



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 5 7 / 2 0 2 3

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 9 de noviembre de 2023.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Adeje en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras que tiene por objeto la repavimentación de las avenidas (...) y (...), adjudicado a la entidad (...), por incumplimiento de su obligación principal (EXP. 430/2023 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento de Adeje, es la Propuesta de Acuerdo para la resolución del contrato administrativo de obra que tiene por objeto la repavimentación de las Avenidas de (...) y (...), adjudicado a la entidad (...), por incumplimiento de su obligación principal.

2. La legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para la emisión del Dictamen se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D).c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el 191.3, letra a), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), y el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP), preceptos que son de aplicación, de acuerdo con lo establecido en el apartado segundo de la Disposición transitoria primera en relación con la Disposición final decimosexta de la citada LCSP, al señalar que « (...) será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista». Circunstancias estas que concurren en el presente procedimiento administrativo - incluida la oposición del contratista-.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor, y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la 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. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable, se han de efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

3.1. Respecto a la regulación del contrato es oportuno traer a colación lo ya indicado por este Consejo Consultivo, entre otros, en sus Dictámenes 233/2019, de 20 de junio, 391/2019, de 7 de noviembre o 320/2020, de 30 de julio, que distingue el régimen sustantivo aplicable al contrato del régimen procedimental aplicable a la resolución del contrato.

Así, en cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato de obra denominado «*Repavimentación de las Avenidas de (...) y (...)*» el 18 de noviembre de 2021, resulta de aplicación la LCSP (Disposición Transitoria primera.2 en relación con la Disposición final decimosexta LCSP).

Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según dispone el art. 25 LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -actualmente, y a falta de tal desarrollo reglamentario, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

3.2. Respecto al Derecho procedimental aplicable se ha de señalar que:

3.2.1. Las normas de procedimiento aplicables serán las vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato. Este

criterio se sustenta en lo establecido en la Disposición transitoria tercera LPACAP (*«a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior»*), norma de aplicación subsidiaria a los procedimientos en materia de contratación, según establece el apartado primero de la Disposición final cuarta LCSP.

3.2.2. A la vista de lo anteriormente expuesto, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 6 de septiembre de 2023, esto es, bajo la vigencia de la LCSP, es por lo que procede acudir, en primer lugar, a su art. 191.3, relativo al *«procedimiento de ejercicio»* de las prerrogativas de la Administración Pública en materia de contratación.

En dicho precepto se establecen como trámites preceptivos la audiencia al contratista (art. 191.1) y, cuando se formule oposición por parte de éste, el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva [art. 191.3, letra a)].

Además, en el ámbito local, se preceptúa como necesario el informe jurídico del Secretario de la Corporación o, en su caso, a la asesoría jurídica de la Corporación, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Tercera, apartado 8, LCSP.

Por su parte, el art. 112.2 LCSP establece que *«El avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común»* y el art. 109.1, apartado b) RGLCAP, prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía depositada.

4. La competencia para resolver el presente expediente de modificación 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, y el Decreto n.º ALC/428/2019, de 3 de septiembre, del Sr. Alcalde (publicado en el BOP núm. 110 de 11 de septiembre de 2019), es el Pleno de la Corporación a propuesta del Concejal del Área de Buen Gobierno.

5. Este Consejo Consultivo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el presente procedimiento en el Dictamen 511/2022, de 29 de diciembre, en el que concluimos que, habida cuenta del transcurso del plazo máximo de tres meses para

su resolución -previsto en el art. 21.3 LPACAP-, correspondía declarar la caducidad el procedimiento de resolución del contrato y procederse al archivo de las actuaciones, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento con idéntica pretensión.

6. Iniciado un nuevo procedimiento el 6 de septiembre de 2023, el plazo de resolución (y caducidad) de estos procedimientos es de ocho meses -desde el 1 de enero de 2023-, de acuerdo con la Ley 7/2022, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2023, cuya Disposición adicional sexagésimo segunda que lleva por rúbrica *«Procedimientos de resolución contractual en materia de contratación pública»*, establece que *«Los procedimientos de resolución contractual que se tramiten en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, incluidas sus entidades locales, y estén incluidos en el ámbito de aplicación de la legislación estatal de contratos del sector público, deberán ser instruidos, resueltos y notificados, en el plazo máximo de ocho meses. La falta de resolución expresa en el plazo indicado conllevará la caducidad y el archivo de las actuaciones»*, por lo tanto el presente expediente administrativo de resolución contractual no se encuentra caducado.

