La resolución del contrato público por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales

José Enrique Candela Talavero

Funcionario de la Administración local con habilitación de carácter nacional.
Licenciado en Derecho.
Grado en Ciencias Políticas.
Colaborador del Observatorio de Contratación Pública

1. **Introducción**
2. **Regulación: causas y efectos**
3. **La potestad de resolución**
4. **Incumplimiento de las obligaciones esenciales**
5. **El interés público en la resolución del contrato**
6. **La obligación esencial en el pliego y el contrato**
7. **Conclusiones**
8. **Bibliografía consultada**

Resumen

En materia de contratos públicos, para la satisfacción de los intereses generales por la Administración, el ordenamiento jurídico le ofrece, entre otras, la potestad de resolución de los contratos públicos, cuya vinculación a la ley adquiere importancia cuando se adopta esta resolución, por el incumplimiento de las obligaciones esenciales cuando estas aparecen en los pliegos o en el contrato. En el presente trabajo se analiza cuándo este incumplimiento motiva la decisión de resolver el contrato,

Artículo recibido el 12/09/2016; aceptado el 23/01/2017.

diferenciando la parte incumplidora: la Administración o el contratista, y prestando atención a la aparición o no de la obligación esencial como tal en los documentos aceptados y firmados, así como los efectos de aquella decisión. Análisis que toma por referencia la doctrina que los órganos consultivos y los tribunales han arrojado sobre la resolución contractual.

Palabras clave: *obligaciones; resolución; indemnización; esencial; pliegos*.

The termination of a public contract due to the breach of other essential contractual duties

Abstract

Public procurement law, aimed at satisfying the general interests, allows, inter alia, the termination of public contracts by the public administration in case of breach of essential obligations set forth in the contract. This article analyzes when this breach –coming from the public administration or the contractor– justifies the termination of the public contract. The article pays attention to the presence of the essential obligation in the documents accepted and signed, as well as to the consequences of the termination. This analysis is based on the doctrine framed by advisory bodies and courts on termination of public contracts.

Keywords: obligations; termination; compensation; essential; public contract.

1
Introducción

La actividad contractual de la Administración está guiada por los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, que "prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación y que son el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos"[1]. Reglas que hoy se enmarcan en la normativa comuni-

1. Moreno Molina, J. A., "Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de contratos del sector

taria y nacional; así, respecto a la normativa básica procedente de la Unión Europea[2], señalar las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE, sobre contratación pública, y 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, así como la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, cuyas fechas de transposición fueron el 18 de abril de 2016 para las tres primeras, y el 27 de noviembre de 2018 para la de facturación electrónica; mientras que, en sede nacional[3], señalar el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos (en adelante, RGLCAP); sin perjuicio de normas internacionales que han ido conformando el actual Derecho Administrativo global en materia de contratación pública[4], y de la jurisprudencia comunitaria, que, aplicando los grandes principios del Tratado de la Comunidad Europea (prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento, libre prestación de servicios) a los contratos públicos, "ha tenido decisivos efectos para el respeto de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos por las distintas Administraciones Públicas europeas"[5], pues "el concepto de contrato es materia propia del Derecho comunitario y debe recibir un tratamiento uniforme en todos los países miembros"[6]. Pues bien, partamos de la realidad jurídica de que "la singularidad del contrato administrativo se vendría a definir justamente por su extravase de los módulos contractuales privados. Es

público", *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 45, 2008, p. 47.

2. Gimeno Feliu, J. M.ª, "Los sujetos contratantes: alcance del concepto 'poder adjudicador'", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), Fundación Democracia y Gobierno Local, n.º 12, octubre de 2006, pp. 51-52.

3. Moreno Molina, J. A., "Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración", *Anuario del Gobierno Local 2011*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2012, pp. 123 a 140.

4. Rodríguez-Arana Muñoz, J., "Los principios del Derecho global de la contratación pública", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 66, 2011, pp. 29-54.

5. Moreno Molina, J. A., "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos", *Revista de Administración Pública*, n.º 151, Madrid, enero-abril 2000, p. 319.

6. Gimeno Feliu, J. M.ª, "El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), n.º 22, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2010, p. 50.

lo que se llamará, rehabilitando un término histórico originado en el proceso de formación del Derecho Público, como independiente de Derecho Privado romano, el criterio de las 'cláusulas exorbitantes del derecho común'. El contrato administrativo sería un contrato en el que están presentes cláusulas o contenidos contractuales de esa naturaleza, no explicables desde el Derecho común de obligaciones"[7].

Sabidas estas notas propias del contrato público, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos se regulan en los arts. 208 y ss. TRLCSP. A saber, dispone el art. 208 TRLCSP: "Los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el artículo 19.2 y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares". Por lo que se refiere a la vinculación al contenido contractual, el art. 209 TRLCSP reconoce 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". Por otra parte, aunque conectado a lo referido, en el Libro IV, Título I, Capítulo II del TRLCSP se enumeran las prerrogativas de la Administración en materia de contratos públicos, estableciendo en el art. 210 que: "Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta". Pues bien, entre estas prerrogativas[8], la potestad resolutoria es otorgada a la Administración desde el prisma del fin de los intereses generales que el art. 103 de la Constitución (en adelante CE) le conmina a satisfacer, por lo que se podrá acordar cuando lo reclamen aquellos intereses implícitos en los contratos públicos, razón por la que no se podrá ejecutar dicho privilegio de manera automática. Resolución que tiene su base en el Derecho común de obligaciones y contratos, una vez que declarase el Tribunal Supremo en su STS de 17 de marzo de 1989 que "los contratos administrativos no son sino una figura especial, con modulaciones características impuestas por su vinculación al cumplimiento de los intereses públicos de la institución contractual, siéndoles de aplicación en definitiva, salvando esas peculiaridades y características, las normas y principios de la dogmática del negocio jurídico, entre los que se encuentra la figura de la

7. García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo. I*, 14.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 694.

8. Rodríguez-Arana Muñoz, J., "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (*AFDUDC*), n.º 12, 2008, pp. 795-812.

resolución contractual para el caso de su incumplimiento en las obligaciones recíprocas (art. 1.124 del Código Civil y preceptos concordantes) y la institución del resarcimiento de daños y perjuicios a favor del acreedor, que no es sino una manifestación del principio del Derecho de obligaciones de que el deudor debe reparar las consecuencias nocivas producidas por causa de su incumplimiento culpable (art. 1.101 del Código Civil) […]". Contratos públicos que se caracterizan por ser negocios jurídicos con una finalidad orientada a la consecución del interés general, lo que, unido a la vinculación de la Administración al principio de legalidad y al servicio objetivo de aquellos intereses públicos, habilita a ejercitar este privilegio resolutorio con un criterio respetuoso con el procedimiento y los derechos del contratista (SSTS de 4 de mayo de 1968 y de 28 de febrero de 1989); porque, de ejercitarse de manera unilateral, deberíamos ampliar esta reflexión, pues la interpretación jurisprudencial no es que las partes no puedan pactar la resolución unilateral del contrato, sino que ninguna de ellas pueda resolverlo unilateralmente, si esta posibilidad no está prevista y contemplada en el mismo contrato (SSTS de 9 de mayo de 1996 y de 27 de noviembre de 1997)[9]. No debe olvidarse que de la obligación del sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan (STC de 11 de abril de 1985).

