



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 416/2023

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 20 de octubre de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de San Miguel de Abona en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato de obras para la realización de las obras del proyecto de Acondicionamiento de Playa San Salvador, T.M. San Miguel de Abona (EXP. 346/2023 CA)\**.

## FUNDAMENTOS

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de San Miguel de Abona, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obra pública denominado «*Acondicionamiento de Playa San Salvador T.M. San Miguel de Abona*», celebrado con la UTE (...).

2. La legitimación para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia del Consejo para la emisión del Dictamen se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.d) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 191.3, letra a), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), precepto que es de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución. También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado primero, LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor. Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP

---

\* Ponente: Sr. Suay Rincón.

(Disposición derogatoria LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), también de carácter básico.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde, de acuerdo con la disposición adicional segunda LCSP, en relación con lo dispuesto en el art. 22.2.f) de la Ley 5/1987 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, al Ayuntamiento Pleno como órgano de contratación. Sin embargo, mediante acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento, en sesión extraordinaria celebrada el día 6 de julio de 2023, se acordó delegar en la Junta de Gobierno Local las competencias atribuidas por la normativa de contratación al Pleno como órgano de contratación, todo ello únicamente en los acuerdos que decidan la aprobación del expediente, adjudicación, modificación, prórroga, resolución e interpretación.

## II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

- La Junta de Gobierno Local, en sesión de fecha 20 de noviembre de 2020, acordó aprobar el Proyecto denominado *«Acondicionamiento de Playa San Salvador T.M. San Miguel de Abona»*, firmado por los Ingenieros de Caminos Canales y Puertos (...) y (...) y (...), de la consultoría GIUR SL, cuyo presupuesto de ejecución por contrata asciende al importe de 2.603.334,35 € y un plazo de ejecución de dieciocho (18) meses (expte 563/2019).

- La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el día 6 de mayo de 2021, acordó aprobar el expediente de contratación de la obra comprendida en el Proyecto denominado *«Acondicionamiento de Playa San Salvador T.M. San Miguel de Abona»*, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, acordando la apertura del procedimiento de adjudicación.

- En sesión celebrada por la Junta de Gobierno Local el día 23 de julio de 2021, se acordó adjudicar al licitador UTE (...), el contrato de obras del Proyecto *«Acondicionamiento de Playa San Salvador T.M. San Miguel de Abona»*, por un importe total de 1.839.330,00€, de los cuales 1.719.000,00 € corresponden al precio neto del contrato y 120.330,00 € al IGIC (7%), y demás condiciones de su oferta relativas al equipo técnico para la obra y medidas medioambientales.

- Con fecha 12 de agosto de 2021 se formalizó el contrato administrativo de obra.

- El acta de comprobación de replanteo e inicio de la obra se firmó el día 18 de noviembre de 2021, en la que se deja constancia de que la firma en dicha fecha no es imputable a la UTE.

- Con fecha 4 de noviembre de 2022, la (...) (en adelante, (...)), presenta informe por el Director Facultativo de la obra, sobre antecedentes y estado actual de la obra Playa San Salvador.

- Con fecha 15 de noviembre de 2022, por el Arquitecto Técnico municipal (...), se emite informe n.º 2022-0720 en el que se manifiesta la procedencia de dar traslado a la entidad adjudicataria del informe de 4 noviembre de 2022 al que acaba de hacerse referencia.

- Mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2022 (registro de salida 2022 -S-RE-8110) se da traslado a la UTE (...) del informe comunicado con fecha 4 de noviembre de 2022 por la Dirección Facultativa, sobre antecedentes y estado actual de la obra de la Playa San Salvador.

- Con fecha 1 de diciembre de 2022, la UTE (...) presenta escrito de fecha 30 de noviembre de 2022, de contestación al informe de la Dirección Facultativa.

- Con fecha 1 de diciembre de 2022 (registro de entrada n.º 2022-E-RE-6160), la UTE (...) presenta escrito dirigido a la Dirección facultativa sobre las condiciones de seguridad de la obra.