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

II

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

- Con fecha 3 de agosto de 2021, se emitió informe de necesidad por la Concejal del Área, en el que se instó la tramitación de una contratación con las siguientes características:

Objeto del contrato: «REPAVIMENTACIÓN DE LAS (...) Y (...)»

Régimen Jurídico del contrato: Administrativo

Calificación del contrato: Contrato de Obras

Procedimiento: Abierto

Tramitación: Ordinaria

Código CPV: 45233200-1 Trabajos diversos de pavimentación.

Valor estimado del contrato: 228.596,51 €

IGIC 7 %: 16.001,76 €

Base de Licitación: 244.598,27 €

Duración: 2 mes(es)

- Según dicho informe, la citada contratación se justifica en que las calles en cuestión son arterias principales de Costa Adeje, siendo una calle semi peatonal, en la cual, por el paso de los años se ha deteriorado el adoquinado de la calzada. Por tal motivo se ha previsto la demolición del pavimento y repavimentar la calzada y el pintado de la señalización horizontal.

- Por Decreto número BGN/5462/2021, de 3 de septiembre de 2021, de la Concejalía del Área de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Adeje, se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares que debían regir la adjudicación y ejecución del contrato.

- Con fecha 6 de septiembre de 2021, se publicó el anuncio en la Plataforma de Vortal y en la Plataforma de Contratación del Estado.

- Por Decreto número BGN/6784/2021, de 18 de noviembre de 2021, de la Concejalía del Área de Buen Gobierno se adjudicó el contrato administrativo de obras que tiene por objeto la repavimentación de las (...) y (...), a la entidad (...).

- Con fecha 29 de noviembre de 2021 se firmó el correspondiente Contrato, con una duración prevista de dos meses a partir del día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo, lo que tuvo lugar en fecha 3 de febrero de 2022.

- Consta en el expediente carta de pago, mediante fianza no presupuestaria, constituida en fecha 16 de noviembre de 2021, y que asciende al importe de 9.112,32 euros.

- Con fecha 1 de abril de 2022, se recibió escrito suscrito por la entidad (...), en el cual se expone que como consecuencia de una serie de cuestiones técnicas y de otras cuestiones que afectan actualmente al país tal como la pandemia del COVID-19 y la huelga de transportistas, es por lo que se solicita ampliación del plazo de la obra hasta el 3 de julio de 2022.

- Por Decreto número BGN/1986/2022, de 7 de abril de 2022, de la Concejalía del Área de Buen Gobierno del Ayuntamiento de Adeje, se amplió el plazo de

ejecución del contrato administrativo de obras que nos ocupa hasta el 3 de julio de 2022.

- Con fecha 29 de junio de 2022 se recibió escrito por parte de la empresa contratista en el que solicitaba la resolución del contrato de obra de repavimentación de las avenidas de (...) y (...), y a su vez solicitaba el abono de los materiales pendientes de liquidar hasta la fecha.

- Con fecha 30 de junio de 2022 el Concejal del Área de Buen Gobierno emite Providencia, que considera de inicio del procedimiento de resolución contractual, en la que, además, dispone se recabe informe del Arquitecto Técnico Municipal en relación a lo solicitado por el contratista en su escrito.

- Consta en el expediente informe de fecha 4 de agosto de 2022, emitido por el Arquitecto Técnico, en el que se señala:

« (...) Teniendo en cuenta la baja ofertada por el contratista, y el incremento de los precios de la materia prima, principalmente del petróleo, y por consiguiente del aglomerado asfáltico, el cual ha subido más de un 30% desde la fecha de publicación de la oferta pública, y teniendo en cuenta que el 70% de la obra contempla la repavimentación de la vía, se estima que hay circunstancias sobrevenidas, y que el contratista no puede cumplir con el contrato.

La única certificación existente corresponde a los materiales adquiridos por el contratista y que están depositados en las naves municipales, aceptados a precio de mercado y sin beneficio industrial y por consiguiente sin baja, lo que supone, según descripción de la certificación 01, un importe de 44.706,14 más IGIC, teniendo un importe según factura del GEMA con Código 12022002892 y número 2022-079.

Visto lo ajustado de los precios de mercado ofertados por el contratista y atendiendo al incremento de estos desde la fecha de adjudicación, es comprensible que la empresa adjudicataria se vea incapacitada para continuar con la ejecución de la obra. Además, dicho contrato no está considerado dentro de las medidas de revisión excepcional de los contratos públicos de obras afectados por la subida de precios de los materiales, por lo que no cabría una revisión de precios.

