IV

1. La Propuesta de Resolución plantea resolver el contrato por la causa prevista en el art. 211.1.d) y f) LCSP por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista que afecta a la prestación principal del contrato por no llegarse a iniciarse en ningún momento las obras, 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, refiriéndose a cuándo una obligación es esencial en atención a las circunstancias concurrentes, señala 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»*.

En nuestros Dictámenes 334/2021, de 17 de junio y 374/2019, de 17 de octubre (entre otros) 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 y en las cláusulas 11 y 29 del PCAP.

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».*

Resulta aplicable la doctrina contenida, entre otros, en nuestro DCC 350/2022, de 27 de septiembre, que en un caso similar señalaba:

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

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

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

«2. El objeto del contrato de obras es la realización de una obra, la cual se define como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble (art. 6 LCSP). El contrato de obras es, por tanto, un contrato de resultado por el

cual el contratista se obliga a realizar una obra determinada por un precio alzado; además es de resultado total, porque su objeto es la ejecución de una obra completamente terminada, puesto que debe ser apta para cumplir por sí misma la función para la cual fue proyectada.

Su objeto no es la actividad de construcción necesaria para realizar la prestación que debe el contratista, sino el resultado de esa actividad, una obra terminada conforme a su proyecto.

Esta naturaleza de contrato de resultado comporta la indivisibilidad jurídica del mismo y de la obra que tiene por objeto, como así resulta del art. 205 LCSP que dispone que el contrato sólo se cumple por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. Esto significa que no puede ser cumplido por el contratista de forma parcial y sucesiva mediante la ejecución de las distintas fases del proceso constructivo, ni la Administración queda obligada al pago hasta que no se le entregue la obra completamente terminada, tal como resulta del art. 215 LCSP que establece que los abonos al contratista por las operaciones preparatorias y por las certificaciones de la obra ejecutada mensualmente tienen la naturaleza de pagos a cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, por lo que en ningún caso suponen la aprobación y recepción de las obras parciales que comprenden.

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

(...)

3.2. Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones contractuales (por todos, Dictámenes 300/2020, de 16 de julio; 243/2019, de 20 de junio; y 106/2020, de 14 de mayo), sobre qué debe entenderse por «incumplimiento de la obligación principal del contrato», con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, la STS de 1 de octubre de 1999, que señala que «a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación», es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una

obligación no es la calificación, en el sentido de «denominación» que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato.

3.3. Por lo demás, se ha de recordar -tal y como ha manifestado de forma reiterada este Organismo Consultivo, v.gr., Dictamen 158/2014, de 29 de abril; o 300/2014, de 3 de septiembre-, que la resolución es el último remedio ante un contrato en crisis y, conforme indica la STS de 26 de marzo de 1987, existen otras alternativas de aplicación previa como es la aplicación de penalidades que, como en la resolución, sólo podrían imponerse «cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra (...) pues, como añade esta misma sentencia, “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista” (...)».

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

Por su parte, el Consejo de Estado, al tratar del poder resolutorio de la Administración, sostiene en su Dictamen 41.941, de 1 de marzo de 1979, que “la facultad de resolución constituye de suyo una consecuencia tan grave que obliga a estimarla aplicable tan sólo en los casos más graves de incumplimiento, pues resultaría notoriamente desproporcionado e injusto que cualquier incumplimiento, aun mínimo, supusiera tal resolución, ya que ésta constituye una opción que la Administración ha de ejercer siempre con obligada 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”.

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

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

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

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

Otro supuesto similar al presente se resolvió en el DCC 400/2021, de 28 de julio, en el que, tras la concesión de una primera prórroga, vencido de nuevo el plazo, quedaba por ejecutar el 70% del contrato, porcentaje muy amplio, que nos hizo concluir que se trataba de un incumplimiento sustancial, y no de un mero retraso de poca importancia.

4. Efectivamente, como señala el informe jurídico en que se basa la Propuesta de Resolución, el contratista asumió el compromiso de que la ejecución del contrato se realizaría en un plazo máximo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la comprobación del replanteo que tuvo lugar el 23 de septiembre de 2021, por lo que el plazo de ejecución concluía el 24 de noviembre de 2021.

Dicho plazo no se cumplió por el contratista que ni siquiera inició la ejecución del contrato durante el plazo comprometido, solicitando prórroga del plazo de ejecución pocos días antes del expirar el plazo contractual, sin justificar debidamente, de forma concreta y fehaciente, las causas por las que no cumplió el plazo de ejecución contractual al que se había comprometido en el contrato.

En cuanto a la alegación de la contratista, referida a que no se contestó su solicitud de prórroga, el art. 100 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 establece respecto de la petición de prórroga del plazo de ejecución lo siguiente:

«La petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días desde aquél en que se produzca la causa originaria del retraso,

alegando las razones por las que estime no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos de que la Administración pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo prorrogado al tiempo realmente perdido.

Si la petición del contratista se formulara en el último mes de ejecución del contrato, la Administración deberá resolver sobre dicha petición antes de los quince días siguientes a la terminación del mismo. Durante este plazo de quince días, no podrá continuar la ejecución del contrato, el cual se considerará extinguido el día en que expiraba el plazo previsto si la Administración denegara la prórroga solicitada, o no resolviera sobre ella».

Conforme al precepto del reglamento citado, habría que entender el contrato extinguido en la fecha inicialmente prevista, toda vez que la Administración no resolvió sobre la prórroga -lo que no excusa el deber objetivo que tiene la Administración de resolver expresamente todas las solicitudes que se presenten-.

Por parte del contratista no se ha presentado motivación suficiente que acredite una grave dificultad para cumplir en plazo la ejecución del contrato tras el requerimiento de la Administración. La simple alusión a la crisis de suministro, sin aportar un mínimo de prueba que permita acreditar que se habían encargado los materiales y que no se pudieron obtener, no es causa suficiente para justificar el retraso en la ejecución del contrato.

Por ello, no se aprecia voluntad sincera y comprometida por parte del contratista de cumplir estrictamente sus obligaciones contractuales.

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, sin que resulten acreditadas las causas que impiden su ejecución en el plazo previsto, limitándose la empresa contratista a invocar dificultades genéricas, no suficientes para enervar los compromisos asumidos y su inobservancia

5. 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 de 3 de diciembre, 363/2018, de 12 de septiembre y 196/2015, de 21 de mayo).

En este caso, será suficiente la incautación de la garantía para resarcir a la Administración del incumplimiento culpable del contratista, ya que no se hace constar en la Propuesta de Resolución que se hayan irrogado otros daños y perjuicios.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato administrativo de obra «*Instalaciones de Electricidad e Instalación fotovoltaica de autoconsumo para el CEIP Puerto del Rosario*» es conforme a Derecho.