- Con fecha 2 de diciembre de 2022 se traslada a la Dirección Facultativa el escrito presentado por la UTE (...), y con fecha 5 de enero de 2023 se recibe informe de la Dirección Facultativa.

- Con fecha 10 de enero de 2023 se traslada a la UTE (...) el informe emitido por la Dirección Facultativa.

- El día 14 de febrero de 2023 se recibe informe de la Dirección Facultativa.

- El día 9 de marzo de 2023 se recibe nuevo informe de la Dirección Facultativa.

- Con fecha 13 de abril de 2023 se emite informe por el Arquitecto Técnico municipal (...), técnico municipal gestor del contrato.

- Con fecha 3 de mayo de 2023, la representación de la UTE (...), presenta escrito de alegaciones.

- Con fecha 12 de mayo de 2023 se emite informe por la Técnico de Administración General del Área de Obras.

- Con fecha 15 de mayo de 2023 se emite nuevo informe por la Técnico de Administración General del Área de Obras, con la conformidad de la Secretaria General de la misma fecha.

- Por Decreto de la Alcaldía de fecha 15 de mayo de 2023, con núm. 2023-2147, se resolvió iniciar el procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato administrativo de obras del proyecto «ACONDICIONAMIENTO DE PLAYA SAN SALVADOR».

- La resolución anterior fue remitida a la UTE (...), el día 15 de mayo de 2023, junto con el informe emitido por la Dirección Facultativa de estado de la obra de fecha 13 de febrero de 2023 y el informe de la Coordinación de Seguridad y Salud de 6 de febrero de 2023, con entrada en este Ayuntamiento el día 14/02/2023. Esta resolución fue recibida por la UTE el día 15 de mayo de 2023.

- Con fecha 16 de mayo de 2023, se notifica la resolución de inicio de procedimiento a la entidad A(...), en calidad de asegurador y a la entidad bancaria Banco Sabadell, en calidad de avalista, recibándose la notificación por ambas entidades el día 17 de mayo de 2023.

- Con fecha 18 de mayo de 2023, la representación de la UTE (...), presenta escrito solicitando la remisión de informes previos al inicio del procedimiento de resolución, así como ampliación de plazo.

- Con fecha 19 de mayo de 2023 se emite informe por la Técnico de Administración General del Área de Obras, en relación con la ampliación de plazo, con propuesta de resolución de carácter favorable.

- Por Decreto de la Alcaldía n.º 2023-2255, de fecha 19 de mayo, se resuelve conceder a la UTE (...) (U16790859) una ampliación del plazo otorgado para el trámite de audiencia, de cinco días naturales más.

- Con fecha 19 de mayo de 2023 se notifica a la UTE la resolución de ampliación de plazo, que fue recibida el día 22 de mayo de 2023. Asimismo, mediante escrito de la Alcaldía de la misma fecha se traslada a la UTE los informes y documentos solicitados.

- Con fecha 30 de mayo de 2023, la representación de la UTE (...), presenta escrito de alegaciones de oposición.

- Con fecha 13 de junio de 2023 se remite a (...) en calidad de Dirección Facultativa de la obra copia del Decreto de inicio de procedimiento de resolución de

contrato de obra. Decreto de ampliación de plazo, oficio relativo a la documentación trasladada a la contratista y escrito de oposición presentado por la UTE (...) durante el trámite de audiencia, solicitando la emisión de informe técnico.

- Con fecha 19 de junio de 2023, se recibe escrito de (...) y con fecha 21 de junio se recibe nuevo escrito que sustituye al anterior, y en el que se señala que la resolución del contrato se acordará, en su caso, por el órgano de contratación conforme al procedimiento establecido, no siendo preceptiva la emisión de nuevo informe por parte de la Dirección Facultativa.

- Con fecha 26 de junio de 2023 se emite informe n.º 2023-0348 por el Arquitecto Técnico municipal (...), gestor del contrato, en el que se dejan consignadas las razones por las que, a juicio del técnico informante, no cabe acoger las alegaciones realizadas por la empresa contratista con vistas a la subsiguiente propuesta de resolución.

