

CONSEJO CONSULTIVO DE ANDALUCÍA
DICTAMEN Núm.: 111/2018, de 21 de febrero

Ponencia: Álvarez Civantos, Begoña

Castillo Gutiérrez, Manuel del. Letrado

Órgano solicitante: Ayuntamiento de Córdoba

Cuestión sometida a dictamen y principales temas tratados: Resolución de contrato de obras.

Incumplimiento del contratista.

Plazo de ejecución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Es objeto del presente dictamen la resolución del contrato de obras de consolidación de estructura, reforma y adaptación parcial del Edificio Municipal Pabellón Multiuso en el Parque Joyero a Centro de Exposiciones, Ferias y Convenciones de Córdoba.

Como se indica en los antecedentes de hecho, en relación con el expediente que se somete a consideración, la Comisión Permanente de este Consejo Consultivo ha emitido el dictamen número 586/2017, de 11 de octubre de 2017. En orden a evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a lo indicado en este dictamen respecto de la normativa aplicable, competencia para resolver el procedimiento, competencia de este Consejo Consultivo para emitir dictamen y procedimiento a seguir.

Una vez acordada la caducidad del expediente anteriormente tramitado, por Resolución de la Alcaldía-Presidencia de 15 de junio de 2017 se incoa nuevo procedimiento de resolución, en el cual se han cumplimentado los diversos trámites preceptivos, incluyendo la suspensión del plazo para resolver y notificar, por resolución de 8 de agosto de 2017, notificada al contratista el 11 de agosto siguiente.

II. Antes de entrar en el fondo del asunto, relativo a la resolución del contrato, debe despejarse una cuestión planteada por el contratista [antes con carácter subsidiario y ahora, afirma, principal -"dado que la eventual declaración de invalidez de contrato (falta de replanteo y de certificado de disponibilidad de terrenos conforme al artículo 126 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -en adelante TRLCSP- conllevaría la nulidad del mismo, rectificar la misma en el sentido de fijarla como petición principal y ser subsidiaria la solicitud de resolución de contrato (suspensión temporal superior a ocho meses, artículo 237 c) TRLCSP; imposibilidad de ejecutar el proyecto primitivo por no respetar las modificaciones los límites

legales e igualmente por existir la alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, al exceder las nuevas obras que serían necesarias a acometer del 10 por 100 del precio de adjudicación del contrato, artículos 105, 107 y 223 g) TRLCSP”-].

En efecto, dado que nos encontramos ante un procedimiento de resolución contractual, este dictamen no puede analizar las causas de nulidad que pudieran viciar el contrato, ya que no se ha iniciado un procedimiento de revisión de oficio. No obstante lo anterior, dado que las alegaciones realizadas por el contratista carecen de fundamento -como se verá a continuación- y la devolución del expediente, nuevamente, para tramitar el procedimiento de revisión de oficio no haría sino dilatar aún más la solución del asunto que nos ocupa, vamos a despejar con carácter previo la cuestión.

El contratista justifica su solicitud de nulidad de la adjudicación en base a que el Ayuntamiento de Córdoba no verificó la disponibilidad de los terrenos donde se ubican las unidades exteriores de climatización y que se encuentran dentro de los espacios comunitarios del Parque Joyero. Esta falta de comprobación (y el hecho de no ser los terrenos de titularidad municipal), supone una vulneración de lo establecido en el artículo 126 del TRLCSP, que señala como obligatorio, antes de la tramitación del expediente de contratación, proceder al replanteo de la obra y que se compruebe la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución. Considera, igualmente, la empresa contratista, que al haber desestimado el Ayuntamiento la primera solicitud de modificación (que contemplaba la instalación de la maquinaria de climatización en la cubierta del edificio), se “ha impedido que se pueda mantener vigente el contrato, ya que no es posible ejecutar las unidades exteriores de climatización en la zona prevista primitivamente en el mismo momento que no disponía de los terrenos”.

