



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 2 / 2 0 2 3

(Pleno)

San Cristóbal de La Laguna, a 23 de junio de 2023.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras denominado «Acondicionamiento de solar en Calle (...) de Santa Cruz de La Palma», adjudicado a la empresa (...) (EXP. 165/2023 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica del Informe jurídico-Propuesta de Resolución formulado por el Ilustre Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma en cuya virtud se acuerda la resolución del contrato administrativo de obras adjudicado a la entidad mercantil (...), que tiene por objeto la obra de «*Acondicionamiento de solar en Calle (...) de Santa Cruz de La Palma*».

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde al Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma, según lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCCC-.

3. Es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de dictamen en los supuestos de «*(...) nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa*» [art. 11.1.D, apartado c) LCCC]. En este sentido, el art. 191.3, letra a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico

* Ponente: Sra. de Haro Brito.

* Votos Particulares: Sr. Suay Rincón y Sr. Fajardo Spínola.

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-, señala 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», precepto que es de aplicación porque la empresa 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 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), de carácter básico.

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

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

En cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato administrativo de obras denominado «*Acondicionamiento de solar en Calle (...) de Santa Cruz de La Palma*», el 29 de diciembre de 2022, resulta aplicable la LCSP (Disposición transitoria primera, apartado 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 citado RGLCAP) además de los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares, que rigen el contrato, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

4.2. Respecto al Derecho procedimental aplicable se ha de señalar que las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato.

A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 6 de marzo de 2023 a través de Decreto de la Alcaldía n.º 583/2023, procede acudir, en primer lugar, al art. 191.3 LCSP, 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)].

Además, en el ámbito local, se preceptúa como necesario el informe jurídico de quien ostente la Secretaría 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. Trámites todos que aparecen debidamente cumplimentados en el procedimiento administrativo que se ha remitido a este Consejo.

5. En cuanto al plazo máximo para instruir y resolver el procedimiento, conviene señalar que es de ocho meses, cómputo que se inició el pasado día 6 de marzo 2023, de acuerdo con la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, cuya Disposición adicional sexagésima segunda, titulada «*Procedimientos de resolución contractual en materia de contratación pública*», establece que los procedimientos de resolución contractual que se tramiten en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, incluidas sus entidades locales, y estén incluidos en el ámbito de aplicación de la legislación estatal de contratos del sector público, deberán ser instruidos, resueltos y notificados, en tal plazo máximo.

Este plazo es aplicable porque, como se ha indicado, la Comunidad Autónoma de Canarias ha aprobado una norma legal en tal sentido, que entró en vigor el 1 de enero de 2023, tras 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

Por ello, podemos concluir que el procedimiento de resolución contractual caducaría el 6 de noviembre de 2023, si antes no se resuelve y notifica la resolución a los interesados, siendo posible, de acuerdo con la doctrina de este Consejo Consultivo expuesta en el Dictamen 481/2022, de 7 de diciembre, la suspensión del plazo de caducidad por el tiempo que media entre la solicitud del Dictamen y su definitiva recepción, siempre que se acuerde expresamente, se motive debidamente y sea notificado, por exigencia del art. 22.1.d) LPACAP, al contratista interesado. Esta suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.

6. El órgano competente para dictar resolución es el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma (Disposición adicional segunda, apartado 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 que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1. Mediante Decreto de Alcaldía n.º 3433/2022, de 27 de diciembre, y previa tramitación del correspondiente procedimiento de licitación, se acuerda adjudicar a la empresa (...), el contrato administrativo de obras denominado *«Acondicionamiento de solar en Calle (...) de Santa Cruz de La Palma»*.

2. Con fecha 30 de diciembre de 2022 se procede a la suscripción del documento administrativo de formalización del contrato de referencia.

3. El 24 de febrero de 2023 la empresa contratista presentó escrito de solicitud de resolución del contrato con devolución de la garantía constituida al efecto, basando su solicitud en haber transcurrido más de un mes y medio desde la formalización del contrato, *como consecuencia de la demora injustificada en la comprobación del replanteo, de conformidad con el art. 245 a) de la LCSP*.

4. Mediante oficio de 1 de marzo de 2023 el órgano de contratación solicita al responsable del contrato, el Arquitecto Técnico Municipal, la emisión de informe sobre un posible incumplimiento contractual por parte de la empresa contratista.

Tal informe fue emitido el 2 de marzo de 2023, señalándose en él:

«En el mes de enero se le solicita que presente el plan de seguridad y salud de la obra para proceder posteriormente a la firma del acta de comprobación de replanteo de la obra. Se contacta en un primer momento por teléfono con la empresa y se comunica verbalmente esta situación, que es paso previo a la firma del acta de comprobación de replanteo. No se produce en un primer momento la entrega del mismo por registro de entrada en este Ayuntamiento. Por ello, posteriormente le solicito el día 25 de enero a través de correo electrónico la entrega del mismo, siendo entregado en los días posteriores. El Plan de seguridad y salud es revisado y se detectan pequeños errores. Se solicita que sea modificado y se comunica la presentación del Plan de seguridad corregido de nuevo por registro de entrada del Ayuntamiento, para proceder a su aprobación. Nunca se produjo la entrega de nuevo de la documentación requerida.

Los plazos según este técnico han pasado por una falta de diligencia de la empresa adjudicataria, intentado este técnico ponerse en contacto varias veces a través de teléfono con el técnico que en un principio se iba a encargar de la obra, no siendo posible debido a que este posteriormente el día 8 de febrero me comunica que se encuentra de baja y que alguien de la empresa se pondría en contacto conmigo, esto nunca ocurrió. Sigo intentando ponerme en contacto con algún responsable de la empresa adjudicataria, que por la insistencia se puso en contacto conmigo por teléfono el gerente de la empresa el Sr. D. José del Tiempo, comunicándome que iba a solicitar la resolución del contrato, debido a que el técnico que iba a llevar la obra estaba de baja y no tenía quien pudiera hacerlo.

Este técnico que suscribe entiende que la responsabilidad de la resolución del contrato corresponde a la empresa adjudicataria Firmes Insulares S.L. y no al Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma».

III

En cuanto a la tramitación del expediente de resolución contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante Decreto de la Alcaldía n.º 583/2023, de 6 de marzo de 2023, se acuerda incoar procedimiento administrativo encaminado a la resolución del contrato administrativo de referencia *«por demora injustificada en la comprobación del replanteo»*, imputable a la empresa contratista en relación con la demora en el cumplimiento de los plazos.

2. Tras concederse preceptivo trámite de audiencia a la contratista, así como a su avalista/asegurador, debidamente notificados el 7 y el 8 de marzo de 2023, respectivamente, el 17 de marzo de 2023 se presenta escrito de alegaciones por (...), por las que se opone a la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la contratista, al mantener que, en síntesis, *«(...) La falta de comprobación del replanteo que ha motivado la resolución del contrato no es imputable al contratista, (...) la cual no se llevó a efecto por falta de indicaciones expresas de la Administración»*.