Si bien este documento se incorpora al expediente con posterioridad al trámite de audiencia, en la medida en que se limita dicho informe a dar réplica a tales alegaciones, no ha de ser objetada por este Consejo Consultivo esta práctica, por otra parte, usual en el ámbito de la contratación administrativa.

Con arreglo a nuestra propia doctrina, en efecto, solo cabe sostener la realización de una nueva audiencia, en cumplimiento de las previsiones contenidas en la normativa estatal sobre procedimiento administrativo común (art. 82.4 LPACAP), cuando la Administración fundamenta su propuesta de resolución sobre «hechos» nuevos (esto es, desconocidos hasta entonces por el contratista) o nuevas «alegaciones» (sin que tengan dicho carácter las empleadas por la Administración para combatir las del contratista), hechos o alegaciones nuevas (no es propiamente a «documentos» a lo que se refiere el art. 82.4) que en todo caso habrán de venir adecuada y debidamente identificados.

Podría convertirse en una espiral interminable de réplicas y contrarréplicas si tuviera que procederse siempre a la concesión de dicho trámite, para poder así rebatir las razones que Administración y contratista esgrimen de forma sucesiva en defensa de sus respectivos planteamientos.

- La Propuesta de Resolución estima procedente resolver el contrato administrativo de obras del proyecto «ACONDICIONAMIENTO DE PLAYA SAN SALVADOR», suscrito con la UTE (...) (U16790859), al amparo de lo dispuesto en los

arts. 211 y 190 LCSP, por concurrir la causa de resolución del contrato prevista en el art. 211.1 letra d) LCSP, demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, a la vista de los informes emitidos por la Dirección Facultativa y el gestor del contrato, así como proceder a la incautación de la garantía en virtud de lo previsto en el art. 213.3 en relación con la causa de resolución concurrente.

### III

Cabe señalar, ante todo, que en este caso se da una acumulación de causas de resolución, puesto que la empresa contratista en su escrito de alegaciones, entre los diversos argumentos que opone en contra de la causa de resolución que la Administración trata de hacer valer, invoca la concurrencia en el caso de una causa de resolución diferente.

1. Como causa de resolución, en efecto, la UTE alega en primer término en su escrito de alegaciones la demora en la comprobación del replanteo imputable a la Administración.

Cierto es que el acta de replanteo se firmó en fecha 18 de noviembre de 2021, más de un mes después de la adjudicación del contrato.

Sin embargo, la contrata no alega esta causa de resolución sino cuando ya está iniciado el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento de plazo.

Así, esta demora se consideró justificada por la Administración, dado que hubo que esperar a la concesión de una prórroga en la autorización de Costas, prórroga que fue concedida en Resolución del Servicio Provincial de Costas, de fecha 19 de octubre de 2021.

Además, la entidad adjudicataria de las obras firmó el acta de replanteo, junto con los demás intervinientes en la misma, sin presentar objeción alguna, por lo que es obvio que la citada UTE también estimaba en ese momento que el retraso se debía a una causa justificada, la ya citada de necesidad de prórroga en una autorización sectorial preceptiva. De hecho, la obra comenzó y se emitieron certificaciones de la misma.

La UTE no instó en momento alguno la resolución por tal motivo. De hecho, el Ayuntamiento instó a todas las partes y les dio a conocer su intención de ejecutar las obras adjudicadas, sin que alguna de ellas instara o solicitara la resolución del contrato suscrito.

La UTE no puede ahora ir en contra de sus propios actos.

De acuerdo con lo anterior, este Consejo entiende justificada la demora en la comprobación del replanteo imputable a la Administración. En efecto, acreditada la realidad de los hechos según el relato expuesto, es de aplicación la teoría de los actos propios.

En este caso, es patente que la contrata ha generado en la Administración una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido (entender justificada, al firmar el replanteo e iniciar las obras, la concurrencia de circunstancias que provocan la demora en la formalización del replanteo), por lo que no puede, una vez pasado firmado el replanteo e iniciadas las obras, invocar tal hecho como causa de resolución contractual imputable a la Administración.