Por consiguiente, y considerando el parón de los trabajos contratados, se estima que los más conveniente para esta administración sería desbloquear la situación con objeto de poder licitar un nuevo contrato lo antes posible a fin de continuar con los trabajos de REPAVIMENTACIÓN DE LAS (...) Y (...) La otra posibilidad sería dejar la obra pendiente hasta que se establezca la situación mundial y el mercado, esperando que bajen los precios del petróleo, pero según los economistas no se prevé un cambio de tendencia a corto-medio plazo».

- Con fecha 30 de septiembre de 2022, se dio trámite de audiencia al contratista, por un plazo de 10 días naturales, a los efectos de que pudiera alegar lo que estimara pertinente sobre la posible resolución del contrato por incumplimiento, con incautación de la garantía definitiva.

- En las alegaciones presentadas por el contratista, solicita expresamente lo siguiente:

«Que se formalice la resolución del contrato de mutuo acuerdo entre la administración y el contratista, concretando la no precedencia de ningún tipo de reclamación entre las partes y ordenando la devolución de la garantía constituida en su día, teniendo, en otro caso, a esta parte por opuesta o no conforme a una resolución por causa de un supuesto incumplimiento imputable a mi representada».

- Consta que se ha emitido informe jurídico sobre legalidad y procedimiento en materia de contratación, así como por parte de la Intervención Municipal de Fondos y del Secretario de la Corporación.

- La Propuesta de Resolución acuerda resolver, por incumplimiento de su obligación principal, el contrato administrativo de obra que tiene por objeto la *«Repavimentación de las (...) y (...)»*, que fue adjudicado a la entidad (...), así como incautar la garantía definitiva prestada por el adjudicatario del referido contrato, mediante fianza no presupuestaria, constituida en fecha 16 de noviembre de 2021, y que asciende al importe de 9.112,32 euros.

- Con fecha 29 de diciembre de 2022 se emite nuestro Dictamen 511/2022, en el que se declara la caducidad del procedimiento de resolución contractual, por lo que procedía el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de poder incoar un nuevo procedimiento de resolución contractual, conservando, por aplicación del principio de economía, los actos que se estimen necesarios que, en su caso, deberán ser incorporados por una diligencia al nuevo expediente administrativo que se incoe, siendo indispensable que una vez concluido se otorgue nueva audiencia al contratista y, en su caso, al avalista, una vez concluida la instrucción.

- Por Providencia de fecha 6 de septiembre de 2023, del Concejal del Área de Buen Gobierno, Hacienda e Innovación, se acuerda iniciar de nuevo el procedimiento tendente a la resolución del contrato administrativo de obras de referencia, por incumplimiento de su obligación principal; conservar el informe técnico de fecha 4

de agosto de 2022, emitido por el Arquitecto Técnico Municipal; y dar trámite de audiencia a la entidad (...).

- Con fecha 7 de septiembre de 2023 se dio trámite de audiencia a la entidad interesada, quien formuló alegaciones en las que solicitaba:

«Que se formalice la resolución del contrato de mutuo acuerdo entre la administración y el contratista, concretando la no precedencia de ningún tipo de reclamación entre las partes y ordenando la devolución de la garantía constituida en su día, teniendo, en otro caso, a esta parte por opuesta o no conforme a una resolución por causa de un supuesto incumplimiento imputable a mi representada».

- Consta que se ha emitido informe jurídico sobre legalidad y procedimiento en materia de contratación, así como por parte de la Intervención Municipal de Fondos y del Secretario de la Corporación.

- Finalmente, la nueva Propuesta de Resolución resuelve, por incumplimiento de su obligación principal, el contrato administrativo de obra que tiene por objeto la repavimentación de las (...) y (...), adjudicado a la entidad (...), así como incautar la garantía definitiva prestada por el adjudicatario del referido contrato, que asciende a la cantidad de 9.112,32 euros.

III

1. Como hemos reiterado en distintas ocasiones (véase, en este sentido, el Dictamen 474/2022, de 7 de diciembre), se ha de recordar que la resolución del contrato por culpa del contratista requiere un incumplimiento «grave» del mismo, no bastando cualquier incumplimiento contractual (STS de 2 de abril de 1992). Así, la STS de 25 de junio de 2002 señala, referida a cuando una obligación era esencial en atención a las circunstancias concurrentes, que *«el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial, debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos».*

Además, entre otros, en nuestros Dictámenes 334/2021, de 17 de junio y 374/2019, de 17 de octubre hemos señalado: *« (...) Una obligación contractual esencial sería aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcance el fin perseguido por el contrato. Ahora bien, en el mismo sentido de la Propuesta de Resolución, debe decirse que ha venido señalando el Tribunal Supremo, así, en su STS de 1 de octubre de 1999 que “a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser que afecte*

a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación”, es decir, que lo determinante para dilucidar el carácter esencial de una obligación no es la calificación, en el sentido de “denominación” que se le dé en el contrato, sino su relación determinante con el objeto mismo del contrato.

