Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 8 7 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 29 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 administrativo de resolución del contrato administrativo de obras denominado «ASFALTADO CAMINO LOMO ESPANTA Y REPAVIMENTACIÓN DE LA CUESTA EL PLANTO DEL T.M. DE SANTA CRUZ DE LA PALMA» -Lote n.º 1- (EXP. 187/2023 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma por oficio de 10 de abril de 2023, con entrada en el Consejo Consultivo al día siguiente, es la Propuesta de Resolución mediante la cual se resuelve el contrato de obra *«ASFALTADO CAMINO LOMO ESPANTA Y REPAVIMENTACIÓN DE LA CUESTA EL PLANTO DEL T.M. DE SANTA CRUZ DE LA PALMA (Lote n.º 1)»*, adjudicado a (...) el 22 de diciembre de 2022, por Decreto de la Alcaldía n.º 3400/2022, por un precio de 115.560 euros y un plazo de ejecución de 22 días naturales.

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 febrero de 2014 (en adelante, LCSP), precepto que es de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

[*] **Ponente: Sr. Belda Quintana.**

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), también de carácter básico.

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

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

En cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el 22 de diciembre de 2022 el contrato de obra, resulta aplicable la LCSP (Disposición Transitoria primera.2 en relación con la disposición final decimosexta LCSP).

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

3.2. Respecto al Derecho procedimental aplicable se ha de señalar que 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 por Decreto de la Alcaldía n.º 595/2023, de 7 de marzo, el presente procedimiento de resolución contractual, procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al «*procedimiento de ejercicio*» de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el

Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)]. Trámites estos que aparecen debidamente cumplimentados en el procedimiento administrativo que se ha remitido a este Consejo.

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

Consta en el expediente administrativo informe jurídico de la Secretaría del Ayuntamiento, para la resolución del contrato.

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.

4. El plazo máximo para instruir y resolver los procedimientos de esta naturaleza es de ocho meses, cuyo cómputo se inició el pasado 7 de marzo de 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 7 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.

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

II

Los antecedentes relevantes del procedimiento contractual son los siguientes:

1. Con fecha 22 de diciembre de 2022, el contrato administrativo de obra consistente en *«ASFALTADO CAMINO LOMO ESPANTA Y REPAVIMENTACIÓN DE LA CUESTA EL PLANTO DEL T.M. DE SANTA CRUZ DE LA PALMA»* correspondiente al LOTE N.º 1 ASFALTADO CAMINO LOMO ESPANTA (Expediente n.º 11609/2022) fue adjudicado por Decreto n.º 3400/2022 de la Alcaldía, por un precio de adjudicación de ciento quince mil quinientos sesenta euros (115.560,00 €), IGIC incluido, y un plazo de veintidós (22) días naturales según lo ofertado, a contar desde la firma del acta de comprobación de replanteo, al contratista (...).

2. El contrato se formaliza mediante documento administrativo suscrito por las partes con fecha 30 de diciembre de 2022, n.º registro 28/2022.

3. La ejecución del contrato no se inició debido a la imposibilidad de poder contactar y concretar fecha con la contratista para la comprobación del replanteo, no llegando ni siquiera a aportar la modificación requerida en el Plan de Seguridad y Salud que fue presentado en fecha 26 de enero de 2023 por registro de entrada de la sede electrónica (n.º 2023-001749), y que fue solicitado por el Arquitecto Técnico Municipal para ser aprobado previamente a la firma del acta de comprobación de replanteo.

Durante los meses de enero y febrero, se remitieron correos electrónicos a la empresa contratista solicitándoles que el responsable del contrato se pusiera en

contacto con la Administración, para, en primer lugar, proceder a la aportación definitiva de los Planes de Seguridad y Salud, y, en segundo lugar, tras su aprobación, proceder a la firma del acta de comprobación de replanteo.

4. En fecha 24 de febrero de 2023 se presentó escrito de solicitud de resolución del contrato por la contratista (...) (registro entrada sede electrónica n.º 2023-003758) 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) LCSP.

5. Mediante Oficio del órgano de contratación de fecha 1 de marzo de 2023 se solicita al responsable del contrato, el Arquitecto Técnico Municipal, se emita informe sobre un posible incumplimiento contractual por parte de la empresa contratista.

