

Nº 35
Tercer trimestre 2023

Gablex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 35. Septiembre 2023

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y
REDALYC**

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	12
-------------------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA RESOLUCION DEL CONTRATO EN LA CONTROVERSIA DE LA OBRA PUBLICA

D. José Enrique Candela Talavero	17
--	----

TRANSPARENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

D. Julio Díaz-Maroto Maqueda.....	62
-----------------------------------	----

DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE FE PÚBLICA.

D. José Joaquín Jiménez Vacas.....	117
------------------------------------	-----

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR EN LAS ENTIDADES LOCALES. LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA REVISIÓN DE OFICIO COMO MECANISMO DE REACCIÓN

D. Javier Martínez Hellín.....	170
--------------------------------	-----

COMPLIANCE AMBIENTAL Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

D. Alfonso Arellano Perezagua.....	260
------------------------------------	-----



LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA: LAS LEYES
FUNDAMENTALES DE LA MONARQUÍA COMO LÍMITE Y
DELIMITACIÓN DEL PODER
D. Alvaro Vecina Aznar332

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LA TRIPLE MORALEJA: NO IMPORTA QUE EL ÓRGANO
QUE HA DE VALORAR LAS OFERTAS SEA INCOMPETENTE
Y CARENTE DE CUALIFICACIÓN APROPIADA SI LO QUE
PROCEDE ES UN RECURSO ADMINISTRATIVO
ORDINARIO
D. Jaime Pintos Santiago
D^a. María Dolores Fernández Uceda.....436

DELITOS DE ODIO: CRITERIOS DE APLICACIÓN
D. David Miras Estévez454

BASES DE PUBLICACIÓN..... 462



EDITORIAL

En el número 35 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a dos reseñas de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. José Enrique Candela Talavero con el artículo que lleva por título “La resolución del contrato en la controversia de la obra pública”.

Analiza minuciosamente cuándo un incumplimiento provoca la resolución del contrato público según quien resulte ser la parte incumplidora: la Administración o el contratista.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Julio Díaz-Maroto Maqueda que aborda con brillantez una breve caracterización general del principio de transparencia en el ámbito de la contratación pública, desde la perspectiva de los fines propios de los dos bloques normativos que interactúan en este ámbito: el propio de la legislación general en materia de transparencia y buen gobierno y el correspondiente a la legislación específica en materia de contratación del sector público. t



A continuación, D. José Joaquín Jiménez Vacas bajo el título "De la función administrativa de Fe pública" define con maestría la función administrativa de Fe pública como aquella que, conforme a Derecho, compete al Estado, de forma exclusiva, o por entidades públicas e incluso personas físicas por su concesión; y que tiene su objeto en la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas, estados de las cosas o relaciones, por razones de seguridad jurídica e interés general; con soporte en el documento público certificado, en que se asegura, afirma o se da por cierta alguna cosa.

D. Javier Martínez Hellín con el título "La contratación administrativa irregular en las entidades locales" analiza la más reciente línea doctrinal que especialmente desde determinados órganos consultivos viene insistiendo en acudir al procedimiento para la revisión de los actos nulos, postura sobre la que formula un juicio crítico.

A continuación, D. Alfonso Arellano Perezagua aborda un tema de máximo interés como es el "Compliance ambiental y la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad" que hará las delicias de los lectores.

La sección nacional se cierra con el artículo de D. Álvaro Vecina Aznar con el título "La constitución histórica española: las leyes fundamentales de la monarquía como límite y delimitación del poder".

Dentro de la sección de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "La triple moraleja: no importa que el órgano que ha de valorar las ofertas sea



incompetente y carente de cualificación apropiada si lo que procede es un recurso administrativo ordinario”.

Por último, D. David Miras Estévez realiza un análisis de los criterios de aplicación actuales en materia de delitos de odio y discriminación, con especial incidencia en el derecho penal antidiscriminatorio.

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN LA CONTROVERSIA DE LA OBRA PÚBLICA

D. José Enrique Candela Talavero

Doctor en Derecho

Funcionario de la Administración Local con Habilitación Nacional

Resumen: Es principio básico de la contratación ampliamente reconocido que los términos de un contrato no pueden quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes, así como que el cumplimiento de los requisitos de ejecución del contrato son garantía de protección del interés público que guía la actuación administrativa. Durante la ejecución se puede presentar causas que provoquen su resolución. Son estas causas y sus consecuencias en la obra pública, las analizadas en este trabajo para que el buen hacer de la prestación logre satisfacer el interés público.

Precisamente para satisfacerse intereses generales por la Administración, vinculada al principio de legalidad y sujeta al servicio objetivo de los intereses generales, se le ofrece esta prerrogativa de resolución de los contratos públicos. Se analizará cuándo un



incumplimiento provoca la resolución del contrato según quien resulte ser la parte incumplidora: la Administración o el contratista.

Palabras claves: Prerrogativa, resolución, contrato, obra, indemnización.

Abstract: It is a basic principle of widely recognized contracting that the terms of a contract cannot be left to the free discretion of one of the parties as well. Compliance with the contract performance requirements are a guarantee of protection of the public interest that guides administrative action. During execution, causes may arise that lead to its resolution. These causes and their consequences in public works are the ones analyzed in this work so that the good performance of the provision can satisfy the public interest.

Precisely to satisfy general interests by the Administration, linked to the principle of legality and subject to the objective service of general interests, this prerogative of resolution of public contracts is offered. It will be analyzed when a breach causes the termination of the contract according to who turns out to be the breaching party: the Administration or the contractor

Keywords: Prerogative, resolution, contract, work, compensation

Sumario

I. Introducción



II. Interés público y principios generales en la obra pública

III. La prerrogativa de la resolución

IV. Aplicación de causas de resolución de la obra pública

1. Incumplimiento del contratista

2. Incumplimiento de la Administración

3. Plazo de ejecución y resolución

V. Notas del procedimiento de resolución

VI. La consecuencia de la responsabilidad en la resolución

1. Régimen sustantivo de responsabilidad

2. Aplicación de causas de resolución en la obra pública.

3. La renuncia del contratista.

VII. Conclusiones

I. Introducción

El interés público como atalaya desde la que el contrato público debe satisfacer los intereses generales en un marco obligatorio definidos por los principios



generales de la contratación¹ se resume en una actuación de la Administración según el principio de la buena administración.

Principios avalados por la doctrina y la jurisprudencia reiterada del TJUE remarcando de forma constante que “la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos, que son la esencia de la regulación normativa de éstos, se extiende no sólo a los limitados contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las directivas comunitarias sobre contratación pública –en base al cual se fundamenta la cuestionable categoría acuñada por la LCSP de 2007 de contratos sujetos a regulación armonizada (artículos 19 y ss. de la LCSP 2017)-, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación”².

Derecho fundamental de la buena administración reconocido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de que derivan una serie de corolarios³ que han de estar presentes en el ámbito de la contratación pública, principios de

¹ MORENO MOLINA, J.A., (2018), “*La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea*”, Revista General de Derecho Administrativo, nº19, pp. 31.

² MORENO MOLINA, J.A., (2019), “*Los principios generales de la LCSP 2017*”, Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha ,nº Extraordinario, Marzo, pp.24.

³ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ .J., y HERCE MAZA, J.I., (2019), “*La buena Administración en la contratación pública: Mención especial a la fase de ejecución del contrato*”, Gabilex, nº Extraordinario, Marzo, pp.29.



juridicidad, servicio objetivo a los ciudadanos, racionalidad, igualdad, eficacia.... Estos principios están en la contratación pública y en las actuaciones de los órganos de contratación, “quienes deberán actuar conforme al principio de juridicidad, lo que implica que actuarán sometidos al Ordenamiento jurídico”.

Buena administración con aplicación directa en el sector de la contratación pública conformado y delimitado por los principios generales como sector de intervención de la Administración que está cambiando pues hoy es “una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. Se impone, pues, una visión estratégica de la contratación pública alejada de la rígida arquitectura del contrato administrativo y de planteamientos excesivamente burocráticos o formales”⁴.

II. Interés público y principios generales en la obra pública

El principio de la buena Administración es principio general de Derecho de la UE, que tiene el respaldo de amplia jurisprudencia comunitaria. Es principio para ser invocado por los Estados, como ha reconocido la jurisprudencia (STJ de 8 de mayo de 2014, asunto C-

⁴ GIMENO FELIÚ, J.M., (2017), “ *La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades*”, Documentación Administrativa (DA. Nueva Época), nº 4, Enero-Diciembre, pp.11.



604/12 y STJ, Gran Sala, de 20 de diciembre de 2017, asunto 521/15). Esta jurisprudencia ha concretado también (en la Sentencia del Tribunal General de 26 de febrero de 2013, asuntos T-65/10, T-133/10. T-138/10, España/ Comisión Europea) que “los redactores de la Carta no concibieron el derecho a la buena administración como un derecho autónomo, sino más bien como derechos específicos; que el derecho a la buena administración no constituye, por sí misma, que tenga por objeto conceder derechos a los particulares (Sentencia del Tribunal General de 6 de diciembre de 2001, Area Cova y otros/Consejo y Comisión, T- 166/99, con cita de otras), excepto cuando constituye la expresión de derechos específicos”⁵.

El interés público está presente en la obra pública pues la Administración pública, que se debe a estos fines, no dispone de sus bienes y derechos en su propio interés, sino que “actúa y defiende intereses públicos por cuenta de la comunidad” y por esta razón que se le inviste de prerrogativas como la resolución de los contratos públicos lo que le permite perseguir los fines públicos que le son propios (STC 141/1993). En este sentido que la presencia de los principios esenciales de la contratación administrativa, como la preponderancia del fin de interés público y respeto al equilibrio contractual, obligan a que el ejercicio de sus potestades administrativas se adhieran a la consecución de un interés público (Dictamen nº 86/2005, de 15 de junio del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha) y por tanto la

⁵ MEILÁN GIL, J.L., (2018), “*Unidad del contrato público e interés general: itinerario de una investigación*”, Revista General de Derecho Administrativo, Ed. Iustel, nº48, Mayo.



inviabilidad de resoluciones de contratos cuando no existe justificación objetiva suficiente (Dictamen nº 3.895/1996 del Consejo de Estado).

Se debe llamar la atención no obstante, de la excepcionalidad en la resolución por incumplimiento, pues la figura del contrato tiene su razón de ser y su finalidad, en aplicarse para su cumplimiento y con éste, quedar satisfecho el interés general, es decir los *“fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar”* (artículo 1.2 de la LCSP) razón que obliga a que *“las entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”* (artículo 28.1 de la LCSP). Por eso, que cuando el artículo 212 de la LCSP regula el procedimiento para la aplicación de las causas de resolución, acordándose por el órgano de contratación, de su apartado 7º, al estipular que *“el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquel solo en los casos previstos en esta Ley”* se deduce que los supuestos de resolución contractual son excepcionales.

No existe por tanto resolución del contrato por culpa de la Administración ante impago de certificaciones de obra, pues esta circunstancia no habilita se paren las obras por el contratista, debido a que este impago no es suficiente, sino que para la resolución, se necesitará la declaración formal de suspensión de pagos y no la simple admisión a trámite de la misma (Dictámenes nº 55.606 y nº 1.230 de 26 de septiembre de 1991 del Consejo de Estado y SSTS del 11 de octubre de 1982, 19 de junio de 1984 y 20 de diciembre de 1989).



Interés público presente en todo contrato de la Administración que explica que ante la decisión formal de la Administración suspensiva de la ejecución de las obras que “el buen orden en el actuar Administrativo exige y la evitación de incidencias conflictivas demanda que, cuando concurren circunstancias razonablemente obstativas de una regular ejecución de las obras, se produzca efectivamente el acuerdo administrativo ordenando su suspensión [...]”(Memoria de 1990 del Consejo de Estado).

III. La prerrogativa de la resolución

Debido a que la Administración Pública, como persona jurídico pública que es, está vinculada al principio de legalidad y sujeta al servicio objetivo de los intereses generales, el cumplimiento del contrato público en forma y tiempo, así como la satisfacción del interés público con vinculación al contenido contractual, debe cumplirse “a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas” (artículo 189 de la LCSP).

Se dispone en el artículo 190 de la LCSP, que la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de ésta dentro de “los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. Este contenido normativo explica que la Administración pública no es un reducto soberano, no tiene potestades inmanentes, por tanto su legitimidad no deriva de sí misma, sino de las potestades que externamente se le atribuyen por la ley,



es decir del ordenamiento jurídico que atenaza los actos de la Administración a través de una serie de instrumentos de garantía procedimental ,otorga a las Administraciones unos poderes derivados de permanente aplicación para la consecución de objetivos tanto genéricos, constitucionalmente atribuidos como específicos, legalmente asignados ,que posibilitan ,más todavía le obligan, a la realización de sus actuaciones⁶. Queda de esta forma determinando el ejercicio de la facultad de resolución conforme al principio de la buena administración, de manera que se ejercerá como potestad advertido el cumplimiento de unos requisitos y en un procedimiento, en el seno de la ejecución del contrato de manera responsable y ética cuando las resoluciones sean proporcionales, razonables y estén motivadas de tal manera que se busque el mayor equilibrio posible entre las partes⁷.

Es muy destacable la abundante doctrina que pone el foco de atención sobre las prerrogativas y su justificación en la titularidad y aplicación, en un marco de juridicidad y control a la actuación contractual, de satisfacción del interés público y posible arbitrariedad de la Administración en caso de abuso de las mismas.

Desde quienes denominan a estas prerrogativas “poderes exorbitantes” a la luz de la diferenciación del contrato público y del contrato privado por cuanto “la justificación analítica de esa substantividad del contrato

⁶ BERMEJO VERA, J., (2009),” *Derecho Administrativo. Parte especial*”, 7ª edición, Ed. Thomson –Civitas, Cizur Menor (Navarra) ,pp.73.

