Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 8 9 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 5 de octubre de 2023.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato de obras denominado «Ampliación de recinto para vehículos del Parque de Bomberos de Puerto Rico» adjudicado a la entidad (...) (EXP. 378/2023 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Presidente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras denominado «*Ampliación de recinto para vehículos de bomberos*» del Parque de Bomberos de Puerto Rico, adjudicado a la entidad (...), por un precio de 96.829,39 euros, con un IGIC aplicable de 6.777,99 euros.

2. En cuanto a la legitimación del Presidente del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, ha de decirse que, si bien, de partida, no figuran expresamente previstos los Presidentes de los Consorcios entre los sujetos legitimados para solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo, atendiendo al art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), sin embargo, no es menos cierto que con carácter general nuestra doctrina -expresada, entre otros, en los Dictámenes 201/2005, de 14 de julio, 484/2012, de 18 de octubre, 381/2015, de 16 de octubre, o 405/2020, de 14 de octubre, emitidos a solicitud de distintos presidentes de entes u organizaciones instrumentales dotadas de personalidad jurídica propia y/o autonomía orgánica y funcional-, ha sido interpretar extensivamente el art. 12.3 LCCC en el sentido de considerar que la autoridad legitimada para solicitar el correspondiente dictamen es la que ostente la

[*] **Ponente: Sra. Marrero Sánchez.**

representación legal del mismo, cuando se trate de organizaciones con personalidad jurídica propia y funcionamiento autónomo, siempre que su eventual adscripción orgánica no lesione su autonomía funcional.

Por lo que, en principio, en el presente caso no habría objeción para que se solicitara el dictamen por el Presidente del referido Consorcio, en tanto que tiene conferida la representación legal de dicho organismo, en virtud de lo establecido en los Estatutos del Consorcio [arts. 9.1.a) y 11.1 a) de los Estatutos del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria -B.O.P. n.º 21, de 31 de enero de 2011-].

3. La preceptividad del dictamen y la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo resultan de lo previsto en los arts. 11.1.D.b) y 12.3 LCCC, en relación con el art. 191.3, letra a), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) precepto que es de aplicación toda vez que el contratista se ha opuesto a la resolución.

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

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 28 de enero de 2022 el contrato de obras denominado *«Ampliación de recinto para vehículos de bomberos»* del Parque de Bomberos de Puerto Rico, 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.

4.2. Respecto al derecho procedimental aplicable se ha de señalar que:

4.2.1. Las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato. Este criterio se sustenta en lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la LPACAP [«*a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*»], norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición Final cuarta LCSP.

4.2.2. Por Decreto 80/2023, de 21 de julio, se inicia el presente procedimiento de resolución contractual por causa imputable al contratista.

El art. 191.1 LCSP establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista 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) LCSP]. Trámites estos que aparecen debidamente cumplimentados en el procedimiento administrativo que se ha remitido a este Consejo.

Por su parte, el art. 112.2 LCSP obliga a tener al avalista como parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada. En idéntico sentido, 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. En el presente caso, se ha dado el preceptivo trámite de audiencia sin que se hayan formulado alegaciones por el avalista.

5. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde, de acuerdo con la disposición adicional segunda LCSP, en relación con lo dispuesto en el art. 11 apartado 1.º, k) de los vigentes Estatutos del

Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, así como en el Decreto Presidencial de fecha 2 de julio de 2019, a la Presidencia del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria.

6. Este Consejo Consultivo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el presente procedimiento en el Dictamen 291/2023, de 29 de junio, en el que concluimos que, habida cuenta del transcurso del plazo máximo de tres meses para su resolución -previsto en el art. 21.3 LPACAP-, correspondía declarar la caducidad del procedimiento de resolución del contrato y procederse al archivo de las actuaciones, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento con idéntica pretensión.

7. Iniciado un nuevo procedimiento el 21 de julio de 2023, el plazo de resolución (y caducidad) de estos procedimientos es de 8 meses -desde el 1 de enero 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 sexagésimo segunda que lleva por rúbrica *«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 el plazo máximo de ocho meses. La falta de resolución expresa en el plazo indicado conllevará la caducidad y el archivo de las actuaciones»*, por lo tanto el presente expediente administrativo de resolución contractual no se encuentra caducado.

8. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que impidan un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

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

- Con fecha 20 de mayo de 2021, la Presidencia del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria (en adelante, el Consorcio) dicta el Decreto 81/2021, por el que se aprobó el proyecto técnico *«Ampliación de recinto para vehículos de bomberos»* sito en el Parque de Bomberos de Puerto Rico, procediéndose a la firma del acta de replanteo con fecha 9 de junio de ese año.