No consta presentación de alegaciones por parte del avalista/asegurador.

3. Con fecha 29 de marzo de 2023 se emite Informe Jurídico por la Secretaría General en el que se da cumplida respuesta a las alegaciones de la contratista proponiendo la resolución del contrato debido al incumplimiento de obligaciones esenciales consistentes en la *«demora injustificada de la comprobación del replanteo»*, con incautación de la garantía depositada por importe de 9.500 euros.

4. En la misma fecha tal informe jurídico se eleva a Propuesta de Resolución que plantea resolver el contrato por la causa prevista en el art. 245.a) LCSP en relación con el art. 211.1.f) del mismo cuerpo legal.

5. Mediante oficio de 29 de marzo de 2023 (con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente), el Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma solicita la emisión del dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo al amparo de lo dispuesto en su Ley reguladora. El plazo para la emisión de dictamen ha sido ampliado.

IV

1. En cuanto a la cuestión planteada, cabe con carácter previo señalar que en este caso se da una acumulación de expedientes, aun cuando no exista acuerdo formal en que se declare la misma, puesto que en primer lugar se presenta por la empresa contratista solicitud de resolución contractual por la demora en la comprobación del replanteo por parte de la Administración, que no dio lugar, como debió haber sido, a la iniciación de un expediente, constando sólo la solicitud de emisión de informe al responsable del contrato, como se ha señalado anteriormente, y por otro, y posteriormente, se acuerda el inicio por la Administración de expediente de resolución por la misma causa alegada y prevista en el art. 245.a) LCSP, pero en relación con el art. 211.1.d) LCSP. La Administración no tramita procedimientos diferentes, como habría sido correcto, para posteriormente

acumularlos al amparo de lo dispuesto en el art. 57 LPACAP (íntima conexión), sino que iniciada la tramitación por la Administración con posterioridad, sigue un único procedimiento. No obstante, dado que en el mismo se adjunta la documentación correspondiente a la solicitud de la empresa contratista, se analizan sus alegaciones en los informes obrantes y fundamentalmente, se da pronunciamiento sobre las cuestiones planteadas (art. 88.1 LPACAP), se entiende innecesario proceder a la retroacción del expediente.

2. En lo que se refiere al fondo del asunto, se pretende la resolución del contrato administrativo de referencia, como se ha señalado, al estimar que concurre la causa de resolución contemplada en el art. 245, letra a) LCSP, consistente en la *«demora injustificada en la comprobación del replanteo»* en relación con lo dispuesto en el art. 211.1.d) de la misma norma, la *«demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista»*.

3. Pues bien, en relación con la resolución de los contratos, debemos partir, como ha reiterado este Consejo Consultivo, de 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 es esencial en atención a las circunstancias concurrentes, que *«el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos»*.

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

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

Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de

“denominación” que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato. Así resulta, como transcribe la Propuesta de Resolución, que “por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato».

4. 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 el presente expediente, en la cláusula 30 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”» - en este mismo sentido, también el reciente Dictamen 4/2023, de 12 de enero-.

En línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, manifestada en su Sentencia de 14 de diciembre de 2001, entre otras, de que la resolución por incumplimiento del contrato se ha de limitar a los supuestos en que sea patente «una voluntad rebelde al cumplimiento de las obligaciones, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista».

5. Establece el art. 245 LCSP, que son causas de resolución del contrato de obras, además de las generales de la Ley, las siguientes:

- a) La demora injustificada en la comprobación del replanteo.
- b) La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses.
- c) La suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses por parte de la Administración.
- d) El desistimiento.

Respecto a la remisión que hace este precepto a las causas generales de resolución del contrato, y señaladas en el art. 211 de la Ley, y en concreto, el art. 211.1.d) LCSP contempla *«la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista».*

Este mismo artículo, en su apartado 1.f) recoge como motivo de resolución *«el incumplimiento de la obligación principal del contrato».*

Asimismo, el art. 212 de la citada norma complementa dicho régimen con la regulación propia relativa a la aplicación de las causas de resolución.

Por su parte, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige la contratación, en su cláusula 30, regula la resolución del contrato, estableciéndose en la misma lo siguiente:

«Son causas de resolución del contrato las generales de los contratos recogidas en el artículo 211 de la LCSP y las específicas para el contrato objeto del presente pliego recogidas en el artículo 245 de la LCSP, así como las descritas en el presente pliego, siendo acordada por el órgano de contratación, de oficio o a solicitud del contratista. (...)».

6. En el presente caso, como se ha señalado, se plantea la resolución del contrato que nos ocupa por demora injustificada en la comprobación del replanteo por lo que resulta necesario referirnos a las características del propio trámite de la comprobación del replanteo, para posteriormente determinar si la responsabilidad de que no se haya llevado a efecto es de la empresa contratista, como señala la PR o si, por el contrario, es de la Administración como señala aquella, tanto en su escrito de oposición a la resolución como en escrito previo presentado con fecha 24 de febrero en el que solicitaba la resolución del contrato con devolución de la garantía.

Señala el art. 237 LCSP que:

«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».

En similares términos, la Cláusula 27 del PCAP, establece que la comprobación del replanteo se realizará en el plazo no superior a un mes a partir del día siguiente a la aceptación de la adjudicación desde la fecha de formalización del contrato, salvo casos excepcionales justificados.

Por tanto, corresponde a la Administración y como tal debe procurar, proceder a efectuar, en presencia del contratista, como se ha señalado, tal comprobación, que deberá realizarse en el plazo establecido «salvo casos excepcionales justificados».

Por su parte, el art. 139 del RGLCAP señala:

«La comprobación del replanteo a que se refiere el artículo 142 de la Ley se sujetará a las siguientes reglas:

1.^a Si el contratista no acudiere, sin causa justificada, al acto de comprobación del replanteo su ausencia se considerará como incumplimiento del contrato con las consecuencias y efectos previstos en la Ley».

7. Para analizar adecuadamente este asunto, resulta determinante un análisis detallado de la documentación obrante en el expediente.

Constan en las actuaciones, además del informe emitido el 2 de marzo de 2023 por el Arquitecto Técnico Municipal responsable del contrato, cuyo contenido se ha transcrito en el Fundamento II de este Dictamen, documentación que corrobora los extremos contenidos en el mismo, esto es, que entre los meses de enero -por tanto, dentro del plazo del mes siguiente a la firma del contrato, producida el 30 de diciembre de 2022- y febrero en varias ocasiones desde la Administración se intentó contactar con la contratista a los efectos de que se subsanara el Plan de Seguridad y Salud presentado y a los efectos de señalar fecha para la comprobación del replanteo.