⁷ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ.J., y HERCE MAZA, J.I., “*La buena Administración...*”, ob. cit. pp.36.



administrativo por referencia al contrato civil va a hacerse mediante la localización en el primero de las llamadas «cláusulas exorbitantes del Derecho común», cláusulas que no cabrían en los moldes de los contratos civiles y que imponen por ello una figura institucional distinta”⁸, siendo “poderes no son derivados del contrato en sí, sino que son consecuencia del presupuesto procesal de la decisión previa y de la posición de demandado que la Administración asume en el proceso. El Tribunal contencioso no puede conocer de una acción de nulidad, de rescisión o de cualquier divergencia de interpretación sin que la Administración haya previamente decidido sobre ello. Pero esto no autoriza a sostener que la Administración pueda anular, rescindir o interpretar en forma divergente a la establecida en las normas sobre nulidad, rescisión o interpretación. No son, pues, poderes sustantivos, sino meros y simples reflejos procedimentales, derivados de una posición de fuerza y superioridad procesal”⁹, a los que con criterio señalan que “la igualdad en el contrato no tiene que impedir la realización del interés general que la Administración debe servir. Dicho de otra manera, el interés general que justifica el contrato no debe desnaturalizar la relación contractual, con su conjunto de derechos y obligaciones. Por eso, me he manifestado en contra de la permanencia de las prerrogativas de la Administración en los contratos públicos. Lo que en la construcción del contrato administrativo, tanto en la teoría como en el Derecho

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (1963), “*La figura del contrato administrativo*”, Revista de Administración Pública, nº 41, Madrid, pp.108.

⁹ PARADA VAZQUEZ, R., (1965), “*La nueva Ley de Contratos del Estado*”, Revista de Administración Pública, nº 47, Madrid, pp. 412.



positivo, se realiza con el ejercicio de potestades extracontractuales, en la que definiendo se llevaría a cabo dentro del contrato en virtud de los derechos y obligaciones en él establecidas. Esa es la fundamental diferencia. El interés general se limita al contrato. La concreción de ese interés general se realizará en la preparación y adjudicación, o formalización, del contrato. En ello radica la peculiaridad de los contratos públicos, que ha quedado desatendida en la tradicional construcción doctrinal, al poner en el punto de mira las exorbitancias en la ejecución del contrato y su justificación. La importancia de esa, llamada a veces de una manera equívoca, etapa precontractual viene a ser determinante de la singularidad de los contratos públicos; no hay por qué separarla¹⁰.

Y es que de manear muy evidente y apabullante hace años se puso de manifiesto por nuestra mejor doctrina que “la organización de la función de garantía del Derecho público se ha hecho una trampa en favor del Estado, principal sujeto a destinatario de sus normas. Precisamente es esa trampa en la organización de la garantía del Derecho público en donde radican las presuntas diferencias entre las normas del Derecho público y privado que no está en el contenido de las normas en sí, sino en una diferente forma o manera de garantizarlas. El Estado crea el Derecho y lo garantiza, pero al organizar el sistema de garantía de las normas jurídicas en que siempre es parte, el Derecho público, lo

¹⁰ MEILÁN GIL, J.L., (2018), “*Unidad del contrato público e interés general: itinerario de una investigación*”, Revista General de Derecho Administrativo, Ed. Iustel, nº48, mayo, y ARIÑO ORTIZ, G., (2007), “*El enigma del contrato administrativo*”, Revista de Administración Pública, nº 172, Madrid, pp. 79 y ss.



ha hecho conforme a una sutil técnica, en virtud de la cual se quebranta Ja regla de equilibrio y de igualdad que es connatural a un propio sistema de garantía. Las peculiaridades que diferencian la organización de la garantía del Derecho privado de la organización de la garantía en el Derecho público y que explican las pretendidas exorbitancias o peculiaridades del Derecho administrativo”¹¹.

Queda así delimitado en la doctrina citada por el Dictamen nº 186/2020 de 23 de julio de 2020 del Consejo Consultivo de Asturias, del Tribunal Supremo (STS 29 de septiembre de 2004) para el que “el examen de la casuística revela que la recepción tácita exige que la obra no adolezca de deficiencias”, que recuerda que su admisión “se impone como consecuencia de negativas o dilaciones injustificadas en su expresa admisión, pese a la inexistencia de defectos o vicios en la ejecución de las mismas, o siempre y cuando se hubiesen subsanado debidamente los existentes dentro del plazo estipulado”, lo que, justamente, no ocurre en el supuesto sometido a nuestra consideración, pues como razona el Alto Tribunal “no cabe (...) sostener que el simple transcurso de los plazos fijados (...), sin que el pronunciamiento expreso de recepción definitiva se produzca, pueda implicar el tácito cumplimiento del trámite de recepción definitiva con carácter liberatorio en todos aquellos casos en los que, pese a haberse recibido provisionalmente la obra, se hubiesen constatado defectos cuya subsanación haya venido exigiéndose de

¹¹ PARADA VAZQUEZ, R., (1967), “*Derecho Administrativo, Derecho Privado y Derecho Garantizador*”, Revista de Administración Pública, nº , 52, Madrid, pp.91.



modo continuado por la Administración”, añadiendo que “el simple transcurso del plazo de un año (...) no puede ser exonerante de la obligación de subsanar los defectos o vicios acusados, en tanto dicha obligación no resulte cumplida satisfactoriamente”.

En definitiva, con base en su anterior STS de 21 de septiembre de 1999 que reconociera la procedencia de una resolución contractual pues el contratista “debía responder de las deficiencias que surgieron tras la recepción provisional de la obra, al tener su origen en su incorrecta ejecución (...), ya que consta acreditado del conjunto de pruebas practicadas (...) que el hormigón empleado en la obra no correspondía a la resistencia debidamente exigible, y esa defectuosidad imputable al contratista determinó la actuación por parte de la Administración (...), que procede confirmar”.

IV. Aplicación de causas de resolución de la obra pública

Reconoce el artículo 209 de la LCSP como extinción de los contratos *“por su cumplimiento o por resolución, acordada de acuerdo con lo regulado en esta Subsección 5.ª”*.

En los supuestos del cumplimiento, dos preceptos llaman nuestra atención para su posible resolución. El artículo 210 de la LCSP *“1. El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. 2. En*



todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características. A la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando ello sea preceptivo, la fecha y lugar del acto, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión”.

Y aquel que enumera las causas de resolución (art 211 de la LCSP), entre otras: “

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.

e) La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 198 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato”.

Todo esto sin perjuicio de distintas posturas sobre el listado de causas cerradas por incumplimiento de la Administración, como parece desprenderse de la STS 6 de octubre de 1984 y del Dictamen del Consejo de Estado nº201/1992, de 12 de marzo , contra la postura de la STS 30 de enero de 1996.



Para el contrato de obra en particular, hay que considerar tres elementos : el replanteo, la ejecución y las causas de resolución.

El art. 237 de la LCSP prevé sobre la comprobación del replanteo 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"*.

Por su parte sobre le ejecución, el artículo 238.1 de la LCSP reconoce que *"las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de este diere al contratista la Dirección facultativa de las obras"*.

Y relacionado con ambos, el artículo 245 de la LCSP enumera entre las causa 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”.

Además, se concreta en el apartado 2 de la enumeración de las causas de resolución del artículo 211 de la LCSP, la previsión de concurrencia causas de resolución. Pues de producirse “*con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo*”. Para su correcta interpretación se refirió a ellos el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (Dictamen nº 373/2012, de 20 de junio) y la actual Comisión Jurídica Asesora de esta Comunidad (Dictámenes nº 365/2017, de 14 de septiembre, nº290/17, nº297/17, nº 310/17, nº 254/2019, de 13 de junio, nº 53/2021 de 2 de febrero o nº93/20, de 5 de marzo) para la que “de existir un incumplimiento por parte de la Administración, no estaríamos ante un supuesto de concurrencia de causas de resolución –que daría lugar a su resolución por la primera causa de resolución que se hubiese producido, como se mantuvo en nuestros dictámenes, sino que se trataría de un supuesto de concurrencia de incumplimientos de la Administración y del contratista o de los llamados incumplimientos recíprocos, distintos de los casos de concurrencias de varias causas de resolución imputables al contratista”.