Potestad reconocida a la Administración a la que también se refirió el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en sus dictámenes 92/2011, de 13 de abril, 102/2011, de 4 de mayo, 176/2011, de 20 de julio, y 93/2012, de 16 de mayo, al aclarar que esta potestad resolutoria conferida a la Administración se enmarca en las denominadas prerrogativas previstas en el art. 210 del TRLCSP, concebidas por la doctrina como privilegios o facultades exorbitantes y cuya terminología[10] no genera hoy debates, pues la utilización del término "resolución", tanto en nuestra jurisprudencia como en los vigentes textos legales, se encuentra firmemente acuñada.

9. Saz, S. del, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, n.º 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007, p. 341.

10. García-Trevijano Garnica, E., "La extinción de los contratos administrativos por mutuo acuerdo", *Revista de Administración Pública*, n.º 127, Madrid, enero-abril 1992, p. 87.

2
Regulación: causas y efectos

El procedimiento previsto para tramitarse la resolución contractual se prevé en el art. 211 del TRLCSP, siendo requisitos dar audiencia al contratista, la incorporación de un informe jurídico, y, de manera preceptiva, un Dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma cuando exista oposición del contratista. Regulación que se completa con la prevista en el RGLCAP, en cuyo art. 109 se estipula la exigencia del cumplimiento de estos requisitos: a) audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio; b) audiencia, en el mismo plazo señalado, del avalista o asegurador, si se propone la incautación de la garantía; c) informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los arts. 41 y 96 de la Ley, y d) dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Es disposición general en materia de extinción de los contratos, según el artículo 221 TRLCSP, que: "Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución", y para delimitar las causas de esta resolución dispone el art. 223, entre otras: "f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato". Y una vez acreditada la existencia de las causas de resolución, su aplicación –reza el art. 224 TRLCSP– es: "1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca. […] 7. 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". Resultando los siguientes efectos de la resolución (art. 225): "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. […] 4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable". Por tanto, el incumplimiento de las obligaciones como causa de resolución de los contratos públicos se debe a que los incumplimientos de las partes hacen que la relación bilateral termine de modo anormal, si bien otras causas previstas en los arts. 223 y 224 TRLCSP responden a razones de distinto alcance, relativas a la capacidad de obrar o a la oportunidad.

Y en cuanto a los efectos de la resolución del contrato, el art. 225.2 dice que: "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". El apartado quinto del art. 225 añade que: "Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista". Y en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 214 TRLCSP): "2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto".

Al respecto señalar que, en cuanto a las reglas de distribución de la responsabilidad entre el contratista y la Administración, es mayoritaria la postura de que "ante el tercero debe responder la Administración en todo caso de forma directa, siempre, claro es, que concurran todos los requisitos exigidos –nexo de causalidad, daño individualizado, evaluable económicamente, etc.–, pues lo relevante es que el daño sea consecuencia de la actividad de titularidad pública. Desde esta perspectiva, las reglas de distribución de la indemnización que las normas establecen únicamente operarían a efectos internos entre la Administración y el contratista, de forma que, salvo que el daño fuese consecuencia de una orden o cláusula de ineludible cumplimiento o vicios del proyecto en su caso, la Administración podría repetir su importe frente al contratista mediante una acción de regreso" (Dictamen del Consejo de Estado n.º 49.698, de 23 de diciembre de 1986, y SSTS de 24 de octubre de 1984, 19 de mayo de 1987, 20 de octubre de 1987, 9 de mayo de 1989 y 12 de febrero de 1997)[11]. Así se pronunció el Tribunal Supremo,

11. Horgué Baena, C., "La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos", *Revista de Administración Pública*, n.º 147, Madrid, septiembre-diciembre 1998, pp. 346-347.

al resolver que, "acreditado en las actuaciones la existencia de incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración al retrasar la entrega de los terrenos en cuestión, lo que motivó una dilación de más de diez meses en la iniciación de las obras, dicho incumplimiento generó en favor de la parte recurrente el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios padecidos" (STS de 5 de junio de 1991).

La STS de 17 de noviembre de 2011 (FD 6.º), relativa a la suspensión de facto, reconoció que "el contratista tiene derecho a ser indemnizado como consecuencia de los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras en aquellos casos en los que, como sucede en el aquí analizado, la Administración contratante no procedió expresamente a declarar esa suspensión, pero sí se produjo una suspensión de las obras. Esta Sala, en reiteradas sentencias (por todas, las de 13 de noviembre de 1978, 4 de junio de 1982, 26 de abril de 1985, 27 de enero de 1989, 18 de mayo de 2009 y 3 de noviembre de 2011) ha declarado que la inexistencia de una declaración formal de suspensión temporal de las obras no desvirtúa el hecho cierto y real de que la verdadera causa de paralización de tales obras no puede imputarse al contratista sino a la Administración, que incurrió así en un claro e inequívoco incumplimiento contractual. […]. En efecto, la Sala ha venido manteniendo (por todas, en las sentencias de 22 de marzo de 1991 y 17 de febrero de 1999) la necesidad de respetar el principio constitucional de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 92.3 de la Constitución, amparado por la buena fe del administrado y la confianza legítima, o fundada esperanza, creada en el destinatario de una actuación administrativa como consecuencia precisamente de un acto externo y concreto de la Administración o de sus agentes, del que puede desprenderse una manifestación de voluntad de la misma, con la consecuencia obligada de inducirle a realizar determinada conducta, manteniéndose así la primacía del referido principio de seguridad jurídica y de la confianza legítima, en la forma entendida por la jurisprudencia del TJUE, citada por la parte actora" (en el mismo sentido, las SSTS de fecha 29 de febrero de 2012 y 27 de mayo de 2013). Además, en favor de la postura del contratista, cabe señalar la prohibición del enriquecimiento injusto de la Administración (SSTS de 11 de octubre de 1979, 15 de abril de 2002 y 19 de marzo de 2008, y las en ellas citadas, o la STSJ Andalucía de 7 de diciembre de 1999).

Podemos aquí recordar también la STSJ Comunidad Valenciana, de 30 de noviembre de 2005 (FD 2.º), en que, al instar la resolución el contratista, fundamentando una reclamación de resolución contractual y reclamación indemnizatoria, se manifestó que: "En principio hemos de decir que es cierto que la jurisprudencia admite, en determinadas ocasiones y no siempre con

carácter general sino en atención a las circunstancias concretas de cada caso, que cuando en una obra se producen retrasos y dichos retrasos traen causa de la actuación de la Administración, sin que al tiempo concurra en ellos culpa alguna del contratista, se le deben indemnizar a este los perjuicios debidamente acreditados que dicho retraso le haya ocasionado" (*vid.* en este sentido las SSTS de 2 de junio de 1999, 20 de marzo de 2002, 24 de junio de 2002, 30 de junio de 2004 y 9 de diciembre de 2004).

Habrá además que considerar las previsiones para cada tipo de contrato, pues, en el supuesto de un contrato de concesión de obra pública y gestión indirecta de servicio público (art. 7 TRLCSP), habría que cumplir el requisito que señala el art. 262 TRLCSP: "Cuando procediera la resolución de la concesión por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, la Administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario por si este ofreciera subrogarse en su cumplimiento y la Administración considerara compatible tal ofrecimiento con el buen fin de la concesión". Cabe destacar aquí la particularidad de no señalar el rescate como causa de resolución en la regulación de las causas genéricas, y sí, no obstante, las previstas para el contrato de concesión de obras públicas (artículo 269) y el contrato de gestión de los servicios públicos (artículo 286), lo que encuentra su precedente en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio 1955[12].