Es cierto que si no se dispusiera de la titularidad de los terrenos donde se realiza la obra, podría plantearse la existencia de un vicio de nulidad previsto en el artículo 47.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Común de las Administraciones Públicas, al tratarse de un acto de contenido imposible. Así lo avalan los artículos 333 y 348 del Código Civil en relación con los artículos 1271, párrafo primero, y 1272 del mismo texto legal, abarcando este último, según común doctrina, tanto la imposibilidad física como jurídica. Y así lo entiende también la jurisprudencia, que es unánime a la hora de sostener la nulidad del contrato en los supuestos de falta de disponibilidad de los terrenos (por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984, que afirma que “al ser el acto preparatorio del contrato inválido (por faltar el certificado de disponibilidad de los terrenos) también serán inválidos, de un lado, el propio contrato...”).

Pero en el presente caso no concurre tal circunstancia. Como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, sí existe certificado de disponibilidad de los terrenos. Cuestión distinta es que, como la empresa contratista conocía perfectamente -como lo demuestra el hecho de que solicitara el modificación-, la zona donde se ubica la maquinaria se encuentra fuera del ámbito de actuación de la obra, tal y como se publicitó desde la

tramitación del expediente de contratación en la plataforma de contratación, y así constaba desde el primer momento en el proyecto de ejecución.

En este sentido, informa la Responsable del contrato que “desde los orígenes de este procedimiento, el espacio ocupado por las actuales unidades exteriores de climatización que daban servicio al Pabellón, se encuentran ubicadas en un espacio situado fuera del ámbito de actuación del proyecto aprobado. Esta situación puede constatarse tanto en la planimetría incluida en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Córdoba relacionada con el procedimiento de adjudicación de la redacción del Proyecto de Ejecución, así como en la propia documentación del Proyecto de Ejecución aprobado (Se adjuntó plano de ámbito de actuación al informe emitido el 19 de octubre de 2017). Todos los actos administrativos relacionados con el Proyecto de Ejecución aprobado, tienen validez y afectan únicamente al área delimitada como ámbito de actuación. Uno de dichos actos es la correspondiente Acta de Replanteo. En ella tal como se recoge en el art. 126.1 del TRLCSP se comprueba la realidad geométrica y la disponibilidad de los terrenos incluidos en el ámbito de actuación, sin tener que cuestionarse la titularidad de los terrenos adyacentes aún cuando existan conexiones con instalaciones existentes en dichos terrenos, como es el caso de las conexiones del edificio con las instalaciones exteriores de abastecimiento, alcantarillado y unidades exteriores de climatización. Sobre todas ellas, al encontrarse fuera del ámbito de actuación y fuera del alcance del Acta de Replanteo, se plantean desde el proyecto únicamente las labores necesarias para la conexión y revisión para garantizar un correcto funcionamiento del edificio”.

Así pues, el proyecto contemplaba la instalación de climatización en la forma expuesta, siendo obligatorio para el adjudicatario ejecutar la obra conforme al proyecto aprobado y contratado, independientemente de que sea o no la mejor solución, cuestión que este Órgano no puede entrar a valorar.

No concurre, pues, la causa de nulidad invocada, pues el Ayuntamiento dispone de los terrenos en los que se va a ejecutar la obra, planteándose desde el proyecto respecto a las unidades exteriores de climatización únicamente las labores necesarias para su conexión.

A.- Entrando ya en el análisis de las causas de resolución, debemos comenzar por las invocadas por la contratista.

1.- Suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses.

Considera la adjudicataria que concurre la causa de resolución prevista en el artículo 237.c) del TRLCSP, al haber existido, a su juicio, una suspensión temporal de las obras por un plazo superior a ocho meses, debida especialmente a la paralización sufrida por la tramitación del primer modificado de la obra (que fue

desestimado) e incluso llega a indicar expresamente que la obra ha estado suspendida por más de 14 meses.