1. Incumplimiento del contratista. Sobre el cumplimiento del contrato ante posibles controversias que generan la satisfacción de la obra pública, caso de



ser un cumplimiento de los plazos de pago, es criterio mantenido por los Informes nº 58/10, de 23 de mayo de 2011 y nº 10/11, de 7 de junio de 2012 de la JCCA, que ha de prevalecer y ser aplicado el establecido en la Ley o alternativamente el fijado en el contrato antes de su adjudicación, para no quedar quebrado el principio de seguridad jurídica, si pudiera dejarse en el arbitrio de una de las partes la alterar el contrato, al estar ante prerrogativas que los artículos 190 y ss. LCSP reconoce al órgano de contratación.

Partamos de la forma de acreditarse la existencia de la causa de resolución debida al incumplimiento, en la consideración de las SSTS (Sala 3ª) de 1 de octubre de 1999 (rec. nº 2979/1994) y de 14 de diciembre de 2001 (rec. nº 8177/1997) que "a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a una prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación". Así que, para presentarse causa válida de resolución, el incumplimiento bastante lo será si afecta a la prestación principal del contrato y se exteriorice mediante una inobservancia total o esencial de dicha prestación (STS del de octubre de 1999).

Siendo así, que ante un incumplimiento del contratista, toda vez que la Administración se somete a los principios generales de la contratación (art. 1 de la LCSP), satisfaciendo los intereses generales y sin que esto le impide disponer de cierta discrecionalidad, se le plantea la situación de optar por acordar la resolución o forzar su cumplimiento imponiendo penalidades. Supone pues ejercitar una discrecionalidad, teniendo presente el



interés público “conectado a la ejecución de los trabajos y cuál es la medida más adecuada para satisfacerlo, pues, como hemos indicado (entre otros, , la Administración podría llegar a tolerar que el contrato se ejecutara más allá del plazo convenido si esta opción fuese más beneficiosa para la consecución de aquel interés, por más que dicha tolerancia no enerve el incumplimiento” (Dictámenes nº 43/2014 y nº 200/2020, 3 de septiembre de 2020 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias).

A título de ejemplo se pueden señalar como causa de incumplimiento de la obligación principal del contrato que dé lugar a su resolución en un contrato de servicio de vigilancia, socorrismo y salvamento, la falta de titulación exigida o los títulos exigidos que no estén en vigor; el incumplimiento de su presencia en determinadas franjas horarias; el incumplimiento de horas y cantidad de personal contratadas incumpliendo el pliego de cláusulas administrativas particulares , la legislación laboral y las ofertas propuestas en el contrato la demora de la ejecución de las obras, superior a un tercio del término de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas (Dictámenes nº 556/2021 de 22 de septiembre de 2021 y nº 517/2021 de 8 de septiembre de 2021 del Consejo Jurídica Consultivo de la Comunidad Valenciana) .

Voluntad deliberada de incumplimiento y daño a la prestación principal que avala una postura, la de la STS de 16 de octubre de 1964, por un carácter restrictivo para ejercitar la resolución del administrado frente a la Administración, por ser la finalidad del contrato público, un servicio a la comunidad que tiene la base de la



prestación en que el contrato consiste. Es decir por una defensa del principio de conservación de la relación contractual (Dictamen de 1 de marzo de 2006 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha).

2. Incumplimiento de la Administración.

Distintas son las consecuencias de producirse incumplimiento no del contratista, sino de la Administración. Situación que provocará la resolución del contrato en unos casos que señala la Ley, pero no es una regla general, como prevé el artículo 212.7 de la LCSP (STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 mayo de 2007).

Podamos marcar una notable diferencia en la dimensión privada, para la que según establece el artículo 1124.1 del Código Civil en el ámbito del contrato privado quien no cumpla sus obligaciones no puede compeler eficazmente a la otra parte para exigirle el cumplimiento de lo pactado, difiere de la dimensión de la relación jurídica en la contratación pública pues aunque cumpla correctamente sus obligaciones y no obstante el incumplimiento de la Administración de las suyas, por regla general, salvo incumplimientos graves, no podrá promover la resolución del contrato.

Diferencia entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración que fue admitida por la doctrina¹² desde el momento que mediante el

¹² ARIÑO ORTÍZ, G., (2007), "El enigma del contrato administrativo" ,Revista de Administración Pública, nº 172, Madrid, Enero-Abril ,pp.87 y 100 y CARRASCO PERERA, A., (1989), " Comentario al artículo 1101 Código Civil" en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XV, vol. 1", ALBADALEJO , M. (coord.), Ed. Edersa, Madrid.



contrato público se logra una realización de la justicia y eficiente prestación de los servicios públicos, y destacándose esta misma doctrina la nota propia en los contratos públicos que “en los ordenamientos jurídicos maduros la contratación pública está presidida, en efecto, por un derecho objetivo de carácter vinculante, que la Administración no puede desconocer. La voluntad de la Administración, frente a la radical libertad (autonomía de la voluntad) que preside la contratación civil, es una voluntad vinculada, de contenido «típico». El principio de legalidad juega en la gestación del contrato el mismo papel que en cualquier otro acto: las normas de contratación son para el órgano contratante normas de ius cogens, a diferencia de las normas del Código Civil, que son para las partes derecho dispositivo. Eso es así hasta que se produce el encuentro de voluntades entre Administración y contratista y se perfecciona el contrato, cosa que ocurre en el momento de la adjudicación”.

Reconociéndose la existencia de causas imputable a la Administración que determinen la extinción de la concesión de un servicio público,¹³ y así la Administración habilite un derecho del concesionario a la resolución del contrato de no permitir el comienzo del ejercicio de una concesión “por improvisación, negligencia o por mantener una actitud abiertamente obstruccionista” (STS 22 de mayo de 1976).

¹³ SOSA WAGNER, F., (2008), “ *La Gestión de los Servicios Públicos Locales*”, 7ª edición, Ed. Thomson-Civitas ,Cizur Menor (Navarra), pps.300-301.



Este procedimiento para la resolución y el ejercicio de las prerrogativas y las formalidades que se exigen, tienen una importancia que todo jurista debe respetar y considerar. Así se remarcó por el Tribunal Supremo afirmando en su STS de 14 de marzo de 2016 (rec. nº1380/2015) que “el procedimiento administrativo encauza y ordena el ejercicio de las potestades administrativas propiciando que la decisión, plasmada en el acto o resolución que pone fin al mismo, se dirija correctamente al interesado que está sujeto a la potestad de que se trate, y se adopte siguiendo los trámites y requisitos establecidos en garantía del administrado cuyos derechos resultan afectados por la decisión”.

Advertida la importancia de las formalidades por lo que supone de garantía a la seguridad jurídica, también por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en su Dictámenes nº 559/16, de 15 de diciembre, nº528/18, de 4 de diciembre, nº 86/19, de 7 de marzo y nº 425/21 de 14 de septiembre de 2021, recordando que “el cumplimiento de los requisitos formales del procedimiento administrativo no es un mero formalismo sino que asegura y garantiza el respeto de los derechos de los ciudadanos especialmente cuando puedan resultar afectados por la resolución administrativa que se dicte”.