Así resulta, como transcribe la Propuesta de Resolución, que “por cláusula contractual esencial se ha de entender aquella que tiende a la determinación y concreción del objeto del contrato y por lo tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato”».

2. En el mismo orden de cosas se ha de señalar que las causas de resolución del contrato vienen establecidas con carácter general en el art. 211 LCSP y de forma específica para el contrato de obras en su art. 245.

Por otro lado, y como tiene declarado este Consejo Consultivo, entre otros, en el reciente Dictamen 288/2023, de 29 de junio, *«los contratos administrativos son siempre contratos con plazo determinado (art. 212.2 TRLCSP). En ellos el plazo es un elemento de especial relevancia como pone de manifiesto el hecho de que la constitución en mora del contratista no requiera intimación previa de la administración (art. 212.3 TRLCSP -actual art. 193.2 LCAP-), y su incumplimiento o riesgo de incumplimiento 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 también de señalar lo siguiente, entre otros, en los Dictámenes 243/2017, de 13 de julio; 318/2021, de 10 de junio; y 333/2021, de 17 de junio:

«2. El objeto del contrato de obras es la realización de una obra, la cual se define como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien

inmueble (art. 6 LCSP). El contrato de obras es, por tanto, un contrato de resultado por el cual el contratista se obliga a realizar una obra determinada por un precio alzado; además es de resultado total, porque su objeto es la ejecución de una obra completamente terminada, puesto que debe ser apta para cumplir por sí misma la función para la cual fue proyectada. Su objeto no es la actividad de construcción necesaria para realizar la prestación que debe el contratista, sino el resultado de esa actividad, una obra terminada conforme a su proyecto. Esta naturaleza de contrato de resultado comporta la indivisibilidad jurídica del mismo y de la obra que tiene por objeto, como así resulta del art. 205 LCSP que dispone que el contrato sólo se cumple por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación. Esto significa que no puede ser cumplido por el contratista de forma parcial y sucesiva mediante la ejecución de las distintas fases del proceso constructivo, ni la Administración queda obligada al pago hasta que no se le entregue la obra completamente terminada, tal como resulta del art. 215 LCSP que establece que los abonos al contratista por las operaciones preparatorias y por las certificaciones de la obra ejecutada mensualmente tienen la naturaleza de pagos a cuenta, sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, por lo que en ningún caso suponen la aprobación y recepción de las obras parciales que comprenden. Únicamente después de que el contratista cuando éste haya ejecutado, a satisfacción de la Administración, la totalidad de la obra con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato, lo cual se constata por el acto formal y positivo de recepción o conformidad, cuya fecha de realización representa el dies a quo tanto del plazo de tres meses para aprobar la certificación final de las obras y abonarla al contratista a cuenta de la liquidación del contrato, como del plazo de garantía a cuyo término, si el estado de las obras es el adecuado, surge su derecho a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, en su caso, al pago de las obligaciones pendientes que deberá efectuarse en el plazo de sesenta días (art. 218 LCSP). (...)

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

3.3. Por lo demás, se ha de recordar -tal y como ha manifestado de forma reiterada este Organismo Consultivo, v.gr., Dictamen 158/2014, de 29 de abril; o 300/2014, de 3 de

septiembre-, que la resolución es el último remedio ante un contrato en crisis y, conforme indica la STS de 26 de marzo de 1987, existen otras alternativas de aplicación previa como es la aplicación de penalidades que, como en la resolución, sólo podrían imponerse “cuando están plenamente justificadas puesto que la prudencia aconseja, salvo en casos extremos, no romper la atmósfera de concordia y colaboración que debe reinar en las relaciones contractuales administrativas, teniendo siempre presente la proporcionalidad entre el plazo pactado para la ejecución de la obra (...) pues, como añade esta misma sentencia, “lo peor para todos, es una resolución del contrato y una vuelta a empezar en la selección de un nuevo contratista” (...).».

3. En el presente caso, la resolución contractual se fundamenta en el art. 211, f) LCSP, esto es, en un incumplimiento del contrato consistente en no haberse ejecutado la obra en el plazo establecido, a pesar incluso de haberse aprobado una ampliación del plazo de ejecución según Decreto número BGN/1986/2022, de 7 de abril de 2022 hasta el 3 de julio, cuando el plazo inicial lo era hasta el 2 de abril [2 meses desde la firma del acta de replanteo (3 de febrero)].