3
La potestad de resolución

La resolución ha sido entendida por la doctrina como la medida última a la que acudir, siempre con el único fin de preservar el interés público ínsito en cada relación contractual. Implica la terminación anormal o traumática de la concesión, produciéndose generalmente con anterioridad a la finalización de su vigencia, al existir motivos imputables a cualquiera de las partes que inciden en su buena ejecución y en el funcionamiento final del servicio público gestionado, y que se incardinan en alguna de las causas recogidas de modo tasado en la Ley. Este fue el criterio del Dictamen n.º 279/2015, de 28 de mayo de 2015, del Consejo Consultivo de Extremadura, que, tras referirse a lo estipulado en el artículo 221 TRLCSP ("Los contratos se extinguirán por

12. Gimeno Feliu, J. M.ª, "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, n.º 58-59, febrero-marzo 2016, p. 55.

cumplimiento o por resolución"), recordó que, además de la causa natural de finalización contractual, como es el cumplimiento, hay otras que "no obedecen al puro y simple cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes y que, por ello, obligan a la resolución del mismo".

Por tanto, "la Administración podrá resolver un contrato cuando el contratista haya incumplido alguna de las obligaciones que la Ley le impone o alguna de esas otras que en cada contrato o en su pliego cuentan, en atención a sus propias características y a los intereses públicos en presencia, con la condición de esenciales. De hecho, si se analiza la doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa recaída en aplicación de las leyes de 1965 y 1995 se comprueba que las altas instancias consultivas y judiciales han reconocido, por lo general, la potestad de la Administración para resolver el contrato ante el incumplimiento por el contratista de las obligaciones legalmente impuestas"[13].

Dada la dimensión de nuestro trabajo, procedemos escuetamente a señalar las causas generales de resolución contenidas en los artículos 223 y ss. TRLCSP, y las específicas para cada contrato[14]. Por tanto, cuando el pliego señale como causa de resolución la prevista para el contrato de que se trate habrá que estar a lo previsto para cada tipo de contrato. Así, para el contrato de obras, el art. 237 (dictámenes n.º 745/2012, de 13 de diciembre, y n.º 449/2015, de 22 de octubre, del Consejo Consultivo de Extremadura); para el contrato de gestión de servicio público, el art. 286 (siendo obligaciones esenciales el pago del canon concesional, la apertura de instalaciones y el mantenimiento de las mismas –STSJ La Rioja de 13 de septiembre de 2002 y STSJ Madrid de 15 de diciembre de 2008–; o, asimismo, la no instalación y puesta en funcionamiento de la emisora de radio con sujeción al proyecto técnico y con las debidas autorizaciones administrativas –STSJ Castilla y León de 16 de abril de 2009–; o, en un contrato de concesión del servicio público de enterramientos, servicios funerarios y mantenimiento del recinto funerario municipal, el incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte del contratista al abandonar la prestación del servicio con devolución de las llaves de las instalaciones afectas al mismo –Dictamen 1/2010, de 12 de enero, de la Comisión Jurídica Asesora de Aragón–); para

13. Barrero Rodríguez, C., "La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", *Revista de Administración Pública*, n.º 176, Madrid, mayo-agosto 2008, p. 94.

14. Moreno Molina, J. A. y Pleite Guadamillas, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2010, pp. 641 a 645.

el contrato de concesión de obra pública[15], el art. 269, siendo obligación esencial, entre otras, no abandonar el servicio –TSJ Región de Murcia de 2 de octubre de 2015–; en el art. 299 se prevén dos causas específicas de resolución del contrato de suministros, y en el art. 308, tres para el contrato de servicios. Finalmente apuntar, a los efectos del ejercicio de la prerrogativa de la resolución en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, que en el artículo 313 se contempla su régimen jurídico.

Ahora bien, no se prevé en estos listados la concurrencia de culpas por parte del contratista y de la Administración (STSJ Madrid de 14 de abril de 2016). Para ello, debe considerarse la jurisprudencia en la materia que resulta de la STS de 25 de enero de 2005, que afirmó que "es ciertamente difícil que la Ley resuelva directa y acabadamente, toda la amplia gama de posibilidades de la actuación de la Administración y el contratista en las resolución del contrato, por lo que debemos resolver dicha cuestión, en primer lugar con las normas que regulan la resolución de los contratos y después con el resto del ordenamiento (art. 4 Código Civil), así de forma analógica podemos citar los artículos 1103 y 1154 del Código Civil sobre la moderación que deben hacer los tribunales en cuanto a las indemnizaciones a pagar *inter pares* cuando exista concurrencia de culpas". A lo que cabe sumar la postura del Consejo de Estado, para el que en determinados casos de concurrencia de culpas no se reconoce la indemnización de daños y perjuicios, acordándose la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, "pero apreciándose concurrencia de culpas que debe exonerar a aquel de las consecuencias previstas en el artículo 53 de la Ley de Contratos: pérdida de la fianza e indemnización de daños y perjuicios a la Administración" (Dictamen n.º 1641/1992, de 27 de enero de 1993).

4
Incumplimiento de las obligaciones esenciales

Para que el incumplimiento de las obligaciones esenciales dé lugar a la resolución contractual, es criterio jurisprudencial (STS de 9 de octubre de 1987) que "no todo incumplimiento puede generar la resolución contractual, sino que ello debe contemplarse en cada caso, atendidas las circunstancias de toda índole que concurran para dilucidar en qué supuestos se trata de un verda-

15. García Gómez de Mercado, F., "Contratos y concesiones de obras: La Ley 13/2003 reguladora del contrato de concesión de obras públicas", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 16, 2003.

dero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación […] y en qué casos se trata de meros retrasos, desfases o desajustes en modo alguno reveladores de tal voluntad de no cumplir con lo pactado", limitando su aplicación a aquellos casos en que se han omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido así como los trámites esenciales (STS de 7 de diciembre de 2012). Lo determinante debe ser, pues, que quede afectada la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación (Dictamen n.º 153/2008, de 30 de abril de 2008, del Consejo Consultivo de Extremadura). Esta causa de resolución por incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, debe acompañarse de una "voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que, de manera definitiva, lo impida, […]", por aplicarse el principio de conservación del contrato (STS de 21 de junio de 1985); y debe ser prueba de una actitud reveladora de "una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos", excluyendo aquellos supuestos de "mero retraso, desfase o desajuste en modo alguno expresivo de aquella voluntad" (SSTS de 16 de octubre de 1984, de 9 de octubre de 1987, y de 23 de noviembre de 1988, a la que hace referencia el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen 176/2011, de 20 de julio). En cualquier caso, en materia de plazo, recordar que la STS de 17 de octubre de 2000 reconocía que: "el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye el elemento básico de la relación jurídica establecida, de forma que cuando este aparece como un elemento relevante, es una determinación esencial que no accesoria o agregada a la esencia de la prestación".

Partiendo de la realidad jurisprudencial, para la que, junto al incumplimiento de las obligaciones contractuales "esenciales", calificadas como tales "en los pliegos o en el contrato" [art. 223.f) TRLCSP], se exige que, para la resolución del contrato, el incumplimiento sea "grave" y de naturaleza "sustancial" (SSTS de 29 de mayo de 2000 y de 10 de marzo de 1999), no podrá acordarse una resolución de contrato de obras por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales sustanciales, si se acreditara que la obra está realizada casi en su totalidad y queda pendiente de un modificado que es la Administración quien debe tramitar, pues en definitiva el objetivo debe centrarse en comprobar que "la actividad desplegada por el contratista no ha satisfecho los resultados y expectativas que la Administración tenía derecho a esperar" (Audiencia Nacional, Sentencia de 13 de enero de 2016). En base a ello fue resuelto un contrato, por incumplimiento culpable del contratista, al suspender la ejecución de las obras sin autorización expresa

de la Administración (STSJ Asturias de 26 de mayo de 2014), "dado que la Administración, tanto en el momento de proceder a la adjudicación del contrato, como cuando tuvo lugar el levantamiento del acta de replanteo, no podía preveer que la recurrente no lograra los permisos pertinentes para poder iniciar las obras".