Para la resolución del contrato de la obra de una urbanización y mejora de una calle de un municipio , siendo la competencia para acordarla artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al órgano de contratación, es interesante como el Consejo Consultivo del Principado de Asturias (Dictamen nº 200/2020, 3 de



septiembre de 2020) concretó que estamos en “el ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos previstos en la Ley”.

3. Plazo de ejecución y resolución. Causa de resolución del contrato de obra pública por no cumplir el contrato en el plazo fijado para la realización del mismo que supone instar la *“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”* (artículo 211.1 d/ de la LCSP) , lo que nos lleva a poner de relieve la trascendencia como elemento clave que es el plazo .

Así se puede señalar que *“el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva”* (artículo 193.1 de la LCSP); la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la Administración (artículo 193.3 de la de la LCSP) y el incumplimiento de los plazos contractuales habilita facultad para imponer penalidades al contratista o para resolver el contrato por parte de la Administración (artículo 193.4 de la LCSP). Este precepto muestra que el contrato de obras es contrato de resultado.



Por eso que se clarifique su aplicación por la jurisprudencia en el sentido que “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” (SSTS de 20 de marzo de 1989, 14 de julio de 1986 y 12 de marzo de 1992, citadas por el Dictámenes nº 69/2021 de 18 de marzo de 2021 y nº 269/2021 de 1 de julio de 2021 del Consejo Consultivo de Castilla y León).

Trascendencia del plazo que llevara al Tribunal Supremo a calificar los contratos administrativos como “negocios jurídicos a plazo fijo”, debido al interés público que revisten los plazos (Dictamen nº 532/09 o nº 14/13 del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y Dictámenes nº310/17, de 27 de julio, nº294/19, de 11 de julio y nº 281/21 de 15 de junio de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid). También en este mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen nº912/1997, de 27 de febrero, para el que “(...) el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica “ipso iure” la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una



condición esencial". Esto es así pues la ejecución en plazo del contrato público es obligación capital del contratista (STS de 20 de marzo de 1972) al vincularse a la satisfacción del interés público inherente al contrato (Dictamen nº 304/2011, de 28 de diciembre del Consejo Consultivo de Castilla- La Mancha) y de la que resulta afectada la sustancia misma del negocio (Dictamen del Consejo de Estado nº 1191/1993, de 25 de noviembre de 1993).

En los supuestos de demora del contratista en la ejecución del contrato como causa de resolución, se suele admitir una clasificación de los mismos, como remarcó el Dictamen nº 200/2020, 3 de septiembre de 2020 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias en incumplimiento del plazo total, el incumplimiento de los plazos parciales cuando este supuesto se haya contemplado en los pliegos y la imposibilidad de cumplimiento del plazo total razonablemente inferida del incumplimiento de los plazos parciales. En todo caso es preciso para la resolución que este incumplimiento del contratista, tenga caracteres de grave o relevante y afectar a contenidos esenciales de la relación (Dictamen nº 10/2004, de 29 de marzo del Consejo de Navarra), pues cuando esta obligación incumplida sea aspecto esencial de la relación jurídica podrá desembocar en su resolución. Incumplimiento grave que estará presente en casos de "una voluntad deliberadamente rebelde", es decir, consciente y voluntaria (STS 17 de julio de 1995) incluso ante incumplimiento de una obligación con entidad suficiente para decretar la rescisión del contrato por exigencias del interés público tras sucesivos requerimientos previos (SSTS de 3 de octubre de 1994 y 17 de mayo de 1995). Al que sumar que una renuncia



expresa del contratista, será causa de resolución del contrato, sin tener que esperar a la demora en la ejecución para acordar la resolución (Informe nº 27/1999, de 30 de junio de 1999 de la JCCA).

Eso sí para aplicar esta causa de resolución se deberá acreditar estar ante “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista” (STS de 14 de diciembre de 2001). Su razón de ser podemos encontrarla en dos tipos de argumentos. Que todo contrato público no puede quedar a la libre discrecionalidad de una de las partes, puesto que una vez suscrito y perfeccionado su cumplimiento, lo han de ser con estricta sujeción a las cláusulas y a los pliegos que le sirven de base, sin modificación ulterior, salvo excepciones admitidas expresamente en la normativa de aplicación (Informe 6/2009, de 15 de junio, de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía).

Y que según antigua doctrina jurisprudencial¹⁴ (SSTS 13 de junio de 1976, de 10 de marzo de 1982, 10 de marzo de 1999 y 21 de junio de 2004 para la que “no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia” (Dictamen nº 340/2021 de 16 de

¹⁴ GALLEGO CÓRCOLES, I., (2006), “*El incumplimiento del contratista y la resolución del contrato de obras. I y II*”, Contratación Administrativa Práctica, nº 57, Octubre y nº 58, Noviembre, Editorial LA LEY, Madrid.



septiembre de 2021 del Consejo Consultivo de Castilla y León).

4. Notas del procedimiento de resolución. Por lo que hace a la oposición del contratista para tramitar el acuerdo de resolución dándole audiencia, en los términos del art. 191 de la LCSP remarcándose necesario el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva de formularse oposición por parte del contratista, de no resultar una oposición expresa se planteaba se admite que "existe no solo cuando este manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de aquella, la oposición se refiere a los presupuestos y efectos de la resolución pretendida por la Administración" (Dictámenes nº 91/2016 y nº268/2019 de 13 de noviembre del Consejo Consultivo de Asturias).

Además, conviene remarcar que este trámite preceptivo del dictamen por sí mismo, no suspende el plazo máximo para resolver y notificar la resolución de un procedimiento, sino que es preciso un acuerdo expreso por la Administración cuando lo solicite y se notifique a los interesados antes de la caducidad (SSTS de 28 de junio de 2004 o de 2 de octubre de 2007, Dictamen nº 187/2021 de 1 de julio de 2021 del Consejo Consultivo de Castilla y León). Dictamen que se convierte en requisito de garantía para la protección del interés público que guía la actuación administrativa de manera que, de faltar, cuando halla oposición del contratista, se puede anular el acuerdo de resolución



(SSTS 29 de abril de 1996, 29 de diciembre de 2003 e Informe nº 11/2000, de 11 de abril de 2000 de la JCCA).

La audiencia al contratista que exige la tramitación del procedimiento para acordarse la resolución, exigido en el artículo 191.1 de la LCSP, estando vinculado al derecho general a la tutela del artículo 24 CE. Estamos ante un trámite obligatorio para la Administración y carga para el contratista pues de no presentar alegaciones, posteriormente no podrán alegar indefensión por falta de audiencia¹⁵. Siendo además distintas las situaciones jurídicas de la audiencia al contratista o al asegurador. El primero porque es parte principal del contrato que se pretende resolver y para el asegurador su efectividad es un riesgo a cubrir en el contrato de seguro que formalizara con aquel (STS de 9 de abril de 1999).

Audiencia como trámite que se entienda cumplida (STS 26 de enero de 2011 y de Dictámenes nº239/09, de 6 de mayo y nº 396/14, de 17 de septiembre del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid) aunque no se entregue un informe cuando el interesado hubiera podido personarse en las dependencias administrativas, para acceder al expediente, si no lo hizo y también se le denegara dicho acceso. Supuesto en el que no es posible alegar indefensión por no haber ejercitado un derecho que le reconoce el ordenamiento jurídico" (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, artículos 12 o 17,

¹⁵ GONZALEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2003), " *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*", 3ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Madrid.



y Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, artículos 13.d/ y 53).