- Con fecha 1 de julio de 2021, la Presidencia del Consorcio dicta el Decreto 107/2021, en cuya virtud se aprobó el inicio del expediente CEGC_2021-06, relativo a la contratación de la obra de ejecución del proyecto técnico denominado *«Ampliación de recinto para vehículos de bomberos»* sito en el Parque de Bomberos de Puerto Rico, contando con un presupuesto de ejecución por contrata de 121.410,28 euros y con un IGIC repercutido de 8.498,72 euros, procediéndose a su tramitación mediante procedimiento abierto simplificado, trámite ordinario, conforme a lo establecido en el art. 159 de la Ley de Contratos del Sector Público.

La aprobación del referido expediente de contratación se dispuso por medio del Decreto 136/2021, de 5 de octubre.

- Seguido el procedimiento por todos sus trámites, con fecha 28 de enero de 2022, la Presidencia del Consorcio dicta el Decreto 28/2022, rectificado por medio del Decreto 57/2022, por el que se adjudica a la empresa (...) esta contratación por la cantidad de 96.828,39 euros, con un IGIC aplicable de 6.777,99 euros, disponiéndose en el dispositivo primero de dicho Decreto que su eficacia quedaría condicionada a la liquidación del presupuesto del Consorcio de Emergencias de Gran Canaria correspondiente al ejercicio 2021 y la incorporación de los remanentes de crédito con cargo al remanente líquido de tesorería.

- Con fecha 13 de abril de 2022 se formalizó el contrato, disponiéndose en la cláusula tercera del mismo que *«La comprobación de replanteo tendrá lugar dentro del plazo no superior a un mes desde la fecha de la formalización de este contrato».*

- Con fecha 4 de mayo de 2022, se reúnen en el Parque de Bomberos de Puerto Rico el Responsable del Área de Prevención y Gestión del Riesgo del Consorcio, el director de obra y el jefe de obra de la contratista, a los fines de comprobar la posesión y disponibilidad real de los terrenos necesarios para la realización de la obra, su idoneidad y la viabilidad del proyecto.

No se produjo objeción alguna por parte de los representantes de la contratista.

- Promovida por la Administración la firma del acta de comprobación del replanteo para el día 12 de mayo de 2022, la contratista manifestó haber tenido problemas con la organización de la maquinaria necesaria para comenzar la obra, de modo que solicitaba cierto margen para dar solución a esta cuestión antes de proceder a la antedicha firma.

- Con fecha 6 de junio de 2022, dadas las circunstancias concurrentes, se remite a (...), escrito por el que se le requiere a la contratista para la firma del acta de comprobación del replanteo, emplazándoles el día 21 de junio de 2022 a las 12:00 horas.

Consta acreditado en el expediente que la notificación de este requerimiento tuvo lugar el mismo día de su remisión, esto es, el 6 de junio de 2022.

- El día inmediatamente posterior a la notificación del requerimiento por el que se emplazaba a la contratista para la firma del acta de comprobación del replanteo, con fecha 7 de junio de 2022, se recibe en el Consorcio escrito por el que (...), a la luz de la notificación del escrito referido en el antecedente anterior, solicita la resolución del contrato por causas imputables a la Administración, al considerar que existe una demora injustificada en la firma del acta de comprobación del replanteo, así como insta ser convocado para llevar a cabo la liquidación, comprobación y medición del contrato.

- Con fecha 21 de junio de 2022 a las 12:00 horas, se firma el acta de comprobación del replanteo por parte del director de la obra y el técnico del Consorcio responsable del contrato, no compareciendo (...) a dicho acto.

- Con fecha 2 de diciembre de 2022, el Responsable del Área de Prevención y Gestión del Riesgo del Consorcio, responsable del contrato, emite informe en el que relata la cronología de los hechos acontecidos y sobre su base concluye que, *« (...) Esta Administración intentó por todos los medios comenzar la obra en tiempo y forma. También era conocedora de los problemas con la falta de materias primas y subida de precios por la escasez de la oferta e intentó dar soluciones al contratista»*, proponiendo la resolución del contrato por la no comparecencia del contratista, sin causa justificada, el día de la firma del acta de comprobación del replanteo de la obra.