6. El Arquitecto Técnico Municipal, en fecha 2 de marzo de 2023 emitió informe en el que se advierte del incumplimiento flagrante por parte del contratista de la obligación esencial consistente en la demora injustificada en la comprobación del replanteo.

Concretamente, en dicho informe se señala lo siguiente:

«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. (...), 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 (...) y no al Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma».

III

En cuanto al expediente de resolución contractual**,** constan los siguientes trámites:

1. Por Decreto de la Alcaldía n.º 595/2023, de 7 de marzo, se inicia expediente de resolución del citado contrato de obras adjudicado a la empresa (...), por causa imputable al contratista con incautación de la garantía definitiva.

2. Se otorga trámite de audiencia al contratista y su avalista por el plazo de diez días naturales, notificado a ambos el 8 de marzo de 2023.

3. El 17 de marzo de 2023 se presentan alegaciones por la empresa contratista, oponiéndose a la resolución del contrato, por entender incierta la causa alegada por la Administración, entendiendo que la falta de firma del acta de comprobación del replanteo es imputable a la Administración por falta de indicaciones expresas.

4. Se emite informe jurídico-Propuesta de Resolución por la Secretaria del Ayuntamiento proponiendo la resolución del contrato por causa imputable al contratista debido al incumplimiento de su obligación esencial, consistente en la demora injustificada de la comprobación del replanteo, incautando la garantía definitiva por importe de 5.400 euros.

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, como hemos reiterado en distintas ocasiones (véase, en este sentido, el Dictamen 474/2022, de 7 de diciembre), 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 trascribe 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 este caso, en la cláusula 30 PCAP.

Por otro lado, y como tiene declarado este Consejo Consultivo, entre otros, en el Dictamen 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 faculte 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*».

En este caso, resulta aplicable la doctrina contenida, entre otros, en nuestro Dictamen 350/2022, de 27 de septiembre, que en un caso similar señalaba:

«Como ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia, "el contrato de obras es típicamente un contrato de resultado. De ahí que tanto la Ley como el Reglamento, al desarrollar la ejecución de este contrato, hagan hincapié en los preceptos mencionados para resaltar la obligación del contratista de cumplir tanto los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva, como el general o final para su total realización. Ítem más, para la

constitución en mora del contratista no se requiere interpelación o intimación previa por parte de la Administración; hasta tal punto que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra permite a la Administración optar por la resolución del contrato" (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989, 14 de julio de 1986, 12 de marzo de 1992).

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

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

«2. El objeto del contrato de obras es la realización de una obra, la cual se define como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble (art. 6 LCSP). El contrato de obras es, por tanto, un contrato de resultado por el cual el contratista se obliga a realizar una obra determinada por un precio alzado; además es de resultado total, porque su objeto es la ejecución de una obra completamente terminada, puesto que debe ser apta para cumplir por sí misma la función para la cual fue proyectada.

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

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

naturaleza de pagos a cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, por lo que en ningún caso suponen la aprobación y recepción de las obras parciales que comprenden.

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

(...)

3.2. Este Consejo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones contractuales (por todos, Dictámenes 300/2020, de 16 de julio; 243/2019, de 20 de junio; y 106/2020, de 14 de mayo), sobre qué debe entenderse por «incumplimiento de la obligación principal del contrato», con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en concreto, la STS de 1 de octubre de 1999, que señala que «a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación», es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de «denominación» que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato.

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

5. Tal y como hemos indicado en el reciente Dictamen 282/2023, de 23 de junio, en un supuesto de hecho muy similar, el art. 245 LCSP establece 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 aquélla, 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 (...) 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, indicando 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 correos electrónicos 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 (…) 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 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 (en un plazo de ejecución de 22 días) 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 encuentran previstos en los arts. 213 y 246 LCSP.

Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

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

Este Consejo Consultivo ha mantenido de forma constante que en aquellos casos en los que se declara el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía definitiva prestada, sin perjuicio de que, si el importe de los daños y perjuicios causados superan el montante de esta garantía, se tramite el oportuno procedimiento contradictorio para su determinación (por todos, Dictámenes 510/2020, de 3 de diciembre, 363/2018, de 12 de septiembre, y 196/2015, de 21 de mayo).

En 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.

C O N C L U S I Ó N

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.