Habrà que analizar, pues, si se ha producido efectivamente la suspensión de la obra por un periodo de tiempo superior a los ocho meses.

En el informe emitido por la Responsable del Contrato el 9 de noviembre de 2017, se pone de manifiesto que se han emitido certificaciones de obra hasta el 30 de septiembre de 2016, por lo que si consideramos que la fecha de presentación de la solicitud de resolución a instancia del contratista es de 19 de enero de 2017, fácilmente se comprueba que no se ha producido ninguna suspensión de la obra. Así, indica la Responsable del Contrato que durante el periodo en el que no se había tramitado el primer modificado (que finalmente fue desestimado), “los importes de las certificaciones correspondientes a estos meses se han mantenido en los mismos niveles que en los meses anteriores a la presentación de dicha solicitud, tal como se reflejó en el informe emitido por esta Responsable del Contrato el 14 de noviembre de 2016 con motivo de la segunda ampliación de plazo solicitada por UCOP...”.

Continúa señalando el citado informe de la Responsable del Contrato que se veían afectadas “únicamente y directamente a las partidas que se pretendía modificar y las líneas de medición que indirectamente se pudieran ver afectadas, sin que ello supusiera una paralización de la partida completa, ni mucho menos de la obra por esta causa. Seguía existiendo un amplio porcentaje de obra que se podía y se debía ejecutar y que no se encontraba afectada por la solicitud del modificado, tal como indica la Dirección Facultativa en su informe, aún más con el retraso que la propia constructora llevaba acumulado desde que comenzó a ejecutar las obras”.

No se ha producido, pues, suspensión alguna en la obra, pues en todo momento han existido partidas que podían ser ejecutadas, y las que se han paralizado ha sido debido a la propia voluntad del contratista, como por ejemplo la instalación de las canalizaciones de climatización, por lo que sólo al contratista resulta imputable, sin que, en tal caso, la paralización acordada por el propio adjudicatario pueda amparar la causa de resolución que él mismo invoca. Antes al contrario, acarrea otras consecuencias muy distintas, como más adelante veremos.

2.- Imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados.

Como segunda causa de resolución, invoca el contratista la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, causa que se encuentra recogida en el artículo 223.g) del TRLCSP. Argumenta que al no ser posible la primera modificación del contrato solicitada por ser desestimada, no podrá concluirse la obra, pues siendo imprescindible tal modificación, al no aprobarse implicaría la

imposibilidad de la ejecución conforme al contrato suscrito en su día y al proyecto aprobado y, derivado de ello, la necesidad de proceder a la resolución del contrato.

Esta causa de resolución se encuentra prevista para aquellos supuestos en los que resulta necesaria una modificación del contrato y, sin embargo, no es posible aprobar la misma -el tenor literal del artículo es “la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”-.

Consta en el expediente la solicitud de un primer modificado por parte del contratista, que fue desestimado por no adaptarse a las prescripciones establecidas en el artículo 107 del TRLCSP, si bien, con posterioridad, se presentó por la Dirección de Obra una nueva solicitud de modificado, que no continuó su tramitación debido a la solicitud de resolución del contrato instada por el contratista y a su abandono de la obra.

De esta forma, no nos encontraríamos ante un supuesto en el que no sea posible modificar el proyecto, sino que más bien es el contratista (que estaba a favor del primer modificado que fue desestimado) quien parece que quiere ocupar el lugar de la Administración y decidir cómo debe ser el modificado a tramitar, entendiendo que debe ser el primero de ellos el que debería aprobarse para la ejecución de la obra. Así, al constar esa segunda solicitud de modificación por la Dirección de Obra, no puede el contratista oponer que no sea posible ejecutar el contrato, sino que más bien intenta justificar que no está interesado en continuar con la obra al no ser aprobado el primer modificado, produciéndose después una ralentización y posterior paralización de la misma.