Así, consta correo electrónico dirigido por la Técnico de la Administración encargada de la contratación y actividades sectoriales, con fecha 20 de enero de 2022 para que la empresa contactara con el técnico responsable del contrato a los efectos de concretar la documentación que faltaba *«para poder firmar el acta de replanteo e iniciar las obras»*.

El 25 de enero, es el arquitecto técnico municipal el que requiere a la empresa para que presente el Plan de Seguridad y Salud para proceder una vez aprobados a la firma del acta de comprobación de replanteo, señalando que hace días se había solicitado por esa misma vía sin respuesta alguna de la empresa. Se refería que el concejal de obras se había puesto en contacto con *«Marcos»* y que habían quedado en ir esta semana sin que se confirmara día y hora, adjuntando teléfonos fijo y móvil para igualmente que pudieran contactar.

En respuesta a dicho correo, la empresa contesta el 26 de enero de 2023 por el mismo medio, señalando que ya había procedido a la presentación por la sede electrónica del plan de seguridad (junto con otros dos de otras obras adjudicadas) pidiendo disculpas por el retraso.

Ese mismo día, esto es, el mismo día en que dicho plan se presenta y dentro del plazo del mes previsto para llevar a cabo el acta de comprobación del replanteo, el contacto se realiza con el fin de que por un lado se subsanara el Plan de Seguridad y Salud presentado por la empresa, señalando en qué debía consistir y por otro, de

señalar fecha para poder llevar a cabo la comprobación del replanteo, sin que figure respuesta alguna por la empresa contratista, reiterando correo electrónico con fechas 8 y 13 de febrero en que se señala *«que no se ha recibido respuesta a las modificaciones solicitadas», «que habían tratado de ponerse en contacto»* en el correo del día 8 *«con Marcos para comunicar la incidencia y poder firmar el acta de replanteo»* y el del día 13 de febrero *«que el contacto se había intentado con el técnico de la empresa que le ha señalado que está de baja, y que necesitaba hablar con algún responsable de la empresa para la firma de las actas de replanteo de las mismas y la aprobación de los Planes de seguridad»*.

Igualmente, con anterioridad a la firma del contrato, figura intercambio de correos electrónicos entre la Técnico de la Administración general de contratación y actividades sectoriales del Ayuntamiento y la empresa (23 de diciembre, entre otros).

La comunicación a través del correo electrónico fue, por tanto, el medio utilizado para comunicaciones previas entre la Administración y la empresa contratista, y aceptado por la misma. Pero es que, además, la dirección (...) fue el designado por la empresa contratista en la Oferta presentada, tal y como exigía la declaración responsable contenida en el Anexo I del PCAP.

Consta que la empresa contratista, lejos de contestar a la Administración tras la presentación del Plan de Seguridad y Salud, presenta escrito el 24 de febrero, solicitando la resolución del contrato precisamente por el retraso en la comprobación del replanteo.

Además, una vez iniciado expediente de resolución contractual, la empresa contratista presenta escrito de oposición a la resolución en que señala que *«(...) La falta de comprobación del replanteo que ha motivado la resolución del contrato no es imputable al contratista, (...) la cual no se llevó a efecto por falta de indicaciones expresas de la Administración»*.

Añade que el día 30 de enero de 2023 se cumplió el plazo de un mes para que, el servicio de la Administración encargado de las obras procediera, en presencia del Contratista, a efectuar la comprobación del replanteo y levantar el acta, y que no consta que el Ayuntamiento requiriera al contratista para proceder a la comprobación del replanteo, ni el contratista fue convocado por la Dirección Facultativa para efectuar la comprobación del replanteo. Refiere que en la fundamentación alegada por el Ayuntamiento no existe una sola referencia a tratar de justificar un incumplimiento imputable al contratista en el retraso de la

comprobación del replanteo, y que únicamente, dentro del Informe emitido por el Arquitecto Municipal se alude a una supuesta «falta de diligencia» del Contratista, en relación con la corrección de unos «*pequeños errores*» detectados en el Plan de Seguridad y Salud elaborado por el Contratista.

Por lo demás, refiere que el acta de comprobación del replanteo constituye el primer acto de ejecución del contrato de obras, y que la normativa administrativa sobre contratación pública no condiciona la firma del Acta Comprobación de Replanteo a la corrección de eventuales errores en el PSyS, no encontrando justificación para que, de conformidad con el art. 237 LCSP, el servicio de la Administración encargado de las obras, no haya procedido, en presencia del Contratista, a efectuar la comprobación del replanteo en el plazo del mes desde la firma del contrato por cuanto la solicitud de corrección de errores no es óbice para la comprobar las características geométricas de la obra y la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios, lo cual no se llevó a efecto por falta de indicaciones expresas de la Administración.

Por último, rechaza y desmiente el comentario final al que alude el informe técnico municipal, relativo a que la empresa iba a solicitar resolución del contrato debido a que el técnico que iba a llevar la obra estaba de baja y no tenía quien pudiera hacerlo, señalando que es una declaración malinterpretada y sacada de contexto dentro de una conversación telefónica que se reconoce mantenida.

Por tanto, niega la voluntad de la Administración para acordar fecha para la realización del acta de comprobación de replanteo y respecto a las conversaciones telefónicas que señala el técnico municipal se mantuvieron con el gerente de la empresa (...) la contratista reconoce las mismas pero no en el sentido manifestado por aquél.

Lo cierto es que en el expediente no existe constancia documental sobre el contenido de las conversaciones telefónicas salvo correos en que por la Administración se señala que se transmitió el motivo del retraso por la empresa contratista. En cualquier caso, de haberse alegado la baja del técnico no eximiría del cumplimiento del contrato, dado que la contratista asumió las obligaciones especificadas así como la ejecución del contrato a su riesgo y ventura (art. 197 LCSP y Cláusulas 24 y 32 PCAP).

8. De todo lo reseñado anteriormente, y a pesar de lo alegado por la empresa contratista, resulta que la Administración intentó en varias ocasiones, y dentro del

plazo del mes previsto para la comprobación de replanteo, que hubiera un acuerdo sobre la fecha para realizar la misma, facilitando así la presencia en la misma de la empresa, a la que recordó la necesidad de que antes se procediera a subsanar el PSyS que, por otro lado, fue presentado más allá de los 10 días previstos para ellos en el PPTP (cláusula 3), lo cual de por sí, habría sido causa de resolución del contrato, posibilidad que la Administración no ejercitó.

Este mismo retraso en la presentación inicial de dicho plan, unido a la labor obstructiva de la empresa, que hizo caso omiso a las comunicaciones enviadas, supuso el retraso mismo de la propia Administración en la realización de la comprobación del replanteo dentro del plazo previsto, motivo justificado para el retraso por parte de la Administración, posibilidad prevista legalmente, lo que supone que no concurra el motivo de resolución alegado por la contratista.