En estos supuesto no se entenderá vulnerado el artículo 24 CE, toda vez que "lo que la Administración ha denegado es la solicitud genérica de remisión de copia de todos los documentos del procedimiento, habiéndosele expedido aquellas que ha solicitado de manera concreta, sin que haya justificado una imposibilidad para desplazarse al Ayuntamiento y tomar conocimiento de la totalidad de los procedimientos para luego después concretar los documentos cuyas copias le interesaban" (Dictamen nº 281/21 de 15 de junio de 2021 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid).

Desde el punto de visa del cumplimiento del contrato para acordar su posible resolución la jurisprudencia admite la aplicación de principios de Derecho privado contenidos en el Código Civil, y se esta manera que la facultad de resolución esté implícita a favor de la parte cumplidora y contra del que incumpla. Lo que no obsta que para que proceda la acción resolutoria, quien acredite haber cumplido sus obligaciones (SSTS de 27 de septiembre y 25 de noviembre de 1985).

En el Dictamen nº 18/2016 de 27 de junio de 2016, el Consejo Consultivo de la Rioja , la pretendida resolución del contrato de concesión de una parcela para construir en ella unas edificaciones, por incumplimiento del contratista, resultó procedente acordar la resolución y, con ella, la extinción de la concesión, pues quedó



acreditado el incumplimiento puesto que "la satisfacción de los fines que motivaron el otorgamiento de la concesión exigía, con carácter previo, la realización misma de esas construcciones", obligación que pesaba sobre la concesionaria y que a pesar de que el contrato fue adjudicado y las obras sin ejecutarse. No obstante argumentos que pudiera presentar el concesionario como la crisis inmobiliaria, o razones de suficiente financiación ,pretendiendo ser un incumplimiento ajeno a culpa o hecho propio de la Administración concedente, hay que tener presente que "la ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista", pudiendo conseguir una ganancia mayor o menor o incluso perder, cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas a la ejecución del contrato (STS de 30 de abril de 1999, rec. Apelación 7196/92). Previsión necesaria para quedar descartados porque no son sino argumentos pertenecientes "a su esfera jurídica y resultan irrelevantes a efectos de calificar el cumplimiento como imputable al concesionario, como efectivamente es toda vez que cuando el licitador presente su oferta lo hace aceptando el pliego y por tanto las obligaciones constructivas que éste le impusiera".

Fue así admitido como incumplimiento del contratista calificado de culpable en la resolución de un contrato de la obra instado por un Ayuntamiento (se trataba de la "Ejecución de la Casa Club y Centro de Interpretación del Golf Severiano Ballesteros") cuando incluso "antes de la primera recepción negativa, o tras ella en los dos plazos que sucesivamente se le dieron, pudo ejecutar la subsanación de las deficiencias de la obra y no lo hizo". Su consecuencia será aplicar el



artículo 213.3 de la LCSP sobre la indemnización a la Administración municipal de los daños y perjuicios ocasionados a ésta por tal incumplimiento, a cuyo efecto ha de retenerse la garantía definitiva. En fin , puntualizó además el Consejo de Estado que “acordada la resolución, se han de recibir y liquidar aquellas unidades de obra realizadas de acuerdo con el proyecto interpretado técnicamente por la dirección facultativa y que sean de recibo, para preparar así la liquidación del contrato” (artículo 172 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) (Dictamen nº 1226/2013 del del 23 de enero de 2014, del Consejo de Estado).

VI. La consecuencia de la responsabilidad en la resolución

1.Régimen sustantivo de responsabilidad.

Una responsabilidad que a partir de la previsión constitucional del artículo 106 CE, y su previsión los efectos de la resolución del artículo 213.2 y 3 de la LCSP:” 2. *El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. 3. 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”* ante



la permanente discusión doctrinal sobre la extensión de la misma en el caso del contrato de obra público, permite concretar que es preciso reconocer que en el tema de la responsabilidad, que la norma constitucional atiende directamente al derecho de los particulares a obtener una indemnización por toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento de un servicio público, y no distingue si tal servicio público es ejecutado por un particular o por la propia Administración a la hora de fijar la cobertura del daño. Parece extremado deducir, en consecuencia, que una decisión organizadora de la Administración, como es gestionar indirectamente el servicio o ejecutar por contrata la obra pública, pueda determinar una minoración en un derecho constitucionalmente garantizado.

Esta es la razón por la que cierta doctrina propugna que debe mantenerse, cuando menos, que el régimen sustantivo de responsabilidad ante terceros por daños en la ejecución de los contratos administrativos y, sobre todo, en la gestión de los servicios públicos sea idéntico tanto si son imputables a la Administración como si lo son al contratista¹⁶.

Sistema de responsabilidad en el contrato público y su ejecución, que desde las SSTs de 22 de abril de 2008, 17 de mayo de 2021 y 27 de octubre de 2014 y

¹⁶ HORGUÉ BAENA, C., (1998), “*La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos*”, Revista de Administración Pública, nº 147, Septiembre-Diciembre, pp. 364 y SUAY RINCÓN, J., (1996), “La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación”, en “*Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”, Ed. Civitas, Madrid, pp. 415.



los Dictámenes nº 206/2010, de 21 de diciembre y de 23 de octubre de 2014 (expediente 868/2014) obliga a que “los pliegos, en efecto, suelen precisar que la Administración convocante de la licitación facilitará a los licitadores la información y documentación que obre en su poder y sea de utilidad para elaborar el proyecto, así como el acceso a los terrenos para efectuar las catas y sondeos que aquellos consideren necesarios o la respuesta a las consultas que a estos mismos efectos le puedan ser formuladas. Si esto es así —y lo es siempre en el caso de obras de alguna importancia—, el buen o mal cumplimiento de estos deberes pueden redundar en la imputación de la responsabilidad a la Administración por los riesgos imprevistos que puedan surgir en el curso de las obras o en la exoneración, total o parcial, del contratista”¹⁷.

Al respeto dispone el art. 195 de la LCSP sobre la resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos: “1. *En el supuesto a que se refiere el artículo 193, si la Administración optase por la resolución esta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las Comunidades Autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de este, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.*

¹⁷ RAMÓN-FERNANDEZ, T.R., (2016), “*Los riesgos imprevistos en el contrato de obras*”, Revista de Administración Pública, nº 201, Madrid, Septiembre-Diciembre, pp.214.



2. Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista". El contratista por esto tiene obligaciones ineludibles al relacionarse con la Administración en un contrato de obra pública. A saber, a realizar la prestación que constituye el objeto del contrato en tiempo y en la forma convenida (Dictámenes nº 303/2009 y nº 72/2019 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias).

En todo caso es criterio jurisprudencial (STS de 21 de diciembre de 2007) que para acordar la resolución de un contrato (...) o la imposición de penalidades "por incumplimiento de un plazo contractual exige (que) se acredite la demora culpable", y "la conclusión acerca de la culpa se obtiene contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato".