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

2. También alega la UTE que la Administración incurrió en una demora superior a cuatro meses en la expedición de las oportunas certificaciones mensuales de obra de los meses de marzo y siguientes de 2022. Este hecho supuso que la UTE solicitara, en fecha de 30 de noviembre de 2022, la suspensión del cumplimiento del contrato al amparo del art. 198.5 LCSP, sin que obtuviera respuesta por parte de la Administración.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, de acuerdo con los informes redactados por la Dirección Facultativa en fecha 2 de enero y 13 de febrero de 2023, se tramitaron en tiempo y forma las certificaciones hasta el mes de abril de 2022 (el acta de replanteo se firmó en fecha 18 de noviembre de 2021), con los datos de mediciones facilitados por la UTE. A partir de ese momento, como ya se mencionó en el informe de la Dirección Facultativa de noviembre de 2022, se dejó de facilitar información de mediciones por parte de la UTE por lo que, ante la ausencia de topógrafo en la obra, se procedió, por parte de la Dirección Facultativa, a realizar la medición del movimiento de tierras mediante GPS, comparando las cotas del estado actual con los perfiles de proyecto, tanto de lo realizado como de lo pendiente, perfiles que se adjuntaron como Anexo IV en el informe de noviembre de 2022, al objeto de poder certificar la obra ejecutada.

Sin que la interesada refute esas afirmaciones, es a partir de esa información cuando se remitieron al Administrativo de la UTE por correo electrónico, con fecha 24 de noviembre de 2022, las certificaciones de obra de los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2022, elaboradas y firmadas por la Dirección

Facultativa, para su firma y remisión al Ayuntamiento por parte de la UTE, remisión que hasta la fecha no consta que se haya realizado.

Pero, en cualquier caso, para que se diera esa causa de suspensión del contrato, hubiese sido necesario que la contrata presentara las facturas correspondientes a esos meses, cosa que nunca hizo, y además comunicar con la antelación de un mes que suspende el cumplimiento del contrato, tal como prescribe el art. 198 LCSP.

Tal comunicación de la suspensión del cumplimiento del contrato nunca se realizó.

En definitiva, no puede considerarse que se haya suspendido la ejecución del contrato.

3. En la tercera de sus alegaciones (y también en la cuarta) la UTE rechaza la concurrencia de la causa de resolución regulada en el art. 211.1.d) LCSP.

La UTE, concretamente, en consonancia con su escrito presentado el 1 de diciembre de 2022, afirma a este respecto que de la Memoria del Proyecto se concluye que:

- La arena utilizada para el acondicionamiento y regeneración de la playa se obtendrá del cribado y machaqueo de bolos de la playa y material pétreo.

- El contratista debía excavar y retirar los rellenos existentes (estimados en 32.490m<sup>3</sup>) situados entre la cota +3 y -2, previendo la reutilización de la parte pedregosa del mismo.

-De los 99.336 m<sup>3</sup> de residuos que se generaran de la excavación y desbroce, 69.705 m<sup>3</sup> de material rocoso obtenido de la excavación se reutilizaría para obtener arena mediante machaqueo y rellenos granulares.

De este modo, en la Memoria se regulaba que la mayor parte (un 70%) del material rocoso obtenido en la excavación podría reutilizarse para obtener arena destinada al acondicionamiento de la playa, lo que supondría un importante ahorro de costes para el contratista -lo que fue tenido en cuenta por la UTE a la hora de formular su oferta-.

Sin embargo, una vez que la UTE tuvo acceso a la playa pudo comprobar que la realidad geológica de la playa no permitía reutilizar la mayor parte del material rocoso obtenido de la excavación para el acondicionamiento de la playa, derivándole un daño directo por el incremento de costes inicialmente no previsto.