La STS de 16 de mayo de 2008 señaló que es jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 14 de mayo de 2001, que a su vez cita las SSTS de 29 de septiembre de 1977, 21 de marzo de 1983, 27 de abril de 1987 y 5 de junio de 1991) que el principio de riesgo y ventura del contratista no solo quiebra en los sucesos de fuerza mayor, sino también cuando la Administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución. Y en palabras de la STS de 24 de diciembre de 1997, el riesgo que asume el contratista no incluye las alteraciones que sean debidas al ejercicio por la Administración de su *ius variandi*, que han de ser debidamente indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas. Por su parte la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), en su Informe 16/00, de 11 de abril de 2000, estima que en el procedimiento de resolución deben cumplirse los trámites y deben producirse los efectos que señala la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, cualesquiera que sean los plazos de duración y efectos recogidos en las normas puramente procedimentales.

Partiendo de la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en la STS de 21 de diciembre de 2007, "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", pues habrá supuestos en los que el incumplimiento por la Administración de sus obligaciones sustanciales impuestas por ley impedirán al contratista, sin su voluntad, cumplir el objeto del contrato[16]. No olvidar, no obstante, el doble rasero[17] para valorar el incumplimiento de cada parte del contrato público, sea contratista o Administración, pues esta puede decidir unilateralmente la resolución, mientras que aquel, en sede administrativa, no puede imponer a la Administración la forzosa resolución unilateral, sino que, instada por él, si aquella no acepta esta solicitud de resolución anticipada, deberá acudir a la vía judicial.

16. AA. VV., *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto Refundido de la Ley. (Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)*, 3.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2000, p. 482.

17. Blanquer Criado, D., *Derecho Administrativo. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 807.

En los casos en que concurren varias causas de resolución, como el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales y la demora en ejecutar el plazo contractual, saber que es doctrina del Consejo de Estado (dictámenes 47.892/1985, de 4 de julio; 712/1994, de 23 de junio; 1475/2002, de 18 de julio de 2002, y 681/2009, de 21 de mayo) y del Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 186/2016, de 16 de marzo) que se aplique preferentemente aquella causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico[18].

Proponiendo la Administración municipal la resolución, por el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales[19], calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, de cierto contrato de gestión del cementerio y servicio funerario, el Consejo Consultivo de Andalucía (Resolución 623/2014, de 24 de septiembre) reconoció dicha resolución, puesto que en los pliegos se reconocía expresamente que era obligación esencial del adjudicatario aportar determinados terrenos, y resultó acreditado su incumplimiento, y de sus alegaciones (retraso para el otorgamiento de la licencia) no se desprende que fuera atribuible a la Administración, que le impidiera cumplir su obligación de aportar los terrenos.

En clave urbanística, en un contrato de gestión de servicio público, quedó afirmada la adecuación a derecho de la resolución contractual, al probarse la falta por el agente urbanizador de ejecutar la actuación urbanizadora por cuenta de la Administración y conforme al convenio estipulado (STSJ Extremadura de 26 de enero de 2016). También se dictaminó de manera favorable la resolución de un convenio urbanístico por incumplimiento de las obligaciones esenciales, en el Dictamen n.º 136/2010, de 10 de marzo, del Consejo Consultivo de Andalucía, como era en este supuesto el pago de una cantidad determinada como compensación a la cesión obligatoria del 10% del aprovechamiento urbanístico, pues este pago no se realizó. Interpretación que se basa en la aplicación a las adjudicaciones de actuaciones urbanísticas de lo dispuesto en la normativa contractual, por tratarse de normas que constituyen legislación básica sobre contratos administrativos según el artículo 149.1.18.ª CE (SSTS de 28 de octubre de 2006, 27 de marzo de 2007, 6 de junio de 2007, 27 de diciembre de 2007, y 5 y 20 de febrero de 2008).

Resolución contractual que será imposible en el supuesto de haber anulado esa contratación por sentencia firme, por cuanto nos encontraremos ante

18. Gutiérrez Colomina, V. (dir.), *Manual práctico de la Ley de Contratos del Sector Público. Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2009, p. 303.

19. Alonso Higuera, C., *Manual del Secretario. Tomo II*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 1218.

un contrato anulado, inexistente (Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen n.º 76/2013, de 30 de enero). Este mismo Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen n.º 476/2009, de 8 de julio, consideró que procedía la resolución contractual por incumplimiento contractual por parte del contratista, por demora en el cumplimiento de los plazos y por el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, por cuanto si partimos de la realidad contractual, según la cual el Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas (dictámenes 53/1995 y 18/2000 del Consejo Consultivo de Andalucía) definía los derechos y obligaciones que asumían las partes en el contrato, constituyendo por ello la ley del mismo y vinculando por igual a la Administración y al contratista, e instados por la Administración diversos incumplimientos previstos en estos pliegos, como la obligación de la contratista de suscribir una póliza de seguros multirriesgo y cuyo incumplimiento era causa de resolución, resultó avalada la resolución una vez acreditado el incumplimiento de dichas obligaciones esenciales. Fue así adecuada a derecho la resolución del contrato de la gestión de una piscina municipal, por cuando estaban previstas en el pliego y ofertadas por el adjudicatario mejoras en el contrato firmado, una vez acreditado el incumplimiento culpable de las mejoras e inversiones que se comprometía a ejecutar durante la concesión (STSJ Comunidad Valenciana de 5 de abril de 2011), y no dando lugar a esta resolución cuando se cumple por el contratista lo exigido por el pliego de prescripciones técnicas (Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2011).

A resultas de lo dicho, en caso contrario, esto es, no constando en el pliego o en el contrato este carácter esencial de las obligaciones[20] que son incumplidas, se impide la resolución automática (Informe n.º 20/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; Dictamen n.º 73/2015, de 4 de marzo, del Consejo Consultivo de Castilla y León; Dictamen n.º 139/2010, de 26 de mayo, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y Dictamen n.º 439/2010, de 13 de mayo, del Consejo Consultivo de Castilla y León).

Es doctrina tanto del Consejo Consultivo de La Rioja (Dictamen n.º 61/2009, de 7 de agosto) y del de la Comunidad de Madrid (Dictamen n.º 631/2011, de 16 de noviembre) como del Tribunal Supremo (STS de 29 de mayo de 2000) considera ajustada a Derecho la resolución del contrato administrativo de obras por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, manifestando previamente la necesidad de estar ante

20. Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2003, pp. 1641 a 1646.

un incumplimiento importante, grave y de naturaleza sustancial, y no cualquier inobservancia de las condiciones del Pliego. Así lo refirió el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 42.000, de 22 de febrero de 1979, al afirmar que "es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas". Obligaciones incumplidas por el contratista para acordarse la resolución que deben ser esenciales aplicando una interpretación restrictiva, por afectar a las obligaciones fundamentales (SSTS de 20 de septiembre de 1983 y de 20 de abril de 1999, y dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 90/2004 y 73/2015, de 4 de marzo). Es por ello que, de no cumplirse de manera total el objeto del contrato, encontrándonos ante una irregularidad en el cumplimiento, aplicando el principio de la moderación equitativa de la pena (art. 1.154 Código Civil –STS de 10 de marzo de 2014–), el Consejo de Estado reconoció, respecto a la incautación de la fianza, que no se practicara sobre la totalidad de su importe, sino solo incautándose un porcentaje de la fianza igual al que representara la valoración de los daños y perjuicios, del importe total del contrato (dictámenes 46.546, de 20 de junio de 1984, y 46.105, de 5 de marzo de 1984, a los que se remite la STSJ Castilla y León de 16 de abril de 2015).