Lo cierto es que la empresa contratista asumió el compromiso de la ejecución del contrato cuyo inicio, por lo señalado anteriormente, nunca tuvo lugar, evidenciando la empresa su intención de no proceder al cumplimiento del mismo, ya que el contrato se formalizó el 30 de diciembre de 2022 y el 24 de febrero de 2023 la contratista solicita la resolución del contrato.

En definitiva, está suficientemente acreditado el incumplimiento del objeto del contrato por causa imputable exclusivamente a la contratista, resultando probado que por la Administración se comunicó, en diversas ocasiones -mediante correos electrónicos como medio de comunicación aceptado por la empresa-, para la subsanación del Plan de Seguridad y Salud de la obra antes del inicio de la ejecución de las obras y para concretar fecha para la realización del acta de comprobación del replanteo, con carácter previo a la solicitud de resolución contractual formulada, por lo que aquella ha incumplido de manera culpable con la obligación principal del contrato, la ejecución de las obras, sin que resulte acreditada ninguna causa de imposibilidad para no ejecutar el objeto del contrato, incurriendo en la causa prevista en el apartado f) del art. 211.1 LCSP, pues tal incumplimiento no se reconduce a la alegada por la Administración.

9. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, se propone por la Administración la incautación de la fianza definitiva por importe de 9.500 euros.

El art. 213.3 LCSP establece:

«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 este sentido, el art. 113 del RGLCAP regula la determinación de los daños y perjuicios indemnizables por el contratista en caso de resolución del contrato por causa imputable al mismo, de forma que, en estos casos, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración, sin perjuicio de que, si el importe de los daños y perjuicios causados supera 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 el caso que nos ocupa, la Administración no ha considerado que existan daños y perjuicios cuyo valor exceda de la garantía, por lo que los efectos de la resolución se han limitado a la incautación de la misma.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución sometida a dictamen se entiende que es conforme a Derecho en cuanto a la procedencia de la resolución del contrato en los términos planteados en el Fundamento IV del presente Dictamen.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. JOSÉ SUAY RINCÓN SOBRE EL DICTAMEN 282/2023, DEL PLENO, RELATIVO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS «ACONDICIONAMIENTO DE SOLAR EN LA CALLE ABENQUAREME 11, 13 Y 15 DE SANTA CRUZ DE LA PALMA», ADJUDICADO A LA EMPRESA (...) (EXP. 165/2023 CA).

I

Suscribo en su totalidad la premisa sobre la que el dictamen asienta su propio punto de partida, acerca de la viabilidad jurídica de agrupar en torno a un único expediente los dos procedimientos iniciados en este caso con vistas a la resolución del contrato, el primero, a resultas de la solicitud cursada al efecto por el contratista (24 de febrero de 2023), y el segundo, a instancias de la propia Administración y por tanto de oficio (6 de marzo de 2023), al amparo ambos de la misma causa legal de resolución contractual, la demora injustificada en la comprobación del replanteo [art. 245.1. a) de la Ley de Contratos del Sector Público -LCSP-].

Precisamente por eso, las observaciones que siguen vienen también a ajustarse al mismo patrón que con tanto acierto traza el dictamen; aunque acaso tratando ahora de resaltar con mayor grado de nitidez las distintas respuestas que merecen las cuestiones que plantean en cada caso los antedichos procedimientos.

II

Así las cosas, *en lo que se refiere a la resolución impulsada por el propio contratista*, ha de comenzar por observarse que, en efecto, le asiste a éste el derecho a promover la resolución del contrato al amparo de la causa que esgrime a tal efecto [art. 245.1 a) LCSP]. Incluso cumple agregar que, en tales supuestos, aunque no siempre, le cabe exigir una indemnización en los términos asimismo legalmente establecidos (art. 246.2 LCSP).

Dicho todo ello, enseguida ha de señalarse también que no ha lugar a atender a la solicitud que formula en este caso, porque la innegable demora en la comprobación del replanteo que efectivamente ha habido -trámite que en realidad no llegó después siquiera a producirse- se debió a la propia conducta del contratista. Y en modo alguno, por tanto, es imputable a la Administración.

Ya de entrada, dejó de atender el contratista la obligación inicial que le incumbía en punto a la presentación del Plan de Seguridad y Salud, según la cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (documento cuya vinculatoriedad recuerda,

aparte de la propia cláusula 12 de dicho Pliego, la cláusula 24.1 del Pliego de Condiciones Particulares), en el plazo de diez días a partir de la firma del contrato (30 de diciembre de 2022); y cuando finalmente lo hizo, el mismo día de su presentación (26 de enero de 2023, trascurridos ya los diez días antes señalados) hubo de ser requerido por la Administración para que completara la información aportada.

En todo caso, además, y esto todavía es más importante, antes de que trascurriera el plazo máximo legalmente establecido para la comprobación del replanteo, que es de un mes a contar a partir de la formalización del contrato (30 de diciembre de 2022), atendiendo a la previsión establecida por el art. 237 LCSP que reproduce por otra parte el propio Pliego de Condiciones (cláusula 27), resulta que la Administración le requirió también en la misma fecha (26 de enero de 2023) para que le comunicara la fecha en que pudiera llevarse a efecto el indicado trámite, dentro por tanto del indicado plazo.

La notificación se cursó mediante correo electrónico, instrumento válido para la comunicación entre las partes que ya se había practicado con anterioridad como medio eficaz para la relación entre ellas, en la dirección electrónica facilitada por el contratista, por otro lado.

Pues bien, pese a estos requerimientos efectuados en los términos señalados, lo cierto es que ninguno de ellos fue atendido por el contratista, esto es, ni subsanó estas deficiencias advertidas en el Plan que se le señalaron, ni propuso fecha alguna para la realización de la comprobación del replanteo.

Esta fuera de toda discusión, por tanto, que la demora en la realización de dicho trámite no es imputable a la Administración, sino que fue el contratista el que con su conducta dio lugar a ella, no presentando primero el Plan de Seguridad y Salud a que estaba conminado y hacerlo después de forma incompleta; y, lo que todavía es más importante a los efectos que aquí interesa destacar, dejando también de trasladar a la Administración la indicación de fecha alguna para la realización de la comprobación del replanteo.

En lugar de atender los requerimientos cursados por la Administración, el contratista deja transcurrir los plazos y en cambio viene después a promover la resolución del contrato (26 de febrero de 2023), porque, según denuncia, ha transcurrido mes y medio y no se ha efectuado la comprobación del replanteo.

El contratista, sin embargo, no puede ampararse en la causa de resolución que invoca cuando es quien ha causado la demora.

Y, por otra parte, tampoco parece conciliable su actitud con la buena fe que ha de presidir las relaciones para el cumplimiento de las respectivas obligaciones que incumben a las partes en el marco de un contrato y la creación del clima propicio de confianza mutua que ello precisa.