Estas consideraciones fueron ya refutadas por la Dirección Facultativa en su informe emitido en fecha 2 de enero de 2023, donde explica que *«los materiales naturales a reutilizar en la playa proceden de la operación de cribado, que consiste en separar mecánicamente, sin transformar, parte de los componentes de los materiales obtenidos de la excavación. Las unidades contempladas en proyecto son:*

*- D37A0023 m3 arena cribada de playa, i/acopio, cargas, transportes y extendido. (...)*

*No existe, en principio, impedimento alguno para la ejecución de estas unidades de obra que haya sido manifestado por el contratista, ni observada por la Dirección Facultativa.*

*Esta “arena cribada de playa” es evidentemente un material natural en el sentido del art. 161 RGLCAP. No es un material natural, sin embargo, el contemplado en la unidad “Arena de machaqueo”, que es obtenido a partir de un proceso industrial de transformación en una instalación de este carácter:*

*- D37A0020 m3 arena de machaqueo, y acopio, cargas, transporte, extendido. (...)*

*Esta unidad de obra contemplada en los documentos que integran el Presupuesto del proyecto es, como puede observarse, completamente independiente del origen de la materia prima, lo que impide que pueda ser relacionada con el contenido del art. 161 RGLCAP.*

*Tanto la Memoria del proyecto como su Presupuesto asumen que una parte de los materiales obtenidos de la excavación vayan a ser empleados como materia prima en el proceso industrial de producción del material de la unidad de obra “Arena de machaqueo” y otra parte enviada a vertedero. Y así, las unidades de excavación son las siguientes:*

*- D02B0041 m3 excavación hasta cota +3, cargas, transportes y descargas.*

*- D02B0049 m3 excavación entre cota +3 y -2, cargas, transportes y descargas. (...)*

*La suma de estas dos unidades arroja un volumen de material total producto de las excavaciones de 66.420,92 m<sup>3</sup>.*

*Efectivamente, hay una discordancia entre este dato y el contenido en el Anejo 7 de la Memoria, como manifiesta el contratista, sin embargo, no solo debe darse prevalencia en caso de discrepancia a los datos contenidos en los Planos y Presupuesto sobre los contemplados en el Anejo 7 de residuos de la Memoria, dado el mayor nivel de precisión y concreción de estos documentos en relación con la definición y medición real de las unidades de obra que componen el proyecto, sino también porque resulta difícil de entender que este dato del anejo de residuos haya podido inducir a error al contratista, de manera que haya ofertado la obra contemplando un volumen de excavaciones de 77.811,20 m<sup>3</sup> (99.336,72 Tm), en contra de lo especificado en los Planos y Presupuesto.*

*Como se dijo, la Memoria establece que la parte del material de la excavación que resulte apto sea empleado como materia prima en la unidad “Arena de machaqueo”, por*

razones estéticas y medioambientales, asumiendo, sin embargo, que de los 66.420,92 m<sup>3</sup> de material de excavación y los 2.725,00 m<sup>3</sup> de material de desbroce, sean retirados a vertedero un total de 37.755,00 m<sup>3</sup>, tal y como contempla la unidad D37B0021. (...)

Ello abunda en la independencia de la unidad "Arena de machaqueo", del origen de la materia prima empleada, pues sin perjuicio de que se establezca que el material apto de la excavación sea utilizado para producir esta arena, es claro que no toda la materia prima necesaria para la producción de los 43.785,32 m<sup>3</sup> de "Arena de machaqueo" pueden proceder de las unidades de excavación y desbroce que contempla el proyecto, pues suman -restado el volumen a enviar a vertedero- un total de 31.390,92 m<sup>3</sup> de materia prima que podría ser empleada en la producción de arena, volumen evidentemente muy por debajo del necesario para alcanzar esa producción.

Las unidades de excavación (66.420,92 m<sup>3</sup> de material) incluyen indistintamente el transporte del material, ya sea para su reutilización, o para su gestión como residuo, mientras que la unidad de "Arena de machaqueo" contempla los costes de producción, transporte y puesta en obra, se insiste, con independencia de la procedencia de la materia prima, por lo que no existe base técnica para alterar esta unidad de proyecto por presunta imposibilidad de utilizar como materia prima el material procedente de las excavaciones».