El ejercicio de la potestad resolutoria de los contratos, en los casos en los que la Ley la faculta para ello, no es obligatorio para la Administración, siempre que no le sea a ella imputable el incumplimiento. Así lo declara, entre otras, la STSJ Castilla-La Mancha 150/2007, de 8 de octubre de 2007, que admite una cesión contractual en lugar de una resolución, siempre que se acredite el interés público de la medida, afirmando que, "no estando resuelto el contrato por resolución administrativa, no se ve por qué no se podía optar por su cesión o modificación si concurrían los requisitos legales. Dicha posibilidad legal deriva de la dicción normativa comprendida en el art. 112 del TRLCAP, pues la resolución es potestativa y no cabe atribuir a la Administración local la imputabilidad de la circunstancia que ha motivado la cesión contractual, o permuta, *versus* la resolución contractual; y más cuando el interés público demanda y define dicha opción extensiva desde la vertiente jurídica-privada, al albur de la provisión legal contenida en los artículos 1.124 y 1.504 Código Civil. Y es obvio que la cesión contractual no solo se adapta a la teleología institucional del contrato originario, sino que permite prolongar dicha finalidad, evitando los perjuicios que a los cooperativistas se les podría originar con la resolución (pérdida de viviendas; las cantidades aportadas y pagadas, y más tratándose en principio de personas de limitados ingresos…) y el perjuicio para la Administración local, que

tendría que subrogarse en las hipotecas constituidas para financiar las construcciones; sin que de la resolución se aprecie el logro de un interés público superior cohonestable con todos los intereses en juego".

En este sentido, recuérdese el Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana n.º 0803/2008, de 3 de diciembre de 2008, en el que se manifestó: "El interés público será el eje sobre el que deberá fundarse la decisión de resolución o no de un contrato administrativo en aquellos supuestos de resolución potestativa para la Administración, previstos en los artículos 111 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas"; interpretación que también es válida para la LCSP, como así lo manifestó ese mismo órgano en el Dictamen n.º 1174/2010, de 16 de diciembre de 2010, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, indicando que la potestad de resolución es una "prerrogativa de la Administración que tiene su fundamento, en materia de contratos –al igual que, en general, en todo el ámbito del Derecho Administrativo–, en la consecución del interés público que subyace en toda actuación de las Administraciones Públicas. El interés público será el eje sobre el que deberá fundarse la decisión de resolución o no de un contrato administrativo, en aquellos supuestos de resolución potestativa para la Administración, previstos en los artículos 206 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público". Atención, pues, al interés público en la ejecución contractual, para que esta contratación pública sea regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada[21].

Por su parte, para la STS de 13 de julio de 2015 (FD 6.º), una cosa es que la estimación especulativa de las ganancias que el contratista piensa percibir no tenga que ser asegurada por la otra parte contratante, en este caso la Administración, debiendo soportar las circunstancias sobrevenidas ajenas a las partes, y otra bien distinta, que se genere derecho a una indemnización como consecuencia del deficiente cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes. En ese sentido, véase la STS de 17 de noviembre de 2011, que sostuvo en su FD 6.º que: "cuando la propia Administración se ha visto en la necesidad de conceder prórrogas sucesivas del plazo de finalización de las obras por no haber puesto a disposición del contratista, y a su debido tiempo, los medios necesarios y precisos para que pudieran iniciarse dichas obras y ello unido a la necesidad técnica de modificar un proyecto que, posteriormente, devino deficiente para que pudiera ser adap-

21. Gimeno Feliu, J. M.ª, "Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º Extra 10, 2008, p. 15.

tado a la realidad existente, las circunstancias concurrentes determinan la presencia de una excepción al principio de riesgo y ventura del contratista y la ulterior responsabilidad de la Administración por incumplimiento del contrato (SSTS de 29 de enero de 1982, 26 de enero de 1990, 20 de septiembre de 1994 y 28 de abril de 1999)".

De la misma forma, la STS de 28 de junio de 2012 (FD 6.º) sostuvo que: "la sentencia no acierta, con la referencia al artículo 144, pues parece dar a entender que la Administración solo respondería en el caso de fuerza mayor, recayendo, 'a sensu contrario', la responsabilidad de los daños en el contratista. […] el principio de riesgo y ventura es compatible con la posibilidad de exigir la indemnización de daños y perjuicios que se deriven del retraso en la ejecución del contrato imputable a la Administración, […]. En definitiva, como sostiene la recurrente, cuando es la propia Administración la que incumple las obligaciones derivadas del contrato, no estamos ante el riesgo y ventura imputable al contratista por circunstancias ajenas a las partes, sino ante un incumplimiento contractual por parte de la Administración", y como "el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, pues responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el derecho civil, ha de indicarse que la calificación de un contrato como administrativo resulta procedente cuando la vinculación de su objeto al interés público alcanza una entidad tal que dicho interés no tolera que la Administración se despoje de sus prerrogativas exorbitantes […], vinculación la mencionada que aparece clara y ostensible cuando el objeto contractual se incluye dentro de los cometidos que el ordenamiento jurídico ha confiado al órgano contratante" (STS de 24 de noviembre de 1980).

Habrá pues que analizar las circunstancias concurrentes (SSTS de 16 de octubre de 1984, de 9 de octubre de 1987 y de 23 de noviembre de 1988) para quedar acreditado que no toda irregularidad provoca la resolución por incumplimiento de las obligaciones, sino aquellas que provocan que el servicio deje de prestarse o se preste en condiciones tales que se lesione el interés público que se pretende satisfacer, dañando la prestación principal (SSTS de 14 de junio de 2002, de 14 de diciembre de 2001 y de 1 de octubre de 1999, y dictámenes 229/2007, de 5 de diciembre, 120/2008, de 11 de junio, y 24/2015, de 28 de enero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha). La pasividad del contratista en la prestación del objeto contractual deberá ser dolosa, culposa o negligente (SSTS de 21 de junio de 1985, 25 de septiembre de 1987 y 14 de diciembre de 2001, y STSJ Madrid de 13 de junio de 2012).

Así, según el Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen n.º 165/2010, de 24 de marzo, se consideró conforme a derecho la resolución

de cierto contrato de servicio de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza, por incumplimiento por el contratista de las condiciones señaladas en el pliego como básicas del contrato y acreditadas con informes técnicos del responsable del servicio, cuando se demostró que el adjudicatario incumplió de manera reiterada sus obligaciones laborales y en materia de Seguridad Social previstas en el pliego, la no aportación de los medios materiales necesarios para la debida prestación del servicio, y el no cumplimiento de las mejoras ofertadas por la empresa contratista. En parecidos términos resolvió la STS de 28 de enero de 2015, en un contrato de servicio de limpieza en el que el adjudicatario no destinó al servicio contratado el número de trabajadores pactado que reflejaban el pliego y el contrato.