No está exenta de justificación, pues, la demora en la práctica de la comprobación del replanteo a la vista de lo expuesto; un trámite por otra parte cuya realización nada habría impedido que se practicara aun transcurrido el plazo de un mes, en la medida en que habría base en este caso para entender que concurre uno de esos casos excepcionales justificados en que la LCSP (art. 237) y el propio Pliego (cláusula 27) así lo consiente.

Existe, en definitiva, una completa sintonía en lo que hasta aquí se ha expuesto con la posición manifestada por el dictamen aprobado por este Consejo Consultivo.

III

En lo que se refiere al segundo de los procedimientos acumulados en este expediente, que es aquél que la Administración promueve de oficio al amparo de la misma causa legal de resolución contractual [art. 245 a) LCSP], no puedo sin embargo compartir la opinión de la mayoría.

Y es que considero que dicha causa está prevista específicamente en favor del contratista, opinión que sustento en la lectura sistemática del precepto legal indicado (art. 245) con el que a continuación le sigue (art. 246).

El art. 245 establece una serie de causas específicas de resolución del contrato de obras, que se suman así a las generales (art. 211 LCSP), y que tienen justamente eso en común, esto es, que se contemplan en garantía del contratista, como lo acredita que su eventual concurrencia y denuncia por parte de aquél podría desencadenar las consecuencias desfavorables para la Administración asimismo establecidas legalmente (art. 246 LCSP).

Ya se ha indicado que para la concreta causa que nos ocupa -art. 245 a)-, podría tratar de hacerse valer en algunos casos lo dispuesto en el art. 246.2 LCSP. Baste ahora completar esta observación y añadir que si se da alguna otra de las causas de resolución contractual que a renglón seguido se contemplan en las letras b), c) y d) del propio art. 245 LCSP, el contratista podría tratar también de hacer valer lo

dispuesto a su favor (y en contra de la Administración) por el art. 246. 2 y 3, según la suspensión o el desistimiento del contrato se produzca antes de iniciadas las obras o después de iniciadas éstas.

Pues bien, llegados a este punto y partiendo de esta base, no cabe ignorar que, pese a las precedentes consideraciones formuladas en el fundamento anterior, la comprobación del replanteo no deja de ser una obligación que pesa sobre la Administración.

Es decir, una cosa es, en efecto, que no quepa aducir en este caso una demora injustificada en su realización, como ya se ha demostrado, y que por tanto no quepa reprocharle a la Administración, ni le sea imputable a ella por ende, la falta de realización de un trámite, que por lo demás es imputable al contratista en los términos antes señalados (lo que de cualquier modo excluye de raíz también toda posible indemnización).

Y otra bien diferente es que, más allá o que como consecuencia de ello, quede desplazada la responsabilidad sobre a quien le incumbe la realización de dicho trámite y entender que se ha podido trasladar así el sujeto obligado a su cumplimiento.

El art. 237 LCSP le encomienda el cometido de la comprobación de replanteo al correspondiente servicio de la Administración encargado de las obras; y en el mismo sentido lo hace el Pliego de Condiciones Particulares (cláusula 27) y el de Prescripciones Técnicas (por todas, cláusula 9 aunque no solo, también cláusula 11), que es un documento que forma parte integrante del contrato y que por tanto vincula a ambas partes.

Que la Administración mantiene así su responsabilidad en última instancia sobre la realización de la comprobación del replanteo lo corrobora el que ni siquiera es necesaria en rigor, no ya la adhesión del contratista a los términos del acta que ha de suscribirse con ocasión del trámite, sino la comparecencia misma del contratista en dicho trámite.

Esto es, no constituye ello justificación para que venga a dejar de efectuarse la comprobación del replanteo y que a partir de su práctica comience propiamente el cómputo del plazo para el cumplimiento del contrato (otra vez, art. 237 LCSP, tal y como recuerda la cláusula 8 del Pliego). Resultaría necesariamente así si su presencia

fuera concebida como un requisito total y absolutamente imprescindible, pero sucede que lejos está de venir previsto del modo expuesto.

Lo que no significa que su inasistencia pueda efectivamente acarrearle consecuencias adversas en su esfera jurídica. Se tipifica como incumplimiento dicha inasistencia, ciertamente, por el Reglamento de Contratación (ahora, art. 139; antes, art. 127 del Reglamento vigente con anterioridad); pero, aparte de excluirse tal consideración de mediar "causa justificada", no se anuda a ello la resolución del contrato, siendo dudoso que dada su insuficiencia de rango estas normas reglamentarias para ir más allá sin una cobertura legal explícita que lo respalde (y lo cierto es que la LCSP nada previene directamente a este respecto).

Entre las consecuencias adversas que pudieran resultarle de su falta de asistencia, por todas, por ejemplo, eso sí, si dejara de asistir el contratista no podría salvar ya su responsabilidad, de no comparecer, si hubiera defectos que impidan la iniciación de las obras o su normal desarrollo. Aunque por otra parte tampoco es que quede despojado de sus derechos durante la ejecución del contrato o que sea ya directamente responsable ante cualquier defecto que se presente con ocasión de ella.

IV

Las consideraciones precedentes no excluyen, por supuesto, que pueda concurrir alguna otra causa de resolución contractual a tenor de la conducta del contratista. Incluso, en el propio dictamen se apunta hacia alguna de ellas [art. 211.1 d) y e) LCSP].

Si no a alguna de las causas de resolución contractual específicamente previstas en el art. 245 LCSP para el contrato de obras que ya hemos rechazado, por cuanto concebidas en mi opinión en garantía del contratista, cabría tratar de reconducir la situación, en efecto, a alguna de las causas de resolución previstas con carácter general por el art. 211.1 LCSP, por otro lado, susceptibles de invocarse, estas sí, por alguna de las partes según los casos, partiendo del carácter potestativo de la mayoría de ellas (art. 212).

O a las que también se concretan por el propio Pliego de Condiciones (cláusula 30), dado que además dicho documento procede, adecuadamente, a la determinación de las obligaciones del contratista que se califican como esenciales y cuyo incumplimiento puede dar lugar a la resolución del contrato (cláusula 24.7).

La exigüidad de los plazos previstos para la ejecución del contrato en este caso (cuatro meses) permite vaticinar ya de por sí que el cumplimiento del contrato estaba abocado irremediabilmente al fracaso; y por eso cabía presumir razonablemente, ya de entrada, que se iba a frustrar el cumplimiento de dicho contrato.

En todo caso, con la quiebra de la imprescindible confianza que ha de existir para que alcanzara su buen fin a la vista de la intempestiva reacción del contratista en primer lugar, y a continuación la de la propia Administración, resulta ello innegable.

Sin duda, la garantía de la seguridad en la ejecución del contrato, que en este caso pudiera estar comprometida por la conducta desplegada por el contratista en relación con la (falta de la adecuada) presentación del Plan de Seguridad y Salud, constituye una exigencia indispensable, que ha de atenderse antes del inicio de la obra (cláusula 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas).