Como ha señalado este Órgano en su Dictamen 596/2013, la concurrencia de la causa de resolución que nos ocupa debe ser probada por quien la invoca, sin que lo haya hecho la empresa contratista.

Directamente relacionado con esta causa de resolución, ha de analizarse la tercera invocada por la contratista.

3.- Necesidad de modificar el contrato en más del diez por ciento del precio de adjudicación.

En efecto, manifiesta el contratista que resulta imprescindible una modificación del contrato por un importe de más del diez por ciento del precio de adjudicación, lo que supone que al no estar prevista causa alguna de modificación en los pliegos ni en el contrato, se estaría por encima del límite que marca el artículo 107 del TRLCSP para estos supuestos, y ello supondría la aparición de la causa de resolución esgrimida en el apartado anterior, es decir, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato.

Debe recordarse que consta en el expediente una primera solicitud de modificación contractual en la que no se alcanzaba el importe máximo del diez por ciento que establece la normativa en vigor. Igualmente, tras la desestimación de ese primer modificado por contener partidas que no se consideraban susceptibles de modificación conforme al TRLCSP, se presentó por la Dirección de Obra una nueva solicitud en la que tampoco se alcanzaba el importe máximo, por lo que no resulta posible argumentar que para ejecutar el contrato sea necesaria una modificación en un porcentaje superior al diez por ciento del precio de adjudicación. Parece pues que el contratista se opone a este segundo modificado, más que por razones técnicas, por razones de oportunidad.

En este sentido, en el informe elaborado por la Responsable del Contrato de fecha 9 de noviembre de 2017 se señala expresamente:

“C) Alteraciones de las condiciones esenciales: Actualmente se encuentra resuelta la primera solicitud de modificado presentada por la DO y desestimada por la JGL el 30 de septiembre de 2016, ante lo que no hay nada más que añadir a lo ya expuesto en puntos anteriores.

De la segunda solicitud de modificado ha sido tramitado por esta Responsable del Contrato los documentos requeridos para su tramitación. Dicho procedimiento no se encuentra resuelto aún.

La segunda solicitud de modificado reúne las modificaciones que la DO considera necesarias y admisibles, nunca superando el porcentaje del 10% legalmente establecido. Aquellas modificaciones que no fueron aceptadas en la primera solicitud de modificado han sido tratadas adecuadamente para poder ser ejecutadas con la solución recogida en proyecto o solución equivalente o similar, tal como aparece estipulado en las partidas o unidades de obra, sin que ello signifique modificación alguna.

Como ya he expuesto en puntos anteriores cualquier partida se puede ejecutar con la solución propuesta en proyecto o equivalente (igual valor, iguales prestaciones, etc.) siempre que sea aceptada y considerada como tal por la DF. Esto es lo que confunde al contratista, queriendo considerar como modificaciones aquellas soluciones que son equivalentes a las propuestas en proyecto, con el afán presumiblemente de conseguir un beneficio económico adicional donde no le correspondería”.

De conformidad con lo expuesto, resulta evidente que el contratista tampoco ha probado la concurrencia de la causa que invoca, por lo que debe ser desestimada.

Pero no puede concluir el análisis de esta causa de resolución, directamente relacionada con la prerrogativa de modificación contractual, sin que hagamos un recordatorio de la doctrina de este Órgano al respecto.

Uno de los principios básicos que presiden las relaciones contractuales es el de invariabilidad de lo pactado por las partes, que se traduce en la expresión “pacta sunt servanda”. Así, el artículo 1.091 del Código Civil establece que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, debiendo cumplirse al tenor de los mismos, y el artículo 1.256 del mismo cuerpo legal preceptúa que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Esta inmutabilidad de los términos del contrato, que implica la obligatoriedad para las partes de lo pactado y la estricta sujeción a lo convenido, también tiene reflejo en el campo de la contratación administrativa, encontrándose recogido, con carácter general, en el artículo 209 del TRLCSP, al disponer que “los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas”. Respecto del contrato de obras, tal principio encuentra plasmación en el artículo 230 del TRLCSP, a cuyo tenor “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 éste dieren al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia”.