5
El interés público en la resolución del contrato

Los incumplimientos de las obligaciones esenciales contractuales generan, de manera inmediata, un daño al interés público que todo contrato público debe proteger (art. 1 TRLCSP) y que se reconoce por constante jurisprudencia (SSTS de 4 de mayo de 1968 y de 28 de febrero de 1989), al caracterizar a los contratos administrativos como negocios jurídicos vinculados a la obtención del interés general que se busca con su celebración, siendo la razón de la resolución contractual el quedar afectada la eficiente prestación del servicio. Así, se resolvió un contrato de obra, estando reflejado en el pliego que era obligación esencial del contratista ejecutar obras de infraestructura hidráulica y viaria, como finalidad perseguida por la Administración, acreditada mediante informe del director de las obras, por la actitud renuente al cumplimiento por parte del adjudicatario, así como por la falta de avance de las obras, "sin movimiento alguno de maquinaria". A lo que se sumó que hubiera transcurrido el plazo de ejecución sin que estuviera terminada la obra, lo que se calificó de incumplimiento objetivo, situación que habilitó al Dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura n.º 198/2010, de 22 de abril, para considerar la resolución del contrato por incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales en aras de la preservación de aquel interés público.

La satisfacción del interés general supone impedir a la Administración, una vez constatada una causa de resolución del contrato por dolo o culpa del adjudicatario, acudir a la vía del mutuo disenso como forma de extinguir el contrato (Consejo de Estado, dictámenes 46.236, de 26 de abril de 1984, 50.571, de 21 de mayo de 1987, y 55.279, de 27 de septiembre de 1990, y Consejo Consultivo de Castilla y León, Dictamen 439/2010, de 13 de mayo).

Ahora bien, también valorando el interés público en juego, para el supuesto de aplicar como causa de resolución este incumplimiento en un contrato de gestión de servicios públicos, resolvió la STS de 25 de septiembre de 1987 que "no es necesario que el incumplimiento origine grave perturbación del servicio, sino que es suficiente con que se produzca un incumplimiento sustancial del contrato en términos análogos a los establecidos en la contratación civil". También en esta línea, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (dictámenes 65/2002, de 30 de abril, y 24/2011, de 9 de febrero) calificó la resolución contractual como "medida límite o última ratio" a ejercitarse cuando lo aconseje el interés público y no de manera automática.

Por ello no fue admitida la resolución contractual, al no tratarse de obligación esencial (STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2005), de un contrato de concesión de la explotación, mantenimiento y conservación de instalaciones municipales (explotación del bar existente en unas instalaciones deportivas), pues en el pliego se dispuso como obligaciones "efectuar la limpieza, conservación y mantenimiento de las instalaciones", pero no realizar determinadas reparaciones en estas instalaciones por el contratista, pretendidas por el Ayuntamiento para acordarse la resolución del contrato.

En un contrato de concesión del servicio público de transporte público, procedió su resolución por incumplirse la obligación contractual esencial de la realización de las rutas acordadas, al prever el artículo 82.b) de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, antes de la modificación operada por la Ley 9/2013, que era causa de resolución el "incumplimiento de las condiciones esenciales de la concesión en los términos previstos en el punto 5 del artículo 143" (Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 254/2015, de 15 de abril). Y, como último ejemplo, el incumplimiento de una obligación esencial dio lugar al dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura favorable a la resolución de un contrato de suministro, al acreditarse que se habían suministrado a las distintas áreas de salud pañales de calidad inferior a la contratada, en especial en lo relativo a superficie de absorción, densidad de material absorbente y medidas de los salvacamas (Dictamen 123/2013, de 21 de marzo).

Por otra parte, recordar que, instada por el contratista la resolución por incumplimiento culpable de la Administración, deberá esperar a que esta se pronuncie al respecto, por ser competencia y prerrogativa administrativa acordar la resolución. A resultas de ello, el adjudicatario, que no está facultado para paralizar la ejecución del contrato en cuestión, si la Administración considerase que no concurre la causa de resolución alegada, tendrá que continuar dicha ejecución (Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen

n.º 45/2004). En este sentido, recordar que la solución que se brinda al contratista, ante incumplimientos de la Administración en el caso de impago de certificaciones de obras, está delimitada en el art. 99.4 TRLCSP, pero no puede paralizar la ejecución de la obra sin más (STSJ Canarias de 16 de noviembre de 2015).

Visto que, en cuanto a los contratos de servicios (art. 305), estos se ejecutarán con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación, en el ejemplo de un contrato de publicidad suscrito, en que se acreditó que la adjudicación y el contrato se vincularon de manera inmediata y directa a la propuesta presentada por el adjudicatario (una cadena de televisión), previa a la formalización del contrato, una vez comprobado por el adjudicatario que no podía cumplir el contrato según lo estipulado en la documentación preparatoria del contrato base de su firma, el hecho de presentar unas alternativas no era modificación contractual sino causa de resolución del contrato por incumplimiento grave, por perturbar la esencia y el objeto contractual (Dictamen n.º 413/2013, de 13 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla y León). Gravedad de incumplimiento que no se produjo en otro caso, el de un contrato de servicios de lavadero y plancha de un centro residencial, al considerarse que se trataba de un "simple retraso", por no haberse concretado el horario exacto de entrega de material, y por tanto no motivarse de manera suficiente la resolución (Dictamen n.º 527/2013, de 25 de julio, del Consejo Consultivo de Castilla y León).

Esencial obligación contractual en un contrato de gestión de servicio público será el pago del canon (dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 93/2012, de 16 de mayo, y 418/2014, de 26 de noviembre). Ahora bien, si la resolución contractual de manera literal reconoce la ley que se refiera a incumplimientos de las restantes obligaciones contractuales que consten en el pliego o el contrato, y por tanto le eran conocidas (Audiencia Nacional, Sentencia de 3 de diciembre de 2015), resultara acreditado el impago del canon de un contrato de gestión de servicio público y el contratista percibiese las tarifas de los usuarios, una interpretación literal podría contravenir la defensa del interés público en este caso (Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Dictamen n.º 24/2015, de 28 de enero).

Además, no será viable aquella resolución por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales si, desarrollándose y ejecutándose el contrato en Andalucía, no obstante quedar calificadas así en el pliego, resultara que el adjudicatario de cierto contrato de servicios de tratamiento y prevención de plagas en edificios, zonas verdes y viarios muni-

cipales, carecía de la preceptiva autorización sanitaria e inscripción registral en los términos exigidos por el Decreto 60/2012, de 13 de marzo, por el que se regulan los establecimientos y servicios biocidas de Andalucía y la estructura y funcionamiento del Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de Andalucía, pues aunque el contrato preveía que el adjudicatario del contrato se obliga a notificar a la Consejería competente en materia de salud el inicio de su actividad de acuerdo con este Decreto 60/2012, se trata de un trámite previo al inicio del desarrollo de la actividad, y no, pues, efecto de la ejecución de la prestación objeto del contrato, por lo que, visto el contenido del art. 54 TRLCSP[22], estaremos ante un caso de nulidad contractual vía procedimiento de revisión de oficio, a tramitar con anterioridad a aquella resolución (Dictamen n.º 83/2016, de 9 de febrero, del Consejo Consultivo de Andalucía). La prohibición es materia reservada a la ley (STS de 18 de septiembre de 1996), y la adjudicación de un contrato a un adjudicatario afectado por la circunstancia de prohibición para contratar, será nula de pleno derecho. Al respecto, recordar la diferencia que la Audiencia Nacional señaló entre la nulidad y la resolución del contrato, pues "la nulidad del contrato significa una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos, y al estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno, lo que se traduce en la inexistencia de las obligaciones contractuales propias de la modalidad contractual de que se trate, mientras que la resolución del contrato supone el ejercicio de una potestad o prerrogativa que el legislador otorga a la Administración para dejar sin efecto unas obligaciones perfectamente válidas […]" (Sentencia de 8 de abril de 2014).