Concluye por virtud de cuanto antecede el citado informe: «En definitiva, una cosa es que la Memoria procure que, en lo posible, el material procedente de la excavación de la playa que pueda resultar apto sea empleado en el proceso industrial de producción de la arena por razones de homogeneidad con el material natural del entorno y un menor impacto ambiental de la intervención y otra bien distinta es que la unidad "Arena de machaqueo" se haya previsto considerando de alguna manera el origen de la materia prima, lo que no es así. El proyecto asume así, como se ha comprobado, que la materia prima empleada para la unidad "Arena de machaqueo" tenga necesariamente distintos orígenes, sin perjuicio de lo cual, mandata a que el material apto extraído de la playa sea empleado para la producción de arena por las razones antedichas, no entendiéndose que el volumen concreto de material que finalmente pueda ser empleado a estos fines pueda tener incidencia alguna sobre la unidad "Arena de machaqueo"».

No deja de ser significativo, por lo demás, el dato de que el contratista no alega en el trámite de audiencia, como sí hizo en anteriores ocasiones, la concurrencia de la causa de resolución contenida en el art. 211.1.g) LCSP: «La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido».

Cabe deducir de ello, fundadamente, que las razones dadas por la Dirección Facultativa sobre el particular han hecho desistir a la contrata de invocar esa causa de resolución contractual, ya que ni impiden ejecutar las obras, ni suponen causas no previstas que provoquen un desequilibrio económico entre las partes.

## IV

En relación con el desarrollo argumentativo sobre el que la Administración fundamenta la causa de resolución contractual que invoca, procede tener presentes, ante todo, las consideraciones que como punto de partida a continuación se efectúan:

1. El principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el art. 1091 del Código civil, y sobre la segunda se han ido pronunciando en el sentido expuesto las distintas normas que se han venido sucediendo en materia de contratación público, en la actualidad, así resulta del art. 188 LCSP y, con más claridad todavía, del art. 189 LCSP (*«Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas»*).

2. Por otra parte, ha de señalarse que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (art. 197 LCSP: *«La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239»*). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

3. Importa asimismo resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración -*«ius variandi»* o *«factum principis»*, o por hechos que se

consideran extra muros del normal «*alea*» del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible-. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de «*ius variandi*», «*factum principis*», y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

4. Y, en fin, ya por último, debe indicarse que más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2012 (RC 2105/08) entiende que una posición de partida centrada en deficiencias sustanciales del proyecto de obras, que motiva desde el principio de su puesta en ejecución sucesivas variaciones y adaptaciones que desembocan en el correspondiente modificado, tras provocar importantes dilaciones, no es convincente, porque, en el momento de la licitación no se cuestionó el proyecto, se aceptó sin reservas, y con base en tal proyecto la contratista formuló su proposición, partiendo de que era realizable, logrando así la adjudicación y suscribiendo el contrato, de suerte que «*no es jurídicamente correcto que con posterioridad al contrato se parta de las deficiencias de lo que se admitió, como base para una pretensión de indemnización*»; y sigue diciendo esta sentencia: «*si el proyecto adolecía de deficiencias que lo hacían irrealizable, lo lógico hubiera sido no suscribir el contrato o que, si éstas se manifestasen después, que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 111 c) y 112 del R.D. Leg. 2/000, la contratista hubiera instado su resolución, con las eventuales consecuencias derivadas de ella, y no mantenerse en el marco de la plena eficacia del contrato, y dentro de ella imputar a la Administración incumplimientos, para basar en ellos la pretendida indemnización*».

Así las cosas, este Consejo Consultivo coincide con la Propuesta de Resolución en que no es jurídicamente correcto que, con posterioridad a la licitación de un proyecto, tras la presentación de una oferta asumiendo en su integridad el proyecto sin alegación alguna respecto a supuestas deficiencias en el mismo, y tras resultar adjudicatario sin manifestación alguna respecto a que el proyecto resulta inejecutable, se vengán ahora, en trance de la resolución de un contrato impulsada por la Administración, a invocar unas deficiencias que no fueron alegadas en su

debido momento. La doctrina transcrita resulta plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa.

## V

1. La concreta causa de resolución que motiva la incoación de procedimiento de resolución de contrato, y que se invoca por la Propuesta de Resolución, es la prevista en el art. 211.1.d) LCSP, esto es, demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, y en todo caso, el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas pues ha quedado acreditado que existe una importante demora no justificada e imputable al contratista.