No obstante, la Administración ostenta la potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos amparados en el Derecho Administrativo, también denominada “ius variandi”, patentizada en los artículos 210 y 219 del TRLCSP, en general, y, en particular, para el contrato de obras, en el artículo 234 de la misma, de acuerdo con los cuales, el órgano de contratación podrá, por razón de interés público, modificar los contratos celebrados, siendo obligatorias para los contratistas tales modificaciones. En cuanto esta posibilidad supone una excepción al indicado principio de invariabilidad de los contratos, constituye una de las prerrogativas más singulares y privilegiadas de las que se encuentra investida la Administración en su actividad. Por esta razón, el ejercicio de dicha potestad se encuentra reglado, quedando sometido a las exigencias del interés público, así como a las estrictas previsiones y a los límites que le impone la ley, sin que constituya una libérrima facultad de la Administración que le permita, en cualquier supuesto y sin necesidad de otra justificación que no sea su propia voluntad, la alteración de lo inicialmente acordado, vinculando al contratista.

Quiere todo ello decir que el contratista está sujeto tanto al contrato (que, obviamente, incluye el proyecto técnico), como a las modificaciones debidamente aprobadas por la Administración, de tal forma que si se niega a ejecutar el proyecto, o sus modificaciones, estaría incumpliendo el contrato, lo que nos conecta con las causas de resolución invocadas, en este caso, por la Administración.

B.- La Administración invoca la causa de resolución que se contempla en el artículo 223.d) TRLCSP -“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”-, si bien considera que concurre también la causa de resolución contemplada en el apartado b) del mismo precepto -“la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento”-.

Invocándose dos causas de resolución, con distintos efectos, habrá de determinarse con carácter previo cuál de ellas resulta aplicable. Es doctrina de este Órgano que concurriendo varias causas de resolución del contrato, resulta aplicable la primera que concurra en el tiempo.

En este sentido, consta en el expediente que, tras las dos ampliaciones de plazo otorgadas por parte del Ayuntamiento de Córdoba, el plazo de finalización de la obra estaba fijado para el 21 de febrero de 2017, sin que a día de hoy se haya ejecutado la obra en su totalidad.

Igualmente, consta en el expediente anuncio en el Boletín Oficial del Estado de fecha 1 de julio de 2017 en el que se indica que por Auto de 6 de junio del mismo año se ha declarado en concurso voluntario a la empresa adjudicataria, U.C., S.A.U.

Quiere ello decir que cuando se declaró el concurso de acreedores ya se había incumplido el plazo de ejecución por parte de la adjudicataria, por lo que es la causa prevista en el apartado d) del artículo 223 del TRLCSP la que ha de ser considerada.

A este respecto, la cláusula trigésimo primera del Pliego de Cláusulas Administrativas, párrafos primero y segundo, que forman parte del propio contrato, dispone que:

“La constitución en mora total o parcial de la empresa contratista por causas imputables a la misma no precisará intimación previa por parte de la Administración.

Si la empresa contratista, por causas imputables a la misma, hubiera incurrido en mora respecto al cumplimiento de los plazos parciales o cuando la demora en el cumplimiento de los mismos haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo total, o cuando éste hubiera quedado incumplido, el órgano de Contratación podrá optar indistintamente por la resolución del contrato, con pérdida de la garantía en los términos legales, o por la imposición de las penalidades diarias a las que se hace alusión en el artículo 212.4, párrafo segundo del TRLCSP, a razón de 0,40 euros por cada 1.000,00 euros del precio del contrato, atendiendo al importe máximo del mismo, incrementándose el límite establecido en el párrafo primero del apartado cuarto de dicho precepto, pues en caso contrario no se respetaría su finalidad correctiva de la mora, debido a su escasa cuantía diaria y mensual, lo que podría conllevar retrasos en la ejecución de la obra”.