No procediendo, no obstante, indemnización, tras acreditar que los daños al contratista se debían exclusivamente a la Administración (Mancomunidad y ayuntamientos que impiden la prestación del objeto del contrato), si su actuación se enmarcó en una "acción o conducta basada en una confianza legítima y en un proceder lógico y razonable, y no abusivo o fraudulento, que conduce a actuar de determinada manera en la creencia racional y fundada de estar obrando correctamente" [STSJ Canarias (Las Palmas) de 22 de julio de 2014, FD 9.º], respetándose así el criterio jurisprudencial (SSTS de 22 de marzo de 1991 y de 17 de febrero de 1999) relativo a la necesidad de acatar el principio constitucional de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9.3 CE, amparado por la buena fe del administrado y la confianza legítima.

22. Domingo Zaballos, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 1633 a 1636.

6
La obligación esencial en el pliego y el contrato

Al conocimiento que tiene el adjudicatario del contenido obligacional le dispone aceptar el pliego de cláusulas, y le impide argumentarlo en casos de incumplimiento de sus obligaciones. A lo que se suma que, al concursar, asume el contenido de estos pliegos íntegramente manifestado al firmarse el contrato, siendo –dijo la STSJ Comunidad Valenciana de 8 de julio de 2015– "un acto firme y consentido cuyas hipotéticas lagunas han quedado subsanadas por el concurso de voluntades manifestado en la firma del contrato de concesión". Así, en un contrato de explotación de *camping* y piscinas, cuyo pliego reflejó que eran de cuenta del adjudicatario las obras de reparación y conservación de las deficiencias surgidas en las instalaciones y servicios durante su explotación y actividad, correspondía al contratista su ejecución "sin necesidad de acudir al principio de riesgo y ventura" (STSJ Castilla y León de 18 de julio de 2014).

Si al redactarse el pliego o el contrato no se tuvo la diligencia debida y suficiente para prever y adecuar su contenido a la realidad contractual, no contemplando cuáles eran las obligaciones esenciales y su incumplimiento como causa de resolución, estos errores u omisiones no deben dar lugar a limitar las posibilidades que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para acordar la resolución, si hay presupuestos de fondo bastantes. Así que dijera el Tribunal Constitucional, en su Auto de 8 de noviembre de 2005, que "la interpretación literal, según hemos advertido en alguna ocasión, es un mero punto de partida (STC n.º 225/2002, de 9 de diciembre, FD 4.º), imprescindible, sí, pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengan a corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras (STC 76/1996, de 30 de abril)". Para la STS de 21 de noviembre de 1994, "las normas jurídicas no deben ser interpretadas de manera que conduzcan a soluciones que no se adaptan al contenido y filosofía que inspira el Cuerpo Legal en el que están insertas o las mismas lleguen a ser absurdas o inoperantes", pues, como dijo posteriormente la STS de 9 de junio de 2006, "la interpretación de la Ley es la averiguación y comprensión del sentido y alcance de la norma y los elementos son los medios que se utilizan para la misma".

En este sentido, recordar la doctrina del Consejo Consultivo de Madrid (Dictamen n.º 408/2011) y del Consejo Consultivo de Castilla y León (dictámenes n.º 1.222/2009, de 26 de noviembre; n.º 32/2010, de 18 de febrero; n.º 528/2013, de 18 de julio; n.º 742/2013, de 18 de octubre; n.º 115/2014,

de 11 de abril, y n.º 455/2015, de 9 de diciembre), pues, no constando expresamente el calificativo de "esencial", no impide *per se* a la Administración, de manera motivada, proceder a la resolución del contrato por este motivo, pues podrá ser esencial una obligación a pesar de no declararlo así el contrato o los pliegos, pero sí deducirse de la naturaleza básica de dicha obligación (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón-Informe n.º 20/2011, de 12 de septiembre). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo manifestó en sus SSTS de 6 de abril de 1987 y de 14 de noviembre de 2000 que, en su determinación, "deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados". Si el contratista cumpliera con sus obligaciones, apuntar igualmente, como base de la pretensión, la STSJ Región de Murcia de 7 de mayo de 2010, al remitirse a la jurisprudencia (SSTS de 3 de octubre de 1979, 27 de septiembre de 1985 y 25 de noviembre de 1985), que mantiene la aplicabilidad de los principios contenidos en el Código Civil, de suerte que también aquí la facultad de resolver se entiende implícita en favor de la parte que cumple y en contra de la que incumple sus obligaciones (art. 1124 CC). Más expresiva fue la STS de 8 de marzo de 1986 (FD 7.º), al consagrar que la potestad de resolución de los contratos por una parte, cuando la otra incumpla con sus obligaciones, está claramente "definida como Principio de Derecho de vigencia universal y declarada en nuestro Derecho, artículo 1124 del Código Civil de forma general y aplicable como derecho subsidiario a todas las demás ramas del Derecho".

En materia de prueba, corresponde, pues –dice la STSJ Galicia de 30 de mayo de 2013–, la prueba de la existencia de las obligaciones al que reclame su cumplimiento, y la de su extinción al que se oponga. Por tanto, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquel solo en los casos previstos en la ley, lo que, según la STSJ Madrid de 26 de septiembre de 2013 (FD 3.º), es manifestación asimismo del carácter restrictivo que preside la facultad resolutoria del administrado frente a la Administración, dada la finalidad de servicio a la comunidad y de interés general que tienen los contratos administrativos, a diferencia de los contratos civiles. En tal sentido, la STS de 22 de febrero de 2006, con cita de las SSTS de 23 de noviembre de 1988, 16 de octubre de 1984 y 9 de octubre de 1987, recordó que "no todo incumpli-

miento puede generar la resolución contractual, sino que ello debe contemplarse en cada caso, atendidas las circunstancias de toda índole que concurran para dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista".

7
Conclusiones

En definitiva, si el contrato administrativo en general se caracteriza por ser un negocio jurídico con una finalidad orientada a la consecución del interés general (STS de 28 de febrero de 1989), para su resolución, la jurisprudencia mantiene que la facultad de resolver se entiende implícita en favor de la parte que cumple y en contra de la que incumple sus obligaciones. Ahora bien, para que la acción de resolución proceda es preciso que la parte que la ejercite haya cumplido con las obligaciones que le incumben (SSTS de 27 de septiembre y 25 de noviembre de 1985).