Y la obligación de observar la normativa laboral y de la salud e higiene en el trabajo corre de cuenta del contratista (cláusula 9 del Pliego, y específicamente en materia laboral, cláusula 24.2 y 7), mientras que a la Administración por su parte le toca velar por su cumplimiento (cláusula 4).

Sucedee, sin embargo, que no es posible a mi modo de ver subsumir directamente ahora este planteamiento en la Propuesta de Resolución sometida a nuestra consideración, sin asegurar del todo que no vaya a producirse merma alguna de los derechos de defensa que pudieran asistir al contratista.

Del mismo modo que "petitum" y "causa petendi" componen un binomio inescindible a los efectos de sustanciar una determinada y concreta pretensión, como acostumbra a destacarse, así también lo forman con carácter general, trasladada de plano esta misma consideración, la resolución del contrato y la causa concreta que pudiera ser esgrimida a tal efecto.

Las consecuencias, por otro lado, pueden divergir atendiendo a la causa de resolución que se impetra en cada caso y no resultan poco trascendentales en ocasiones. La incautación de la fianza, desde luego, lo es.

Y además quedan no pocas cuestiones que elucidar. No podemos dejar de convenir con el dictamen en que, en efecto, el tiempo es en los contratos administrativos factor de enorme relevancia sin discusión; pero tampoco alcanzan a

revestir los plazos carácter esencial total y absolutamente, en la medida en que cabe el cumplimiento en mora de tales contratos.

Por otra parte, no todo incumplimiento legitima la resolución de estos contratos, como también recuerda el dictamen, de nuevo reproduciendo al efecto nuestra consolidada doctrina; sino que ha de tratarse de un incumplimiento grave y de naturaleza sustancial.

Hace referencia incluso el dictamen a que en ocasiones incluso la resolución contractual constituye el último remedio a una situación de crisis, al recordar de la doctrina consultiva.

No cabe descartar, desde luego, que las cosas sean en este caso efectivamente así. Pero ello requiere, por un lado, ofrecer al efecto una fundamentación adecuada y suficiente; y, por otro lado, que dicha fundamentación pueda a su vez ser objeto de la debida contestación y réplica por parte del contratista para asegurar la integridad en los derechos de defensa que a éste le pudieran asistir.

Así que, en la tesitura indicada, no parece haber otra solución razonable que la retroacción del procedimiento a los efectos expresados.

V

En todo caso, y ya para terminar, aun aceptando como plausible la respuesta que postula el propio dictamen, me parece asimismo que concurren en el caso razones suficientes para moderar las consecuencias dimanantes de la resolución del contrato, esto es, la incautación de la garantía.

No es en absoluto infrecuente en la práctica consultiva apelar a la moderación de tales consecuencias. Lo hacía ya el Consejo de Estado, e incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo, bajo la antigua regulación vigente en materia contractual (1965) en la década de los sesenta del pasado siglo (Dictamen de 22 de noviembre de 1990; o Sentencia de 31 de marzo de 1999).

Y lo vino a seguir haciéndolo después bajo la vigente a partir de la década de los noventa (1995), en una posición a cuyo aval asimismo vinieron a sumarse entonces también los consejos autonómicos (Castilla-La Mancha: dictámenes 29/2000; Comunidad Valenciana: dictámenes 24 y 492/1998, 17/2004, y 149 y 269/2005, Cataluña: dictamen 478/2001; Andalucía: dictamen 374/2005; e incluso Canarias: dictamen 184/2004).

Ciertamente, no siempre se trata de una cuestión pacífica en el seno de los organismos consultivos. Y la diversidad de soluciones a que apuntan sus dictámenes se traslada también a las distintas razones o argumentos que se esgrimen en cada caso.

Pero especialmente es digna de consideración en la práctica consultiva la concurrencia en el caso de rasgos culposos también en la conducta de la propia Administración; y en mi opinión, siendo ello así, lo cierto es que no siempre la Administración ha hecho gala en el supuesto que nos ocupa de toda la diligencia que le era exigible en el devenir de los acontecimientos que han dado lugar al planteamiento de la resolución del contrato.

En la indicada tesis, la práctica consultiva autonómica no ha vacilado en acudir a la inexistencia de culpa exclusiva del contratista, a las exigencias de buena fe o de equidad, o al art. 1.154 del Código Civil, unas veces por separado, y otras conjuntamente; como fundamento de la solución que a la postre viene a patrocinar en supuestos como en los antes mencionados, esto es, la devolución de la fianza.

En este caso, la conducta de ambas partes ha influido en el desencadenamiento de la situación que a la postre ha culminado en la frustración del cumplimiento del contrato. Por eso, quizás también aquí en el término medio (con la aplicación de los principios de compensación y concurrencia de culpas) habría que situar el punto de inflexión entre los planteamientos maximalistas defendidos por cada una de las partes en este caso.

Y, sin duda, si se hubiese patrocinado por la mayoría del Pleno una solución en los términos indicados no habría suscitado mi discrepancia de acuerdo con lo que acabo de manifestar.

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. LUIS FAJARDO SPÍNOLA SOBRE EL DICTAMEN 282/2023, DEL PLENO, RELATIVO A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS DENOMINADO «ACONDICIONAMIENTO DE SOLAR EN LA CALLE ABENQUAREME 11, 13 Y 15 DE SANTA CRUZ DE LA PALMA», ADJUDICADO A LA EMPRESA (...) (EXP. 165/2023 CA).

Mi respetuosa discrepancia con el Dictamen mayoritario se refiere tanto a la argumentación jurídica que se expone como a la conclusión que por ella se alcanza.

El Dictamen exculpa a la Administración de la acusación que formuló el contratista en su escrito inicial solicitando la resolución. Por lo demás, inculpa a éste por no haber cumplido la obligación principal del contrato, que es la de realizar la obra objeto del mismo. Ahora bien, acaso por no considerar suficientemente fundada la causa de resolución alegada en el Decreto de inicio del procedimiento, plantea cambiarla por otra de las legalmente previstas, la cual permitiría la imposición de la incautación de la garantía.

El Consejero que suscribe este voto particular discrepa de tales conclusiones, y respetuosamente argumenta de contrario con las consideraciones que siguen:

1. Sobre la obligación de fijar una fecha para comprobar el replanteo, y realizar éste.

Según el artículo 237 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) "*la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo*", responsabilizando de la misma al "*servicio de la Administración encargado de las obras*"; es decir, a la Administración. Es una asignación en exclusiva, sin que la Ley la extienda a la otra parte en el contrato, ni exima o minore la obligación de cumplirla por la conducta poco colaboradora u obstructiva, de existir, por parte del contratista.