Siendo así que se produjo un incumplimiento de la obligación principal como causa prevista en el artículo 211.f/de la LCSP, al quedar acreditado en el expediente que la obra no terminó en plazo y constaba que no se ejecutó, pues el contratista manifestó expresamente que no se ejecutaría salvo que se procediese a una modificación que el mismo proponía. A resultas de tal planteamiento y no obstante esta pretensión de



modificación, se produjo efectivamente causa de resolución por incumplimiento de la obligación principal del contrato, puesto que "no es que la obra no pueda ejecutarse, es, simplemente, que no se ha ejecutado y el contratista se niega a hacerlo por lo que estima como ruptura del equilibrio económico". Sobre esta alegación es oportuno recordar que, como dispone el artículo 197 de la LCSP "la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239", siendo procedente la resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista (Dictamen del Consejo de Estado nº 614/2019, de 24 de julio de 2019) y sobre la pretensión de modificación, es en realidad una facultad de la Administración y en ningún caso "no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público" (Dictamen nº 8/2017, de 2 de noviembre, del Consejo de Estado).

2. Aplicación de causas de resolución en la obra pública. Por lo que se refiere a la aplicación de las causas de resolución, si bien la duración de la instrucción y resolución estaba señalada en el plazo máximo de ocho meses (artículo 212.8 de la LCSP) hay que advertir que fue declarado inconstitucional por la STC nº 68/2021 de 18 de marzo, FD7º C/ (BOE nº97, 23 de abril de 2021), pero no declarado nulo, por lo que debe entenderse que aquellas Administraciones que carezcan de normativa propia al respecto, pueden seguir



aplicándolo (Dictamen nº 425/21 de 14 de septiembre de 2021 de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y el Dictamen nº 130/2021 de 20 de mayo de 2021 del Consejo Consultivo de Castilla y León).

Así que se tiene presente el contenido del pronunciamiento del Tribunal Constitucional “en cuanto a la extinción de los contratos, el art.212.8 de la LCSP dispone que los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses. El tribunal considera fundada la pretensión del recurrente, por cuanto se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica...”. Añade, por tanto, que “procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 de la LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8, y 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]”, en la Comunidad Valenciana al no disponer de norma concreta sobre el plazo de tramitación para la resolución de contratos públicos aplicará el plazo supletorio de 3 meses del artículo 21.3 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Dictamen nº 441/2021, de 14 de julio de 2021 del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

En este sentido que la STSJ de Castilla y León del 1 de diciembre de 2009, FD3º (Rec. 152/2009), resolviera que para los supuesto de producirse en una



obra pública superiores prestaciones contractuales que impidieron realizar la obra en el plazo inicialmente previsto, se produce un estado de la obra avalado y probado por los correspondientes informes emitido (Técnico Director de la obra o el informe pericial) se estar ante una caso de “una importante modificación del proyecto inicial, por lo que realizadas unas prestaciones contractuales diferentes a las inicialmente proyectadas, de muy superior enjundia, obras aceptadas por el Ayuntamiento, no puede pretenderse que el plazo de ejecución de la obra debiera ser el inicialmente previsto”.

En el supuesto de la STS 21 de diciembre de 2007 (Rec. 10262/2004), en la pretensión de la extinción del contrato de obras por resolución, para la prueba que acredita el retraso en causa no imputable al contratista, se solventó con que improcedencia de la resolución. Partiendo de la necesidad de probar la existencia de demora culpable, el tribunal consideró en su FD3º que hay que delimitar “la culpa en contraposición al comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común al estándar ordinario de las obligaciones impuestas en el contrato. Son, por tanto, esenciales las condiciones que han concurrido en el desarrollo del contrato a fin de valorar si hubo ausencia de previsión de acuerdo con la naturaleza de las obligaciones y las circunstancias concretas de tiempo y lugar. Por ello, la administración que acuerda resolver un contrato debe probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad”.



Y para casos en que estemos ante el proyecto y construcción de una obra pública, habrá de acordarse la reducción de la cantidad a abonar por el la Administración al contratista descontando el valor de la obra de la partida correspondiente a la cubierta móvil del edificio, de estar ante un incremento de obra relacionados con los defectos en este elemento pues como resolviera la STSJ de Asturias 1/2017 de 9 de enero, no pueden considerarse mejora.

Acuerdo de la resolución de contrato al acreditarse la suspensión de obras imputable a la Administración, que no precisa declaración formal de suspensión de las obras. Así que la STS nº 4756/2017, de 11 de diciembre de 2017 (rec. 2431/2015), manifestara se "reiterada la jurisprudencia para la que la inexistencia de una declaración formal de suspensión de las obras no puede desvirtuar la realidad de la misma ni que sea imputable a la Administración en supuestos como éste, en los que la imprevisión del proyecto lo hace inejecutable y no se procede a elaborar uno reformado que salve los obstáculos comprobados". Y de producirse como causa de resolución declarado en concurso del contratista y apertura de la fase de liquidación, en el supuesto que esta causa concorra con el incumplimiento culpable del contratista como causa de resolución anterior "y que persiste, cabe apreciar que procede resolver por esta segunda causa. Y aplicada al caso lleva a la estimación del recurso de casación toda vez que la sentencia de instancia sostiene que, mediando la declaración de concurso y una vez abierta la fase de liquidación, sólo cabe apreciar esa causa de resolución" (STSS nº 4025 y 4013/2020).



Así que en el caso de un posible retraso en la ejecución de viviendas libres o de protección pública y si este hecho pudiera constituir causa de resolución automática del contrato amén de cuáles son los efectos sobre las obras realizadas, el Informe nº 11/10, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) aclaró que de no estar expresamente previstas en el pliego tales penalidades, “éstas no resultarían aplicables aun cuando pudiera sostenerse la aplicación de la legislación de contratos del sector público. De lo anterior debe deducirse que las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte de los compradores de los inmuebles de las obligaciones de construir impuestas en el contrato de compraventa deben ser las previstas en el Código Civil para el caso del incumplimiento contractual. Ello supone que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, propio del derecho privado, tales consecuencias serán, en primer lugar, las establecidas en el contrato y, sólo en defecto de cláusula específica del mismo, las previstas en el Código Civil. Y de prever el pliego el incumplimiento por parte del comprador de la obligación de construir en plazo establecido quedará facultado el Ayuntamiento vendedor “para resolver la venta, incautar la garantía definitiva prestada por el comprador y exigir a éste el abono de los daños y perjuicios ocasionados”.

El apartado 5º del artículo 213 de la LCSP fija una consecuencia inmediata del acuerdo de la resolución y es la presencia de la garantía. Pues tiene que producirse un pronunciamiento expreso señalando si la garantía constituida se pierde, devuelve o se cancela, con la puntualización que “aunque la interpretación literal del precepto pudiera llevar a pensar que el órgano



competente cuenta con la capacidad para decidir discrecionalmente sobre el destino de la garantía, ello no es así. De una parte, porque el propio artículo 213 determina para ciertos supuestos de resolución contractual la solución procedente; de otra, porque su decisión habrá de respetar siempre la regla general que hoy recoge el artículo 111.1 que condiciona la devolución o cancelación de la garantía a que la resolución “se haya producido sin culpa del contratista”¹⁸.