Por su parte, la cláusula trigésimo segunda, relativa a las causas de resolución del contrato, recoge expresamente el incumplimiento total o parcial de los plazos de ejecución establecidos en el programa de obra aportado por la empresa y aprobado por la Administración.

Sobre este aspecto, la responsable del contrato ya emitió informe con anterioridad, ratificando el mismo en su último emitido el 9 de noviembre de 2017, poniendo de manifiesto no sólo el incumplimiento del plazo total de ejecución por la empresa, sino que la misma no tiene intención de continuar en la obra y así, informa la Responsable del Contrato que:

“El pasado 21 de febrero de 2017, día en el que expiraba el plazo indicado, se remitió a la empresa constructora, correo electrónico en el que se le recordaba la finalización del mismo a los efectos oportunos.

3. Con fecha 24 de febrero de 2017, la Dirección Facultativa (DF), emite informe nº 16 de la visita de obra realizada el 23 de febrero de 2017:

»...una vez expirado el plazo de ejecución, en el que se recoge que:

- La obra se encuentra sin finalizar, ejecutada en un 52,38% quedando un 47,62% por ejecutar.
- Sólo se encontraban en obra dos operarios de la empresa constructora y otro personal o subcontrata.
- El jefe de obra afirma que no hay previsión de que haya en obra más personal ni ninguna otra subcontrata.

De todo ello se da cuenta en el libro de órdenes, con la correspondiente rúbrica tanto de la DO como del contratista.

»4. Con fecha 8 de marzo de 2017, la DF vuelve a realizar visita de obra, dejando reflejado en la hoja 5 del LO nº 8 con la correspondiente rúbrica tanto de la DO como del contratista que:

- Sigue sin haber ninguna subcontrata en la obra.
- Sólo hay en obra dos operarios de la constructora realizando trabajos de mantenimiento.
- Siguen pendientes los trabajos de reparación de la mayoría de las partidas defectuosas.
- Sigue pendiente la presentación de la documentación técnica solicitada desde el 8 de febrero de 2017.

5. A pesar de lo ya expuesto, la DF vuelve a girar visita de obra el 24 de marzo de 2017, emitiendo informe nº 78 del desarrollo y situación de la obra observado en dicha visita, en el que se recoge que:

- No se ha realizado ningún tipo de actividad en la obra desde el informe emitido con fecha 24 de febrero de 2017.
- En el momento en el que la DF llegó a la obra la oficina y la obra estaban cerradas, no encontrando ningún personal ni en la oficina ni en la obra.
- El DF localiza telefónicamente al Jefe de Obra y tras un tiempo prudencial este se persona en la obra, que estaba cerrada. Informa al DF que sigue habiendo tres operarios en obra y otras tres personas, más el Jefe de Obra en oficina, pero no se pudo contrastar dichas afirmaciones al encontrarse todo vacío.

- No se pudo acceder a los almacenes en los que parecía existir material al no contar el jefe de obra con llaves para poder acceder. Por lo tanto, no se pudo comprobar los materiales existentes que la DF pretendía.
- La obra sigue sin actividad, según afirma el jefe de obra y queda reflejado de esta forma en la hoja 6 del LO nº 8. El personal que el jefe de obra afirma tener a pie de obra, pero que no se ha podido comprobar, según lo indicado por dicho responsable de la obra, realizan sólo labores de mantenimiento.
- De los informes emitidos por la DF se ha podido acreditar que la empresa constructora no tiene impedimento para continuar con las partidas pendientes de obra. La decisión unilateral de paralizar la obra es responsabilidad de la empresa, de la que aún se está esperando la presentación de 89 muestras y fichas técnicas de materiales para su aprobación y continuación de los trabajos pendientes.