La Propuesta de Resolución (PR en adelante) no lo entiende así, y considera que la obligación de proceder a la comprobación del replanteo no corresponde en exclusiva a la Administración, sino que también es exigible al contratista ("*en la falta de comprobación del replanteo la resolución puede ser imputable a la empresa contratista*"), pudiendo darse el caso -como el que se analiza- en el que determinado comportamiento de éste impidió la fijación de una fecha para la realización de aquella comprobación. En este supuesto, el contratista resultaría culpable de la "*demora injustificada en la comprobación del replanteo*" a que se refiere el artículo

245. a) LCSP. La Administración, al no contar con la colaboración o la anuencia del contratista, resultaría así exculpada de su retraso en la fijación de una fecha para realizarla, en su notificación en forma a éste y en su efectiva celebración. Por eso responde a la solicitud inicial del contratista de resolver por esta causa con el inicio de un procedimiento basado en esta misma causa, pero imputando toda la culpabilidad a éste.

En opinión de este Consejero la PR no alcanza a fundamentar una interpretación alejada de la literalidad de un texto legal tan meridianamente claro como es el 237 LCSP. Para ello, ampliando la causa originalmente alegada en exclusiva por el Decreto de inicio, la PR la complementa con la muletilla del artículo 211.1. d) LCSP (demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista), para imputar a éste el incumplimiento culpable. Cita en apoyo de esta interpretación la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, de 5 de junio de 2014, que se refiere a un supuesto bien distinto al que aquí se dictamina, y que se dirige a rechazar los argumentos elusivos del contratista, pero para nada afirma la existencia de una obligación de éste respecto de la comprobación del replanteo.

El Dictamen de la mayoría aparentemente asume esta interpretación de la PR, planteando una suerte de cooperación necesaria del contratista en el retraso de la Administración en la comprobación del replanteo. Así, en el número 8 del Fundamento IV afirma que *"la Administración intentó en varias ocasiones, y dentro del plazo del mes previsto para la comprobación de replanteo, que hubiera un acuerdo sobre la fecha para realizar la misma... Este mismo... supuso el retraso mismo de la propia Administración en la realización de la comprobación del replanteo dentro del plazo previsto, motivo justificado para el retraso por parte de la Administración, posibilidad prevista legalmente, lo que supone que no concurra el motivo de resolución alegado por la contratista"*. En el texto que acaba de transcribirse se puede apreciar una doble afirmación por parte del Dictamen de la mayoría. Por un lado se atribuye el retraso en la comprobación del replanteo a una falta de colaboración y hasta en una obstrucción por parte del contratista. Por el otro, se trata de exculpar a la Administración de toda responsabilidad en el retraso, que encontraría un *"motivo justificado"* de su omisión en la conducta de aquél, existiendo la *"posibilidad prevista legalmente"* para tal justificación. Esta cobertura legal que se trata de aportar para exculpar a la Administración posiblemente sea la del artículo 237 LCSP, que incluye la expresión *"salvo casos excepcionales justificados"*; pero lo que quiere decir esta salvedad legal es que en casos

justificados, y aquí no ha habido justificación, el plazo podrá ser superior al mes, no que una actitud no colaboradora del contratista pueda "*justificar*" el retraso de la Administración en su obligación, atribuida a ella por la Ley en exclusiva, de fijar una fecha para tal comprobación y de proceder a realizarla antes de vencer el plazo legal.

En fin, en opinión de este Consejero el retraso en la comprobación del replanteo (no fijar una fecha dentro de plazo para su realización, y obviamente tampoco notificarla en forma al contratista) supone que la ejecución del contrato no se ha iniciado, imposibilitando en consecuencia el comienzo de las obras (¿cómo comenzar el asfaltado sin trazar con precisión geométrica el límite de las aceras?). Por lo demás, y a partir de lo establecido en el artículo 237 LCSP, la omisión de un acto tan importante es atribuible en exclusiva a la Administración, que ha de ser considerada culpable de la misma. Por ello entendemos que para nada participa el contratista de aquella responsabilidad y de la consiguiente culpabilidad por incumplimiento.

Como consecuencia de tan grave incumplimiento de la Administración procede estimar la solicitud de resolución del contrato instada inicialmente por la empresa contratista.

2. Sobre el Plan de Seguridad y Salud (PSYS).

La PR concede una importancia central a la no subsanación por el contratista de unos errores de cifras del PSYS, que difieren de las consignadas en el presupuesto de la obra. De tal omisión del contratista deduce la PR la consecuencia del incumplimiento culpable de aquél, y del subsiguiente efecto de la incautación de la garantía. Para fundar esta severa consecuencia la PR vincula la no subsanación de los errores del PSYS con el retraso (realmente la no convocatoria ni realización) de la comprobación del replanteo, considerando que incurre el contratista en la causa de resolución culpable del artículo 211.1. d) LCSP ("*demora en el incumplimiento de los plazos por cuenta del contratista*").

El Dictamen del que discrepamos no parece del todo conforme con las causas legales elegidas por la PR, y en el número 8 de su Fundamento IV plantea una nueva causa de resolución, la del artículo 211.1. f) LCSP, la del incumplimiento de la obligación principal del contrato. Siendo la obligación principal del contrato la de ejecutar la obra, la no subsanación de los errores del PSYS impidió tal resultado. En consecuencia, el contratista es culpable, al no subsanar, de la no ejecución de la obra. No tiene en cuenta el Dictamen de la mayoría que la no realización por la Administración de la tal comprobación supuso que no se inició la ejecución del

contrato, y que el contratista se vio imposibilitado de ejecutar unas obras cuya definición espacial y jurídica sobre el terreno no estaban aseguradas.

Por lo demás, debe tenerse en cuenta la dimensión y carácter de tales errores, que el propio informe técnico municipal califica de menores (*"se detectan pequeños errores"*). Se trata de diferencias de cifras, más erratas que errores, sin consecuencias probadas sobre la seguridad y salud objeto del PSYS, y menos aún sobre la ejecución de las obras y el aseguramiento de su resultado, objeto central del contrato. Así lo considera acertadamente el escrito de alegaciones de la empresa contratista, que indica que *«sí tan "pequeños" eran esos errores en el PSyS, según el Informe del técnico municipal, no encontramos justificación alguna para que, de conformidad con el artículo 237 de la LCSP, el servicio de la Administración encargado de las obras no haya procedido, en presencia del Contratista, a efectuar la comprobación del replanteo en el plazo de un mes desde la firma del contrato»*. Difícil resulta, a juicio del que suscribe este voto particular, deducir de tal falta de subsanación el efecto de la resolución del contrato, pero menos aún la calificación del incumplimiento como culpable hasta el punto de imponer la incautación de la garantía.

Para poder imputar al contratista la *"demora en la comprobación del replanteo"* la PR plantea el carácter condicionante del PSYS respecto de tal acto de verificación: no puede fijarse la fecha ni realizarse la comprobación del replanteo si antes el contratista no entrega el PSYS y la Administración lo aprueba. También el Dictamen de la mayoría implícitamente asume esta interpretación, que considera que la no subsanación de los errores del PSYS por el contratista impidieron la realización de la comprobación del replanteo.