3.La renuncia del contratista. Siendo la causa de la resolución del contrato la renuncia por parte del contratista a su ejecución, y siendo obligación esencial del contrato asistir a la comprobación del replanteo, el Informe nº27/99, 30 de junio de 1999 de la JCCA, se consideró que analizando el escrito de renuncia del adjudicatario a no ejecutar las obras, argumentando la imposibilidad de acometerlas entendió era “debido, por aplicación de los principios generales de la contratación, a la consideración de la renuncia expresa como incumplimiento, no ya de los plazos de ejecución, sino de las obligaciones esenciales del contrato, entre las que con carácter principal figura la de ejecutar las obras objeto del contrato adjudicado”.

De manera que aplicando esta causa de renuncia expresa, en sí mismo es causa de resolución del contrato, estando ante un contrato debidamente formalizado y sin necesidad de esperar para acordarla a la demora en la ejecución, y pudiendo reclamarse daños

¹⁸ BARRERO RODRIGUEZ, C., (2017), “*Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017*”, Documentación Administrativa (DA. Nueva Época), nº 4, Enero-Diciembre, pp.60.



y perjuicios que comprenderán los efectivamente causados, entre ellos “la diferencia entre el importe del contrato resuelto y el importe del nuevo contrato a celebrar para la ejecución de las obras”. Ahora bien, se debe apuntar que de estar ante un contrato de obras no formalizado y pretender su resolución y devolución o incautación de garantías definitivas, la JCCA (Informe nº 40/98, de 16 diciembre de 1998), siendo la razón de la no formalización, y aunque el contratista constituyó fuera de plazo, la garantía definitiva, no haber justificado hallarse al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias. Incluso en esta situación los contratos fueron ejecutados con el conforme de la Administración, y debidamente abonados al contratista. Resolviendo la no procedencia de la resolución de contratos adjudicados, a pesar de no ser formalizados, pero ejecutados a satisfacción de la Administración, y esto “sin perjuicio de que en los mismos pueda apreciarse causa de nulidad de pleno derecho, al haber sido adjudicados a persona incurso en situación de prohibición de contratar al no haber justificado hallarse al corriente de sus obligaciones anteriores”.

Conclusiones

Para la plena satisfacción de los intereses públicos en el desarrollo y ejecución de todo contrato público de obra pública, se reconoce a la Administración la facultad para resolver el contrato dentro de los límites y con sujeción a los requisitos que para ejercer dicha prerrogativa. Esta realidad se marca un camino de necesario respeto pues se constituye el fundamento de



esta posición de privilegio la defensa de los intereses superiores que aquella esta llamada a cumplir. Queda así priorizado la salvaguarda del interés público sobre los intereses particulares que encarnan los licitadores. En términos del Tribunal Supremo, la primacía del fin del contrato respecto de su objeto y su inextricable conexión con el giro o tráfico de la Administración contratante definen la teleología de las prerrogativas administrativas en la contratación (STS de 22 de febrero de 1982 y Dictamen nº 340/2019, de 8 de mayo del Consejo Consultivo de Andalucía).

Así quedará la correcta ejecución de la prerrogativa de resolución, que determina la satisfacción de los intereses públicos en juego y redundan en la capital fase de ejecución del contrato público como bien señaló VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, al calificar de "imprescindible que los entes del sector público que contratan dediquen más esfuerzo a controlar la fase de ejecución de los contratos. Solo así se garantizará la efectiva ejecución de las prestaciones contratadas en plazo, calidad y coste. Esto redundan tanto: o A) en la satisfacción de las necesidades contractuales B) en el respeto de las reglas de juego iniciales"¹⁹.

La satisfacción en fin, de los intereses generales y la garantía del respeto a los principios generales de la contratación pública orientan la actuación contractual de la Administración pública de manera que la inicial libertad contractual se encuentra singularmente

¹⁹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "La fase de ejecución de los contratos públicos y su control", II Congreso anual del Observatorio de Contratación Pública, *"Por una contratación pública transparente y sostenible"*, 13-14 de Noviembre de 2018, Barcelona.



matizada, al tener que contratar Administración con quién debe no con quien quiere (STS 20 de diciembre de 2007) y velar por la satisfacción del interés público en juego desde la apertura del expediente de contratación a su plena realización y ejecución.

Bibliografía

ARIÑO ORTIZ , G., (2007), "*El enigma del contrato administrativo*", Revista de Administración Pública, nº 172, Madrid, pp. 79 y ss.

BARRERO RODRIGUEZ, C., (2017), "*Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017*", Documentación Administrativa (DA. Nueva Época), nº 4, Enero-Diciembre, pp.60.

BERMEJO VERA, J., (2009), "*Derecho Administrativo .Parte especial*", 7ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra) ,pp.73.

CARRASCO PERERA, A., (1989), "Comentario al artículo 1101 Código Civil" en "*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XV, vol. 1*", ALBADALEJO , M. (coord.), Ed. Edersa, Madrid.

GALLEGO CÓRCOLES, I., (2006), "*El incumplimiento del contratista y la resolución del contrato de obras.I y II*" , Contratación Administrativa Práctica, nº 57, Octubre y nº 58, Noviembre, Editorial LA LEY, Madrid.



GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (1963), "*La figura del contrato administrativo*", Revista de Administración Pública, nº 41, Madrid, pp.108.

GIMENO FELIÚ, J.M., (2017), "*La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades*", Documentación Administrativa (DA. Nueva Época), nº 4, Enero-Diciembre, pp.11.

GONZALEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., (2003), "*Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*", 3ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Madrid.

HORGUÉ BAENA, C., (1998), "*La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos*", Revista de Administración Pública, nº 147, Septiembre-Diciembre, pp. 364 .

MEILÁN GIL, J.L., (2018), "*Unidad del contrato público e interés general: itinerario de una investigación*", Revista General de Derecho Administrativo, Ed. Iustel, nº48, Mayo.

MORENO MOLINA, J.A., (2018), "*La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea*", Revista General de Derecho Administrativo, nº19, pp. 31.

MORENO MOLINA, J.A., (2019), "*Los principios generales de la LCSP 2017*", Gabilex, Revista del



Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº Extraordinario, Marzo, pp.24.

PARADA VAZQUEZ, R., (1965), "*La nueva Ley de Contratos del Estado*", Revista de Administración Pública, nº 47, Madrid, pp. 412.

PARADA VAZQUEZ, R., (1967), "*Derecho Administrativo, Derecho Privado y Derecho Garantizador*", Revista de Administración Pública, nº, 52, Madrid, pp.91.

RAMÓN-FERNANDEZ, T.R., (2016), "*Los riesgos imprevistos en el contrato de obras*", Revista de Administración Pública, nº 201, Madrid, Septiembre-Diciembre, pp.214.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y HERCE MAZA, J.I., (2019), "*La buena Administración en la contratación pública: Mención especial a la fase de ejecución del contrato*", Gabilex, Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, nº Extraordinario, Marzo, pp.29.

SOSA WAGNER, F., (2008), "*La Gestión de los Servicios Públicos Locales*", 7ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pps.300-301.

SUAY RINCÓN, J., (1996), "La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación", en "*Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*", Ed. Civitas, Madrid, pp. 415.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., (2018), "La fase de ejecución de los contratos públicos y su control", II Congreso anual del Observatorio de Contratación

Gabilex

Nº 35

Septiembre 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

Pública, *“Por una contratación pública transparente y sostenible”*, 13-14 de Noviembre de 2018, Barcelona.



Castilla-La Mancha

Gabilex

Nº 35

Septiembre 2023

<http://gabilex.castillalamancha.es>