6. El importe de la certificación nº 23 correspondiente al mes de febrero es de 698,97 euros”.

El abandono de la obra resulta patente, además, apreciando el importe de las últimas certificaciones emitidas, señalando la responsable del contrato en su informe que “hasta la fecha actual se ha mantenido el ritmo mensual de certificación, siendo nulo el importe de todas las certificaciones emitidas desde la certificación nº 24 correspondiente a marzo de 2017, hasta la certificación nº 30 correspondiente a septiembre de 2017, que ha sido la última que se ha elaborado. Este hecho constata la inactividad existente en la obra”.

A la vista de lo expuesto, no cabe sino concluir que, en el caso que nos ocupa, concurre la causa de resolución invocada por la Administración, pues, a día de hoy, las obras no han concluido. Atendiendo a la naturaleza del contrato, no puede encontrar justificación la decisión unilateral, adoptada por el contratista, de paralizar la ejecución de la obra. En este sentido, no puede olvidarse la especial finalidad del contrato que nos ocupa, dirigido, prima facie, a la ejecución de una obra pública, pero destinado, en último término, a procurar la satisfacción de un especial interés público que subyace en aquella contratación, aspecto que, por supuesto, debe incidir en la posición de cada una de las partes y en los derechos y obligaciones que en virtud de la misma adquieren. Son, precisamente, la promoción y defensa de ese interés público las que justifican las especialidades que ofrece el régimen de los contratos administrativos respecto de las reglas generales sobre contratación del Derecho común. Por ello, se coloca a las partes en una situación de desigualdad, mediante el otorgamiento a la Administración de unas potestades unilaterales en relación con la vida y efectos del contrato (*ius interpretationis*, *ius variandi*), extrañas a la naturaleza bilateral de la relación contractual, que se subsumen en el privilegio de la decisión ejecutoria. De esta forma, el contratista se sitúa en una posición de sujeción respecto de esas potestades administrativas, al tiempo que recae sobre él la carga de impugnar los acuerdos administrativos dictados en ejercicio de las mismas (art. 211 del TRLCSP).

Es, en definitiva, el fin de interés público, al que responde la contratación, es el que modula los derechos y deberes que integran la posición del contratista, convirtiendo a éste en un colaborador de la Administración

para la consecución de aquella finalidad, lo que conlleva una mayor carga de responsabilidad en cuanto al buen fin del negocio.

De esta forma, el contratista no puede abandonar el contrato bajo ninguna circunstancia. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con el artículo 215 del TRLCSP, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista.

Por consiguiente, este Consejo Consultivo estima procedente la resolución contractual pretendida al amparo de la causa contemplada en el artículo 223.d) del TRLCSP.

III. En orden a los efectos de la resolución, este Consejo ha de traer a colación la doctrina sentada en el dictamen 613/2007, y relativa al significado de la fianza en relación con la posible pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios de la Administración, y el de su diferenciación con las pretensiones restitutorias que pueden derivar de la resolución del contrato.

En efecto, y por lo que hace a la naturaleza de la fianza, hay que resaltar que nuestro Derecho Administrativo se aparta de la visión de la misma como una estimación anticipada y definitiva de los daños y perjuicios, sin que quepa exigir otros. La fianza está llamada a compensar el retraso en la ejecución de la obra o la prestación del servicio, que ha de implicar además la puesta en marcha de un nuevo procedimiento de contratación; el hecho del retraso en la obra o servicio y la necesidad de un nuevo procedimiento son perjuicios de difícil evaluación, y precisamente por ello son evaluados a priori con la fianza definitiva; pero si la Administración acredita que, aparte del retraso en la obra o en la prestación del servicio, y los gastos que le provoque un nuevo proceso de contratación, hay otros daños materiales “puede ejercitar cuantas acciones de resarcimiento le competan, de modo independiente a aquella fianza, sin que quepa, en definitiva imputar a la misma, el daño sufrido”. La fianza no es una pena convencional por el incumplimiento, que se agota en sí misma, esto es cláusula penal en el sentido del artículo 1152, párrafo primero, del Código Civil, sino que responde a cubrir sólo los daños del retraso de la obra o la prestación del servicio; ésta es la solución adoptada por el artículo 225.4 del TRLCSP; y éste es el sentido en el que ha de interpretarse la frase de “en lo que excedan del importe de la garantía incautada”. Ni que decir tiene que la prueba de la existencia de estos otros daños está rigurosamente a cargo de la Administración, habida cuenta de que los posiblemente más importantes ya vienen cubiertos a priori por la fianza definitiva; y sin más carga procesal que declarar que el incumplimiento del contratista es culpable, y procediendo a la incautación de la fianza como una manifestación más de su privilegio de la decisión ejecutoria, facilitado porque la caución está en su poder.