- Con fecha 13 de diciembre de 2022, la Presidencia del Consorcio dicta el Decreto 183/2022, por el que se resuelve iniciar el procedimiento de resolución del contrato derivado del expediente CEGC_2021-06, relativo a la contratación de la obra de ejecución denominada *«Ampliación de recinto para vehículos»* sito en el Parque de Bomberos de Puerto Rico, otorgándose un trámite de audiencia de diez días naturales, tanto al contratista como a la empresa avalista.

Consta acreditado en el expediente que la notificación de este decreto a la contratista tuvo lugar con fecha 27 de diciembre de 2022.

- Con fecha 5 de enero de 2023, la empresa (...), presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta una falta de motivación en las actuaciones precedentes llevadas a cabo por la Administración, citando expresamente el Decreto 183/2022, de inicio del procedimiento de resolución del contrato, y solicita, en síntesis, la resolución del contrato por causas imputables a la Administración.

- La Propuesta de Resolución acuerda la resolución del contrato por causa imputable a la mercantil (...), conforme al art. 245 LCSP y el art. 139.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con fundamento en la consideración de que la citada empresa no formalizó injustificadamente el acta de comprobación de replanteo a la que fue citada, siendo éste motivo de incumplimiento del contrato, al ser un trámite indispensable.

- Como se dijo, el Dictamen de este Consejo 291/2023, de 29 de junio, constató que, dado el transcurso del plazo máximo de tres meses para su resolución -previsto en el art. 21.3 LPACAP-, correspondía declarar la caducidad el procedimiento de resolución del contrato y procederse al archivo de las actuaciones, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento con idéntica pretensión.

- De acuerdo con lo anterior, se dictó el Decreto 76/2023, de 7 de julio, por el que se declaró la caducidad del procedimiento de resolución contractual resultante del expediente CEGC_2021-06 relativo a la obra de ejecución del proyecto técnico denominado *«Ampliación de recinto para vehículos de bomberos»* sito en el Parque de Bomberos de Puerto Rico.

Consta acreditado en el expediente que este decreto fue notificado a (...) con fecha 19 de julio de 2023.

- Con fecha 21 de julio de 2023 se dicta el Decreto 80/2023, por el que se resuelve iniciar el procedimiento de resolución del contrato derivado del expediente CEGC_2021-06, relativo a la contratación de la obra de ejecución denominada *«Ampliación de recinto para vehículos de bomberos»* sito en el Parque de Bomberos de Puerto Rico, otorgándose un trámite de audiencia de diez días naturales, tanto al contratista como a la empresa avalista.

Consta acreditado en el expediente la notificación efectuada, tanto a la contratista como a la avalista con fechas 2 y 3 de agosto de 2023, respectivamente.

- Con fecha 7 de agosto de 2023, la empresa (...), presenta escrito de alegaciones en el que reitera lo manifestado en el procedimiento anterior, esto es,

que solicita la resolución del contrato por causas imputables a la Administración, al no haberse suscrito el acta de comprobación de replanteo en el plazo contemplado en el contrato.

- La Propuesta de Resolución reitera que procede la resolución del contrato por causa imputable a la mercantil (...), conforme al art. 245 LCSP y el art. 139.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por medio del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, con fundamento en la consideración de que la citada empresa no formalizó injustificadamente el acta de comprobación de replanteo a la que fue citada, siendo éste motivo de incumplimiento del contrato, al ser un trámite indispensable. Además, entiende que se deberá tener en cuenta la aplicación del art. 213.3 LCSP, en cuanto a la incautación de la garantía y la indemnización al Consorcio de Emergencias de Gran Canaria, sin mayor concreción.

III

1. Cabe señalar, con carácter previo, que en el presente procedimiento se da una acumulación de causas de resolución, aun cuando no exista acuerdo formal en que se declare la misma, y ello, toda vez que, en primer lugar, se presenta por la empresa contratista escrito de solicitud de resolución contractual por la demora en la comprobación del replanteo imputable a la Administración, el cual no fue tramitado mediante la incoación de un expediente de resolución contractual a instancias del contratista, si no que, posteriormente, y a la vista de dicho escrito, se acuerda el inicio por la Administración del presente expediente de resolución por la causa alegada y prevista en el art. 245.a) LCSP (*«la demora injustificada en la comprobación del replanteo»*), pero en relación con el art. 211.1.d) LCSP, esto es, imputable exclusivamente a la contratista.

La Administración, por tanto, no ha tramitado procedimientos diferentes, sino que ha seguido un único procedimiento. Ello no se considera una deficiencia en el procedimiento, dado que en el expediente administrativo 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).