Así lo señalan distintos informes obrantes en el expediente. Como dice el informe técnico de fecha 26 de junio de 2023:

*«No consta en algún apartado de las alegaciones presentadas, algún dato o justificación de que no se haya producido una demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista (artículo 211.1.d de la LCSP). Por ello, se supone que la demora temporal en el cumplimiento de los plazos de las obras es real y asumida como tal por la UTE. La UTE, en cuanto a lo anterior, solo pretende conseguir que se acepte su afirmación de que la demora en los plazos de ejecución de las obras es imputable a la administración municipal, basándose en determinadas circunstancias de tipo técnico, circunstancias que se consideran desmontadas a partir de los datos de los informes redactados por la DF. (...) Por ello, se sigue estimando que existe una demora comprobada en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, extremo definido en el artículo 211 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, dado que, en todo caso, el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas».*

2. Tiene declarado este Consejo Consultivo, entre otros, en el reciente Dictamen 288/2023, de 29 de junio, que *«los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la administración (art. 212.3 TRLCSP -actual art. 193.2 LCAP-), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento faculta a la administración bien para imponer penalidades al contratista, bien para resolver el contrato (art. 212.4 TRLCSP -mismo*

art. 193 LCSP-). Por ello, el art. 223.d) TRLCSP tipifica como causa de resolución la demora en el “cumplimiento del plazo”».

Tanto la LCSP como los pliegos atribuyen a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución bien por la imposición de esas penalidades; pero, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2000, «la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias», habiendo declarado la sentencia de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación».

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

«2. El objeto del contrato de obras es la realización de una obra, la cual se define como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble (art. 6 LCSP). El contrato de obras es, por tanto, un contrato de resultado por el cual el contratista se obliga a realizar una obra determinada por un precio alzado; además es de resultado total, porque su objeto es la ejecución de una obra completamente terminada, puesto que debe ser apta para cumplir por sí misma la función para la cual fue proyectada. Su objeto no es la actividad de construcción necesaria para realizar la prestación que debe el contratista, sino el resultado de esa actividad, una obra terminada conforme a su proyecto. Esta naturaleza de contrato de resultado comporta la indivisibilidad jurídica del mismo y de la obra que tiene por objeto, como así resulta del art. 205 LCSP que dispone que el contrato sólo se cumple por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. Esto significa que no puede ser cumplido por el contratista de forma parcial y sucesiva mediante la ejecución de las distintas fases del proceso constructivo, ni la Administración queda obligada al pago hasta que no se le entregue la obra completamente terminada, tal como resulta del art. 215 LCSP que establece que los abonos al contratista por las operaciones preparatorias y por las certificaciones de la obra ejecutada mensualmente tienen la naturaleza de pagos a cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, por lo que en ningún caso suponen la aprobación y recepción de las obras parciales que comprenden. Únicamente después de que el contratista cuando éste haya ejecutado, a satisfacción de la Administración, la totalidad de la obra con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al

*contrato, lo cual se constata por el acto formal y positivo de recepción o conformidad, cuya fecha de realización representa el dies a quo tanto del plazo de tres meses para aprobar la certificación final de las obras y abonarla al contratista a cuenta de la liquidación del contrato, como del plazo de garantía a cuyo término, si el estado de las obras es el adecuado, surge su derecho a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes que deberá efectuarse en el plazo de sesenta días (art. 218 LCSP). (...)*

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

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

3. En el presente caso, este Consejo Consultivo entiende que está acreditado que las obras se encontraban paralizadas desde el mes de julio de 2022 (circunstancia no negada por el contratista), no estando justificada dicha paralización. Tal circunstancia pone de manifiesto que el contratista abandonó de forma unilateral las obras, paralizando los trabajos sin causa que justificara dicha actuación, por lo que se está afectando a la prestación principal del contrato, que es la realización de la obra.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato procede en los supuestos en que sea

patente *«una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos»*.