Analizados los documentos obrantes en el expediente, ha quedado acreditado un incumplimiento injustificado del plazo de ejecución de la obra, que es reconocido por el propio contratista, el cual lo achaca al alza de los precios en el mercado.

Este Consejo Consultivo coincide con la Propuesta de Resolución en que corresponde al propio contratista asumir, en virtud del principio de riesgo y ventura establecido en el art. 197 LCSP, el incremento del precio de las materias primas como consecuencia de diversos factores externos (guerra de ucrania, efecto post-covid, etc.).

Como también coincide en que no era posible la resolución del contrato por mutuo acuerdo, como instó el contratista, ya que ni se encuentra prevista esta causa en el pliego de cláusulas administrativas particulares ni se dan los supuestos establecidos en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas excepcionales de revisión de precios en los contratos públicos de obras.

Tampoco sería posible una modificación contractual enmarcable en alguno de los supuestos del art. 205 LCSP ya que, según establece el Tribunal Administrativo Central en su Resolución 436/2022 «Desde el punto de vista material una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado».

Como, en fin, tampoco cabe en modo alguno el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en la medida en que este únicamente puede operar en el caso de los contratos de naturaleza concesional, es decir, en aquellos contratos en los que la administración contrata al concesionario la gestión de un servicio público o la construcción y posterior explotación de una infraestructura pública.

Asimismo, el art. 197 LCSP establece que *«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»*.

En este sentido, sobre el principio de riesgo y ventura, este Consejo Consultivo viene manifestando, entre otros, en el Dictamen 184/2016, de 8 de junio, lo siguiente:

«Este incumplimiento no se justifica en la alegada y no demostrada circunstancia de que la contratación de ese servicio técnico, bien con A. S., bien con el fabricante, supone un incremento de costes para la UTE que comporta la pérdida de su beneficio empresarial.

En la contratación civil, los contratos son obligatorios para las partes (art. 1.278 del Código Civil); su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 del Código Civil); y ningún contrato puede rescindirse por lesión fuera de los excepcionales casos tipificados en los números 1º y 2º del art. 1.291 del Código Civil (art. 1.293 del Código Civil).

En la contratación pública sucede igual: los contratos deben cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas (art. 209 TRLCSP); la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el art. 231 y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (art. 215 TRLCSP).

El estudio de la solución que haya de darse a dicha cuestión exige previamente efectuar las consideraciones que siguen.

La primera es que 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 artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es 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 (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). 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.

La tercera es 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.

Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000, que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del ius variandi; el artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP, introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de ius variandi, fuerza mayor, factum principis y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011, que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración.

Finalmente, la cuarta y última consideración es 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».

Así pues, una vez establecido el precio del contrato, y de conformidad con el principio del riesgo y ventura del contratista, aquél es invariable.

En el presente caso, no es posible la revisión de precios ya que ni se encuentra prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares ni, en cualquier caso,

se dan los supuestos establecidos en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas excepcionales de revisión de precios en los contratos públicos de obras, tal como se ha apuntado.

En suma, un eventual aumento del precio de las materias primas debe ser asumido por las empresas contratistas en virtud del principio de riesgo y ventura.

Por todo ello se considera que en el presente caso se ha incumplido la obligación principal del contrato, pues no se ha realizado la obra contratada en el plazo establecido y, posteriormente ampliado, por lo que se incurre en la causa de resolución contractual establecida en el art. 211, letra f) LCSP.

4. Una vez apreciada la concurrencia de causa para la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación principal del contratista, procede determinar los efectos de aquélla.

De acuerdo con el art. 213.3 LCSP, «cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada». En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida (art. 213.5 LCSP).

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

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

En el presente caso resulta evidente que el incumplimiento de la entidad contratista ha de calificarse como culpable, pues solo a ella le es imputable el incumplimiento de la obligación principal del contrato que es la realización de las obras de repavimentación de las (...) y (...), por lo que procede la incautación de la garantía.

Además, consta acreditado en el expediente la existencia de una única certificación que corresponde a los materiales adquiridos por el contratista y que están depositados en las naves municipales, por un importe de 44.706,14 euros más IGIC, lo que pone de manifiesto que el contratista ni siquiera comenzó las obras.

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

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que resuelve el contrato por incumplimiento culpable del contratista y acuerda incautar la garantía definitiva prestada, se considera conforme a Derecho al incurrir en la causa de resolución prevista en el art. 211, f) LCSP, tal como se razona en el Fundamento III del presente Dictamen.