2. En lo que respecta 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» imputable a la contrata, en relación con lo dispuesto en el art. 211.1.f) de la misma norma, *«el incumplimiento de la obligación principal del contrato»*, en relación con el art. 139.1 RGLCAP, que prevé que *«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»*.

3. 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, en relación con la consideración de esencial de la obligación 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 reciente Dictamen 288/2023, de 29 de junio, *«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 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"».*

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 pla*zo 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. En el presente caso, como se ha señalado, se plantea la resolución del contrato que nos ocupa invocándose como causa la demora injustificada en la comprobación del replanteo, resultando necesario, por tanto, referirnos a las características del propio trámite de comprobación del replanteo, para posteriormente determinar si la responsabilidad de que no se haya llevado a efecto dicho trámite es imputable a la empresa contratista, como señala la Propuesta de Resolución o si, por el contrario, debe recaer sobre la Administración como señala aquélla.

Dispone 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».*

Atendiendo al tenor de este precepto, se ha de advertir que con fecha 13 de abril de 2022 se formalizó el contrato cuya resolución se pretende, disponiéndose en la Cláusula tercera del mismo que *«La comprobación de replanteo tendrá lugar dentro del plazo no superior a un mes desde la fecha de la formalización de este contrato»*. 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 otra parte, el art. 139 del RGLCAP establece que: *«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».*

6. Sentado lo anterior, del expediente administrativo se desprende que, efectivamente, el acta de comprobación del replanteo no se formalizó dentro del plazo máximo de un mes establecido para ello.

Ahora bien, del análisis del expediente administrativo, en concreto, de los informes obrantes en el mismo y las alegaciones formuladas por la contrata, esta última no ha alcanzado a dar una explicación plausible del motivo por el cual no se llevó a efecto la comprobación del replanteo.

En efecto, según el Responsable del contrato las causas que impidieron levantar el acta de comprobación del replanteo dentro del mes siguiente a la formalización del contrato fueron imputables a la contratista, toda vez que se le informó debidamente que el plazo máximo para proceder a la firma del acta expiraba el día 12 de mayo de 2022, promoviendo el Responsable del contrato todos los actos necesarios para alcanzar este objetivo, sin que el mismo fuera logrado debido a los problemas técnicos que la contratista aducía que estaba experimentando para reunir los medios técnicos y materiales necesarios para iniciar las obras inmediatamente después de la firma del acta.

La propia Propuesta de Resolución expone que la Administración podía haber ignorado esas circunstancias aducidas por la contrata y no haber apreciado buena fe en el contratista y, en tal caso, haber resuelto el contrato de forma inmediata, invocando la normativa reguladora y sobre la base de una ausencia injustificada al acto en cuestión.

No obstante, no fue tal la determinación de la Administración, que entendió, conforme a la doctrina transcrita en los apartados anteriores, que no cualquier incumplimiento del contrato puede motivar la resolución anticipada del mismo, sino que es necesario que se trate de un incumplimiento del contrato grave, cualificado y de naturaleza sustancial, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

En definitiva, la Administración, en consideración a la constante comunicación que tuvo lugar entre las partes desde la formalización del contrato hasta el desenlace de los hechos, convencida de la buena fe de la contratista en relación con los alegados problemas que afectaban al proyecto, decidió entender justificada su ausencia en el día inicialmente acordado para la firma del acta de comprobación del replanteo, en prevalencia del interés público y con el fin de evitar los efectos perjudiciales que podrían derivarse de una resolución contractual oriunda en la no consideración de ciertos problemas que, según la contratista, serían resueltos con prontitud.

Esta versión de los hechos es negada por la contrata, aludiendo que son unas manifestaciones *«con las que esta parte no puede estar en absoluto de acuerdo, por no corresponderse con la realidad»*, sin mayores precisiones.

Así, cuando se propone una segunda fecha para la formalización del replanteo, pasado ya el mes previsto legalmente, la empresa, sorpresivamente, el día

inmediatamente posterior a ser requerido para dicho acto, solicita al Consorcio la resolución del contrato por causas imputables a la Administración, invocando una demora injustificada en la firma del acta de comprobación del replanteo.

La Administración considera que la previa declaración de voluntad de la contratista de retrasar la firma del acta de comprobación de replanteo en aras a solventar unos presuntos inconvenientes que impedían dar inicio a la ejecución del proyecto, que fue acogida y estimada tácitamente por la Administración sobre la base de la buena fe de la contratista, fue intencionada con la única finalidad de dejar pasar el plazo del mes. Conducta que no puede ser acogida porque vulnera la doctrina de los actos propios consagrada por nuestro ordenamiento jurídico.