Después de haber tenido conocimiento de los informes de la Dirección Facultativa, la contratista no ha realizado actuación alguna para la reanudación de las obras, limitándose a contestar los escritos solicitando un modificación de contrato, al que ya el Director Facultativo había manifestado su disconformidad por no darse las causas para ello y a solicitar la resolución del contrato por diferentes causas.

El incumplimiento se deduce de la escasísima obra ejecutada hasta el momento, y reviste la suficiente entidad y gravedad como para considerar la resolución contractual. En los informes técnicos se acredita el porcentaje exacto de obra ejecutado, señalando: *«En su conjunto la obra acreditada por esta DF hasta el 31 de enero de 2023 suma un importe de 241.574,67€, que respecto al importe total de la obra adjudicada 1.839.330,00€ representa un 13,13% de obra ejecutada»*. Ello supone que se ha certificado/ejecutado obras correspondientes al primer trimestre desde el comienzo de las mismas, lo que conlleva un retraso de once meses, un retraso muy superior al tercio del plazo de duración del contrato.

Por tanto, hechos constatados en el expediente revelan que no se trata de *«un simple retraso»*, sino de un verdadero incumplimiento. En este caso las obras no solo están sin finalizar sino que además han sido abandonadas por la contratista.

Ciertamente, nos encontramos con el incumplimiento de una de las obligaciones esenciales del contrato, que es el plazo, por lo que se incurre en la causa del art. 211.1 d) LCSP. Así se deriva de la propia naturaleza de las obras, que son como se ha dicho, de reforma y acondicionamiento de la playa de San Salvador.

Así, este Consejo considera que la Propuesta de Resolución resulta conforme a Derecho, pues procede la resolución del contrato por incumplimiento del plazo de ejecución de la obra por causa imputable exclusivamente al contratista, de acuerdo con los hechos expuestos

4. En cuanto a los efectos anudados a la resolución, se encuentran previstos en los arts. 213 y 246 LCSP: Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o



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

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1989, 14 de julio de 1986 y 12 de marzo de 1992 se pronuncian en el sentido de que *«el contrato de obras es típicamente un contrato de resultado. De ahí que tanto la Ley como el Reglamento, al desarrollar la ejecución de este contrato, hagan hincapié en los preceptos mencionados para resaltar la obligación del contratista de cumplir tanto los plazos parciales fijados para la ejecución sucesiva, como el general o final para su total realización. Ítem más, para la constitución en mora del contratista no se requiere interpelación o intimación previa por parte de la Administración; hasta tal punto que una racional presunción de incumplimiento del plazo final, deducido de la conducta del contratista en el desarrollo de la obra, permite a la Administración optar por la resolución del contrato»*.

El Consejo de Estado en su Dictamen 912/1997, de 27 de febrero señala: *«el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica ipso iure la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial»*.

No obstante, se exige que el incumplimiento del licitador sea *«grave»* y de naturaleza *«sustancial»* (entre ellas, Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2000), no bastando cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Así también la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de octubre de 1999, señala que a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato y se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de la prestación de modo que se haya producido un hecho obstaculizador al fin normal del contrato, frustrante de las legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido por el contrato:

*«La lectura de los arts. 65 del RCCL y 75 de la LCE pone de manifiesto que la facultad de resolución contractual se hace depender sin más del incumplimiento. Con lo cual el problema se desplaza a determinar las características o el alcance que habrá de tener para que pueda justificar la decisión resolutoria.*

*Y sobre ello procede ya declarar que, a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación».*

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

En el caso que nos ocupa, la Administración no ha entrado a valorar si existen daños y perjuicios cuyo valor exceda de la garantía, por lo que tal circunstancia en su caso se deberá sustanciar en un procedimiento autónomo y contradictorio.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que resuelve el contrato administrativo de obras del proyecto «ACONDICIONAMIENTO DE PLAYA SAN SALVADOR», por concurrir en la causa de resolución del contrato prevista en el art. 211.1.d) LCSP, incumplimiento de la obligación principal del contrato, así como proceder a la incautación de la garantía en virtud de lo previsto en el art. 213.3 LCSP, es conforme a Derecho.