En concreto, analizando si concurre la causa de incumplimiento por parte de la Administración de alguna obligación esencial del contrato, la Administración contratante puede y debe adoptar las medidas necesarias para eliminar los obstáculos que impiden al contratista ejecutar alguna de las prestaciones pactadas. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 63/2011, de 17 de julio de 2012, al tratar sobre el incumplimiento de las obligaciones esenciales y del resto de obligaciones contractuales como causa de resolución de los contratos, características, requisitos y diferencias, resolvió: "De conformidad con lo dispuesto dentro de los artículos 223, f) y 224 del TRLCSP, para que una obligación prevista en el contrato tenga el carácter de esencial, son necesarios dos requisitos, el primero, que así se haya establecido de forma expresa y el segundo, que se haya hecho constar de esa forma en el pliego o en el contrato. Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no califique una obligación contractual como esencial, su incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolución potestativa por parte de la Administración Pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223 letra f) y 224 del TRLCSP, por exigir estos preceptos, en combinación con el artículo 67.2.p) del Reglamento General de la LCAAPP, la calificación expresa en el pliego o en el contrato como esenciales de aquellas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento

quiera calificarse como causa de resolución. La tipología de cláusula contractual que cualifica el incumplimiento de cualquier obligación como causa de resolución potestativa por parte de la Administración Pública no es admisible, debiendo el órgano de contratación hacer un uso moderado de la disposición legal recogida en el artículo 223 letra h) del TRLCSP, de manera que en el pliego y en el contrato deberá hacerse una enumeración precisa, clara e inequívoca de las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento lleve aparejada la sanción de la resolución potestativa y, además, deberá asegurarse de que las obligaciones que se enuncian sin ser esenciales son suficientemente relevantes, de acuerdo con la realidad del contrato, como para justificar la posible resolución del contrato, esto es, no son obligaciones sin trascendencia o nimias". El problema para acordarse la resolución se hace depender sin más del incumplimiento, manifestó la STS de 1 de octubre de 1999. Así, el problema se desplaza a determinar las características o el alcance que habrá de tener para que pueda justificarse la decisión resolutoria, debiendo afectar a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación. Obligación que debe ser esencial para acordarse la resolución; caso contrario, por aplicación del principio favorable al mantenimiento de la existencia del contrato, no será suficiente el incumplimiento de cualquier tipo de obligación[23].

El acuerdo de resolución por incumplimiento, pues, será viable si se trata de un verdadero y efectivo incumplimiento de obligaciones contractuales, "revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista" (STS de 22 de febrero de 2006). A lo que debe aplicarse, según STSJ de Madrid de 13 de junio de 2012, una interpretación restrictiva. Entre sus consideraciones, remarcó que la referencia del artículo 111 g) TRLCAP a las restantes obligaciones contractuales esenciales nos lleva a un "concepto jurídico indeterminado" que, para su apreciación, exige en cada caso concreto examinar si existe real incumplimiento y no únicamente demora, y si lo incumplido es una obligación esencial. Recordando, para delimitar la responsabilidad administrativa por incumplimientos a ella imputables, lo dicho en la STS de 15 de julio de 1988, siendo determinante acreditarse su voluntad de no ejecución de la obra, "dato que pondría en evidencia la relevancia 'carácter esencial' de su incumplimiento y, por ello, la posibilidad de que fuese acordada la resolución por

23. Tolosa Tribiño, C., *Contratación Administrativa*, DAPP, Pamplona, 2008, p. 302.

incumplimiento imputable a ella" (STSJ Castilla y León de 27 de mayo de 2005). Si bien, lo que deberá evitarse es fundamentar la resolución de un contrato en varias causas, especialmente cuando generen efectos distintos, situación que podría "provocar incongruencia en la motivación del acto administrativo por el que se acuerde la resolución del contrato"[24].

Recordar que, respecto a las órdenes de la Administración, es criterio jurisprudencial (SSTS de 31 de julio de 1989 y de 4 marzo de 1997) que la misma será directamente responsable cuando los daños o perjuicios sean achacables a su propia actividad técnica, aunque de la misma sea ejecutor material un tercero, si este se atiene a las instrucciones u órdenes de aquella. También el Consejo de Estado manifestó que "no empece la pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad de la Administración el hecho de que el servicio o actividad se haya prestado a través de contratista interpuesto, ya que el titular de la obra y comitente es siempre la Administración Pública, que en ningún momento deja de ejercer sobre ella sus potestades de asumir la responsabilidad de los daños que su ejecución pueda causar a terceros" (dictámenes de 18 de junio de 1970 y de 12 de marzo de 1992). Y ello sin perjuicio de saberse que siempre será precisa la acreditación de los extremos a indemnizar, pues nos recuerdan las SSTS de 11 de junio de 2002, 3 de febrero de 1989 y 15 de octubre de 1986 que es necesaria "la certeza del daño emergente y lucro cesante, al exigirse una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización […] ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios".

Finalmente, la Administración debe solucionar las vicisitudes surgidas durante la ejecución de un contrato a ella imputables, adoptando las medidas necesarias para facilitar la prestación del objeto del contrato. No obstante, también existe su derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como el derecho del contratista a exigir de la Administración contratante la indemnización que, en su caso, venga establecida en el pliego para el caso de incumplimiento por parte de la Administración de alguna de sus obligaciones, en una actuación que no puede perder de vista los principios generales de la contratación[25] consagrados en la normativa europea y nacional, y nacidos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

24. García-Trevijano Garnica, E., "La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público", *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 14, julio-diciembre 2010, p. 158.

25. Moreno Molina, J. A., "'Un mundo para Sara'. Una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada", *Revista de Administración Pública*, n.º 178, Madrid, enero-abril 2009, p. 210.

8
Bibliografía consultada

AA. VV., *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto Refundido de la Ley. (Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)*, 3.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2000.

Alonso Higuera, C., *Manual del Secretario. Tomo II*, Atelier, Barcelona, 2002.

Barrero Rodríguez, C., "La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", *Revista de Administración Pública*, n.º 176, Madrid, mayo-agosto 2008.

Blanquer Criado, D., *Derecho Administrativo. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Domingo Zaballos, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo. I*, 14.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

García Gómez de Mercado, F., "Contratos y concesiones de obras: La Ley 13/2003 reguladora del contrato de concesión de obras públicas", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 16, 2003.

García-Trevijano Garnica, E., "La extinción de los contratos administrativos por mutuo acuerdo", *Revista de Administración Pública*, n.º 127, Madrid, enero-abril 1992.

García-Trevijano Garnica, E., "La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público", *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 14, julio-diciembre 2010.

Gimeno Feliu, J. M.ª, "Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º Extra 10, 2008.

Gimeno Feliu, J. M.ª, "El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), n.º 22, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2010.

Gimeno Feliu, J. M.ª, "Los sujetos contratantes: alcance del concepto 'poder adjudicador'", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), Fundación Democracia y Gobierno Local, n.º 12, octubre de 2006.

Gimeno Feliu, J. M.ª, "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, n.º 58-59, febrero-marzo 2016.

Gutiérrez Colomina, V. (dir.), *Manual práctico de la Ley de Contratos del Sector Público. Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2009.

Horgué Baena, C., "La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos", *Revista de Administración Pública*, n.º 147, Madrid, septiembre-diciembre 1998.

Moreno Molina, J. A., "Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración", *Anuario del Gobierno Local 2011*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2012.

Moreno Molina, J. A., "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos", *Revista de Administración Pública*, n.º 151, Madrid, enero-abril 2000.

Moreno Molina, J. A., "Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de contratos del sector público", *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 45, 2008.

Moreno Molina, J. A., "'Un mundo para Sara'. Una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada", *Revista de Administración Pública*, n.º 178, Madrid, enero-abril 2009.

Moreno Molina, J. A. y Pleite Guadamillas, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2010.

Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2003.

Rodríguez-Arana Muñoz, J., "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (*AFDUDC*), n.º 12, 2008.

Rodríguez-Arana Muñoz, J., "Los principios del Derecho global de la contratación pública", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 66, 2011.

Saz, S. del, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, n.º 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007.

Tolosa Tribiño, C., *Contratación Administrativa*, DAPP, Pamplona, 2008.