7. Este Consejo Consultivo, a la hora de dilucidar cuál de las versiones ofrecidas es la que se ajusta a la realidad ha de acudir al art. 77.5 LPACAP que establece que *«Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario»*.

En efecto, este precepto dota de presunción *«iuris tantum»* de certeza a los documentos formalizados por funcionarios en los que consten hechos controvertidos.

Por su parte, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), de aplicación en el ámbito administrativo para la valoración de la prueba por el propio art. 77.1 LPACAP, dispone en su art. 317 que, a efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos *«5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones»* y *«6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades»*.

En el expediente administrativo obra Informe suscrito por el técnico responsable del contrato en el que se relatan los hechos recogidos en la Propuesta de Resolución con todo lujo de detalles, hechos que son negados genéricamente por la contrata, sin ofrecer un relato alternativo y sin negar en concreto fechas ni conversaciones referidas en dicho Informe.

Además, incluso sin esa presunción, de acuerdo con el criterio de la sana crítica, proclamado en la LEC, se aprecia que la versión dada por el funcionario público es fiel a la realidad.

8. De acuerdo con lo anterior, este Consejo Consultivo coincide con la Propuesta de Resolución en que en el presente procedimiento no concurre la causa de resolución esgrimida por la contrata, considerando justificada la demora en la comprobación del replanteo imputable a la Administración, demora que tuvo su origen en el retraso propiciado por la propia contrata.

En efecto, acreditada la realidad de los hechos según el relato del Responsable del contrato, es de aplicación la teoría de los actos propios.

Al respecto, este Consejo Consultivo en su Dictamen 420/2015, de 19 de noviembre, entre otros, ha venido entendiendo lo siguiente:

«A propósito de dichos principios de buena fe, confianza legítima y la doctrina de los actos propios, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 73/1988, de 21 abril, afirmó que la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium, surgido originariamente en el Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos".

Igualmente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30/3/1999 afirmó que:

"no es lícito accionar contra los propios actos, cuando se llevan a cabo actuaciones que por su trascendencia integran convención y causan estado, definiendo inalterablemente las situaciones jurídicas de sus autores y cuando se encaminan a crear, modificar o extinguir algún derecho, con lo que generan vinculación de los que se les atribuyen (...) ".

De todo lo anterior se infiere que la doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables (SSTS 9/12/2010, 9/03/2012 y 25/02/2013). El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (SSTS 9/12/2010, 7/12/2010 y 25/02/2013). Significa en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una

determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real, porque los actos jurídicos lícitos realizados determinan necesariamente unas consecuencias jurídicas».

En el presente supuesto, es patente que la contrata ha generado en la Administración una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido (entender justificado, aun de manera tácita, la concurrencia de circunstancias que provocan la demora en la formalización del replanteo), por lo que no puede, una vez pasado el plazo, invocar tal hecho como causa de resolución contractual imputable a la Administración.

En definitiva, no concurre la causa invocada por la contratista.

9. Siendo eso así, la consecuencia inmediata es considerar que la contratista ha incurrido en la causa alegada por la Administración, pues no acudió, sin causa justificada, al acto de comprobación del replanteo, lo que de acuerdo con el art. 139 RGCAP, se considerará como incumplimiento del contrato con las consecuencias y efectos previstos en la Ley.

En efecto, está acreditado que el día 6 de junio de 2022, se le envía al contratista citación para firmar el acta de comprobación del replanteo de la obra el 21 de junio de 2022 a las 12 horas. Llegado tal día, firman el acta de comprobación del replanteo de la obra el Director de obra y el técnico responsable del contrato. El contratista no compareció y por tanto no firmó el acta de comprobación del replanteo de la obra.

En definitiva, concurre la causa de resolución del contrato prevista en el apartado f) del art. 211.1 LCSP, como consecuencia de la no comparecencia del contratista al acto de comprobación del replanteo, ausencia imputable a él en exclusiva, debiéndose calificar de grave y, por ende, culpable, con los efectos que a continuación se analizan.

10. Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato por demora culpable del contratista, procede determinar los efectos de aquélla.

De acuerdo con el art. 213.3 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 (art. 213.5 LCSP).

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 del 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 entrado a valorar si existen daños y perjuicios cuyo valor exceda de la garantía, por lo que tal circunstancia se deberá sustanciar en un procedimiento autónomo y contradictorio.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a dictamen se considera 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.

No obstante, deberá pronunciarse expresamente acerca de la procedencia de la incautación de la garantía definitiva prestada dado que se ha declarado el incumplimiento culpable del contratista.