



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 / 2 0 2 3

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 12 de enero de 2023.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mazo en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras «Obras de Rehabilitación y Mejora de Accesibilidad de las Calzadas Tradicionales del Casco Histórico de la Villa de Mazo y con recorrido Turístico del Corpus Christi y colocación de paneles informativos sobre mitigación del cambio climático PITCAN 2017-2023»*, por incumplimiento de obligaciones esenciales del contratista (EXP. 484/2022 CA)*.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de la Villa de Mazo por oficio de 1 de diciembre de 2022, con entrada en el Consejo Consultivo el día siguiente, es la Propuesta de Resolución mediante la cual se resuelve el contrato de obra *«Obras de Rehabilitación y Mejora de Accesibilidad de las Calzadas Tradicionales del Casco Histórico de la Villa de Mazo y con recorrido Turístico del Corpus Christi y colocación de paneles informativos sobre mitigación del cambio climático PITCAN 2017-2023»*, por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista en ejecución de la obra, que se adjudicó el 29 de julio de 2022 a (...).

2. La legitimación 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

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

febrero de 2014 (LCSP), precepto que es de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución o por lo menos entiende que no le es imputable la misma.

También es de aplicación, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1 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, 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. Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, establece el artículo 191.1 LCSP como trámites preceptivos la audiencia al contratista (apartado 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 [apartado 3, letra a)]. Asimismo, para aquellos casos en los que se proponga la incautación de la garantía prestada por terceros, deberá otorgarse trámite de audiencia al avalista o asegurador (arts. 112.2 LCSP y 109.1, apartado b) RGLCAP).

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 presente expediente administrativo el otorgamiento del trámite de audiencia al contratista, sin que haya de otorgarse al avalista dado que la garantía se constituyó mediante retención del precio. Se emitió asimismo el informe jurídico de la Secretaria del Ayuntamiento, favorable a la resolución del contrato, por incumplimiento de su objeto principal.

Finalmente, se ha solicitado el preceptivo Dictamen de este Consejo.

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

Señala la sentencia: *«En cuanto a la extinción de los contratos, el art. 212.8 LCSP dispone que los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. El Tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5).*

Por tanto, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]».

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 18 de octubre de 2022, por lo que caducaría, en su caso, si no finaliza antes del 18 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 la Alcaldesa (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. El 7 de junio de 2022 se aprobó el expediente de contratación de las obras de «*Rehabilitación y mejora de la accesibilidad de las calzadas tradicionales del Casco Histórico de la Villa de Mazo y con recorrido Turístico del Corpus Christi y colocación de paneles informativos sobre mitigación del cambio climático PITCAN 2017-2023*», aprobándose el gasto y los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y de prescripciones técnicas, se nombró la mesa de contratación y se ordenó la publicación en el perfil del contratante.

2. El 29 de junio de 2022 se celebró la mesa de contratación, que ordenó las ofertas por orden de puntuación y realizó su propuesta al órgano de contratación en relación con la oferta de (...).

3. El 29 de julio de 2022 se adjudicó el contrato a la entidad mercantil (...).

4. Por Decreto de la Alcaldía n.º 757/2022, de 1 de agosto de 2022 se aprueba el Plan de Seguridad y Salud de las Obras.

5. El contrato de obras se formaliza el 16 de agosto de 2022, por importe de 142.391,11 euros, de los cuales 9.315,31 euros son en concepto de IGIC.

6. El 20 de septiembre de 2022 la representante de (...) pide la resolución de mutuo acuerdo del contrato alegando imposibilidad de ejecutar el contrato por no disponer de un pedrero.

7. El 26 de septiembre de 2022 se emite informe por la Secretaría del Ayuntamiento proponiendo iniciar los trámites de un expediente de resolución contractual.

III

En cuanto a los trámites del presente procedimiento de resolución contractual:

1. Por Decreto 1073/2022, de 18 de octubre, de la Alcaldía Presidencia se inicia expediente de resolución contractual.

2. El 2 de noviembre de 2022 la representante de Asfaltos Palmeros formula alegaciones a la resolución del contrato, alegando imposibilidad de ejecutarlo por causas que no le son imputables.

3. El 10 de noviembre de 2022 la Secretaria del Ayuntamiento propone desestimar las alegaciones de la empresa y resolver el contrato.

4. Por Decreto de la Alcaldía n.º 1194/2022, de 14 de noviembre, posteriormente rectificado por error material, se desestiman las alegaciones de la empresa y se

propone resolver el contrato de *«Obras de Rehabilitación y Mejora de Accesibilidad de las Calzadas Tradicionales del Casco Histórico de la Villa de Mazo y con recorrido Turístico del Corpus Christi y colocación de paneles informativos sobre mitigación del cambio climático PITCAN 2017-2023»*, con incautación de la garantía definitiva, y se notifica a la empresa el 23 de noviembre de 2022.

IV

1. La Propuesta de Resolución plantea resolver el contrato por la causa prevista en el art. 211.1.f) LCSP por incumplimiento de 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. 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 y en las cláusulas 31 y 38 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, 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 medida”.

Mantiene, además, en su Dictamen 42.000, de 22 de febrero de 1979, que “es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas».

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 tres meses, a contar desde el día siguiente a la comprobación del replanteo que nunca tuvo lugar, ya que el contrato se formalizó el 16 de agosto de 2022 y el 20 de septiembre de 2022 el contratista solicita la resolución de mutuo acuerdo alegando la imposibilidad de conseguir un pedrero.

El contratista no principió la ejecución del contrato y alega una causa de imposibilidad sin ningún tipo de prueba que la sustente.

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 el incumplimiento del objeto del contrato por causa imputable exclusivamente al contratista, que ha incumplido de manera culpable con la obligación principal del contrato, la ejecución de las obras, sin que resulte acreditada la causa de imposibilidad que alega para no ejecutar el objeto del contrato.

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, 363/2018, de 12 de septiembre, 196/2015, de 21 de mayo).

En el presente caso la garantía se constituyó mediante retención del precio del contrato en la primera certificación de obra, por lo que no se ha podido hacer efectiva al no haberse iniciado los trabajos. Este extremo no obstante se ha tenido en cuenta en la Propuesta de Resolución, que ordena que se inicien los trámites oportunos en orden a esta incautación por estar constituida mediante retención de precio.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se resuelve el contrato administrativo de «Obras de Rehabilitación y Mejora de Accesibilidad de las Calzadas Tradicionales del Casco Histórico de la Villa de Mazo y con recorrido Turístico del Corpus Christi y colocación de paneles informativos sobre mitigación del cambio climático PITCAN 2017-2023» con incautación de la garantía definitiva, es conforme a Derecho.