No obstante, ninguna norma legal o reglamentaria condiciona la comprobación del replanteo a la previa entrega y aprobación del PSYS. Acierta así el contratista cuando en su escrito de alegaciones afirma que *"la normativa administrativa sobre contratación pública no condiciona la firma del Acta de Comprobación de Replanteo a la corrección de eventuales errores en el PsyS"*.

Es más, el estudio de seguridad y salud ya debe haber estado incorporado por la Administración al conjunto documental del proyecto de la obra [artículo 233.1. g) LCSP]. No consta en el expediente remitido al Consejo Consultivo el texto del proyecto técnico, por lo que desconocemos si tal estudio fue incorporado en su momento. La normativa reglamentaria que regula el PSYS (Real Decreto 1627/1997,

de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción) puede entenderse vigente (es veinte años anterior y de inferior rango a la LCSP) si se interpreta armónicamente con ésta, entendiendo que tal estudio es cosa distinta del PSYS, pero constituyendo su antecedente necesario y al que debe sujetarse. Habría, por todo ello, que demostrar que aquellas erratas del PSYS cuya subsanación están en el centro de todo también lo son respecto del estudio integrado en el proyecto.

Pero, en fin, volviendo al pretendido condicionamiento de la comprobación del replanteo por la entrega y aprobación del PSYS, debe rechazarse el mismo. No resultan necesarias tales entrega y aprobación para proceder por la Administración al cumplimiento de su obligación de fijar una fecha para la comprobación del replanteo, notificarla [en sede electrónica, como exigen los artículos 41 (especialmente el último párrafo de su número 1) y 43 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y no por otros medios, por muy consentidos que hayan sido] al contratista y efectivamente realizarla.

3. Defectos graves del procedimiento de resolución del contrato.

Este procedimiento hay que entenderlo iniciado por la Administración a solicitud del contratista, que en su escrito inicial así lo requiere alegando el incumplimiento por la Administración de su obligación de efectuar la comprobación del replanteo.

La Administración, sin embargo, instruye todo el procedimiento desde la imputación al contratista del incumplimiento de su obligación (sic) de proceder a la comprobación del replanteo. El alguacil alguacilado. Pero lo notable, sobre todo, es que no se da curso propiamente a la solicitud inicial del contratista, ni se procede a acumular el procedimiento de la misma derivado con aquel otro en que la Administración postula la imputación del contratista. Tal proceder de la instrucción constituye un defecto grave de este procedimiento, pues el administrado que lo insta tiene derecho a que se tramite, se argumente jurídicamente sobre sus pretensiones y se resuelva sobre lo instado.

El Dictamen de la mayoría minimiza este defecto formal, cuando señala:

“La Administración no tramita procedimientos diferentes, como habría sido correcto, para posteriormente acumularlos al amparo de lo dispuesto en el art. 57 LPACAP (íntima conexión), sino que iniciada la tramitación por la Administración con posterioridad, sigue un único procedimiento. No obstante, dado que en el mismo se

adjunta la documentación correspondiente a la solicitud de la empresa contratista, se analizan sus alegaciones en los informes obrantes y fundamentalmente, se da pronunciamiento sobre las cuestiones planteadas (art. 88.1 LPACAP), se entiende innecesario proceder a la retroacción del expediente”.

Este Consejero no comparte tan benevolente parecer del Dictamen, pero desde luego, a más, quiere indicar que al anterior defecto formal se une otro aún más grave, no advertido por los cinco miembros del Pleno que votaron a favor: el procedimiento de inicia (Decreto del Alcalde de 6 de marzo de 2023) alegando en exclusiva la causa de resolución del tan citado artículo 245 LCSP, pero la PR incorpora otra nueva causa, la del artículo 211.1. d) LCSP, sin que por tanto el contratista hubiera podido pronunciarse al respecto en el trámite de audiencia. Este grave defecto de la tramitación es susceptible de producir indefensión en el contratista, pues su presencia agrava en perjuicio de éste las consecuencias del pretendido incumplimiento. Tal defecto formal se califica por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como de las más graves, susceptible de producir la nulidad de la resolución que finalmente recaiga en el procedimiento. Procedería en consecuencia, para evitarlo, retrotraer el procedimiento para dar nuevo trámite de audiencia al contratista. Ello en principio, a salvo de lo que enseguida concluiremos.

4. ¿Retrotraer o resolver desde ahora?

Los defectos formales de la instrucción son de tal gravedad que para salvar la legalidad del procedimiento habría que retrotraer el mismo, para tramitarlo conforme se ha señalado, y además para otorgar de nuevo audiencia al contratista.

No obstante, cabe preguntarse si en pro de la economía procedimental, y dada la coincidencia de ambas partes en solicitar la resolución del contrato y procediendo legalmente ésta, no cabe acordar desde ahora tal resolución. En nuestra opinión resultaría conforme a Derecho optar por esta última salida.

5. Conclusiones.

A partir de la argumentación precedente, discrepamos respetuosamente del Dictamen de la mayoría y alcanzamos las siguientes conclusiones:

5.1. La Administración, que tiene en exclusiva la obligación de proceder a la comprobación en plazo del replanteo, la incumplió en este caso, por lo que procede estimar la solicitud de la empresa contratista de resolver el contrato, con devolución de la fianza.

5.2. No hay un incumplimiento del contratista de una obligación que no tiene, la de proceder a la comprobación del replanteo. Menos aún le resultaría imputable una pretendida falta de colaboración o ni siquiera obstrucción, de haberse dado, al ejercicio por la Administración de la comprobación del replanteo, salvo la no asistencia al acto de tal verificación o la negativa a suscribir el acta correspondiente.

5.3. La obligación del contratista de entregar el PSYS, y de subsanar sus errores, no condiciona la verificación por iniciativa de la Administración de la comprobación del replanteo. Un incumplimiento por la empresa contratista de la subsanación de los errores del PSYS no puede utilizarse para imputarle el incumplimiento de una obligación que no tiene, la de la comprobación del replanteo.

5.4. La no subsanación de los errores, acaso simples erratas, del PSYS presentado por el contratista no puede considerarse una falta susceptible de fundar la decisión de resolver el contrato, y menos aún de acarrear la incautación de la garantía. La escasa dimensión de aquéllos, pero sobre todo la no posibilidad de que alcanzaran a perjudicar los objetivos de seguridad y salud del PSYS, y menos aún a la ejecución de la obra, no pueden producir la imposición del severo castigo de la incautación de la fianza, y otros efectos derivados sobre la calificación del contratista para futuras contrataciones.

5.5. La resolución que cierre este procedimiento debe acordar la resolución del contrato, con devolución al contratista de la garantía depositada.