En lo que se refiere a la eficacia restitutoria derivada de la resolución del contrato, bien distinta de la eficacia resarcitoria de los daños, el TRLCSP guarda silencio. No queda más remedio que acudir a las normas de Derecho Privado, y concretamente al artículo 1124 del Código Civil. Su simple lectura indica que pedir la

resolución es compatible con pedir el resarcimiento de daños. Dicho de otro modo, la pretensión de resolución y la pretensión de indemnización son distintas. Aquélla va encaminada a la eficacia liberatoria, es decir a la desvinculación de la relación obligatoria en la que las partes se encontraban, liberación que opera ex tunc, y trae aparejada que las prestaciones ejecutadas deben ser restituidas, y como sucede en el caso de la nulidad, si no pueden ser restituidas in natura, deberán serlo a través de su valor pecuniario. Esta eficacia restitutoria no debe ser confundida nunca con la eficacia indemnizatoria, aún en el caso de que las circunstancias determinen que la pretensión restitutoria surja exclusivamente a favor de uno de los contratantes; de hecho sus regímenes jurídicos son distintos, especialmente en el campo de la prueba, pues aquí no hay que demostrar la existencia de un daño, sino que se ha realizado una prestación; y si se demuestra que se ha realizado sin correspondiente, el hecho de que no se restituya nada a la otra parte, no convierte su exigencia en una partida de la indemnización de daños y perjuicios. Aplicada esta doctrina a la resolución del contrato administrativo significa que la Administración, si ha efectuado prestaciones a cambio de las cuales nada ha recibido, puede reclamarlas, y ello con independencia de la incautación de la fianza y la eventual exigencia de daños y perjuicios por encima de la cuantía de ésta. Para efectuar esta reclamación debe liquidar el contrato, liquidación en la que puede valerse sin duda de sus privilegios de interpretación del contrato y de la decisión ejecutoria, saldando el valor de lo que ha prestado con el valor de lo que eventualmente haya podido recibir y ser de su provecho; y ello, se repite, aunque el contrato esté resuelto, dado que si no procede así podría enriquecerse injustamente a costa del contratista.

Sobre la base de lo expuesto, es momento de analizar cuáles son los efectos de la resolución del contrato. La cuestión viene resuelta por el TRLCSP en un sentido sustancialmente idéntico a la doctrina de este Consejo sentada en el dictamen 613/2007.

Los efectos de la resolución, como se indica en el artículo 225.3 del TRLCSP serán la indemnización a la Administración por los daños y perjuicios que se le pudieran haber ocasionado, haciéndose efectiva dicha cantidad en principio sobre la garantía depositada, sin perjuicio de la subsistencia de responsabilidad del contratista en cuanto al importe que exceda de la garantía incautada. Previamente, deberá, conforme al artículo 239.1 del TRLCSP, procederse a la comprobación, medición y liquidación de las obras ejecutadas.

CONCLUSIÓN

Se dictamina favorablemente el procedimiento tramitado para la resolución del contrato de obras de consolidación de estructura, reforma y adaptación parcial del Edificio Municipal Pabellón Multiuso en el Parque Joyero a Centro de Exposiciones, Ferias y Convenciones de Córdoba.