Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 7 8 / 2 0 2 4

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 8 de febrero de 2024.

Dictamen solicitado por la Excma. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de obra denominado «Actuación en muro de contención en la calle (...)», adjudicado el 27 de agosto de 2021 a la empresa (...) (EXP. 628/2023 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria mediante oficio de 27 de diciembre de 2023 (con registro de entrada en este Organismo consultivo el 29 de diciembre de 2023), es la Propuesta de Acuerdo para resolver el contrato de obra denominado «Actuación en muro de contención en la calle (...)», adjudicado a la empresa (...).

2. La Legitimidad 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.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el 191.3.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 la contratista se ha opuesto a la resolución.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la 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.

[*] **Ponente: Sr. Belda Quintana.**

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. 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.

3.1. Así, en cuanto al régimen sustantivo, habiéndose adjudicado el contrato de obra el 27 de agosto 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, tal y como hemos reiterado en múltiples ocasiones, serán las normas vigentes en el momento de inicio del expediente administrativo encaminado a la resolución del contrato.

A la vista de lo anterior, y habiéndose iniciado el presente procedimiento de resolución contractual el día 8 de julio de 2022, 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.a)]. Trámites estos que aparecen debidamente cumplimentados en el procedimiento administrativo que se ha remitido a este Consejo.

Por su parte, el art. 109.1.b) RGLCAP, prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía depositada.

Además, en el ámbito local, se preceptúa como necesario el informe jurídico del Secretario de la Corporación, de acuerdo con lo establecido en la Disposición adicional tercera, apartado 8 LCSP.

Por otro lado, el art. 195 LCSP, en los casos de resolución por demora en los plazos de ejecución del contrato, permite la resolución sin más trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo Consultivo correspondiente. No obstante, deberá darse también, aunque no sea preceptivo en este tipo de resolución contractual por demora en los plazos de ejecución del contrato, audiencia al avalista para evitar su indefensión, por cuanto 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.b) RGLCAP, prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista cuando se proponga la incautación de la garantía depositada, trámite que se ha cumplimentado sin que se realicen alegaciones.

4. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el presente caso, la ostenta la Junta de Gobierno de la Ciudad, en virtud de lo dispuesto en el punto 4 de la Disposición adicional segunda de la LCSP; y por su delegación, el titular del área de gobierno de Urbanismo, Edificación y Sostenibilidad Ambiental, según lo previsto en el art. 61.2 LCSP, y acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 4 de marzo de 2021, de delegación de competencias.

5. Este Consejo ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre este asunto en el Dictamen, 457/2022, de 24 de noviembre, en el que no entró en el fondo de la cuestión planteada al haber caducado el procedimiento.

6. Habiéndose reiniciado nuevo procedimiento mediante Resolución 42629/2023, de 10 de noviembre, del Concejal de gobierno del Área de Planificación, Desarrollo Urbano y Vivienda, Limpieza, Vías y Obras y Alumbrado, no han transcurrido los 8 meses para tramitar y resolver, 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 sexagésima segunda, titulada «*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 tal plazo máximo.

Este plazo es aplicable porque la Comunidad Autónoma de Canarias ha aprobado una norma legal en tal sentido, que entró en vigor el 1 de enero de 2023, tras haber sido declarado contrario al orden constitucional de competencias por el Tribunal Constitucional en Sentencia n.º 68/2021, de 18 de marzo, el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP, solo en cuanto a su aplicación a las Comunidades Autónomas, entidades locales y entes dependientes de todos ellos.

7. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del nuevo procedimiento que obsten un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

II

1. Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

- Por Resolución del Concejal de Gobierno del Área de Urbanismo, Edificación y Sostenibilidad Ambiental, número 29248/2021, de 27 de agosto, se acuerda la adjudicación del contrato de obras denominado *«Actuación en muro de contención en la calle (...)»* con cargo al Plan de Cooperación del Cabildo 2020-2023, a la licitadora (...), con CIF (...), por el importe de 384.866,00 €, incluido el 7 % de IGIC y con un plazo de ejecución de 8 meses.

- La fianza definitiva se constituye con fecha 16 de julio de 2021 por importe de 17.984,39 €.

- En fecha 7 de septiembre de 2021 se formaliza el contrato de obras entre el Ayuntamiento y la mencionada contratista.

- Con fecha 20 de abril de 2022 se presenta escrito de la contratista poniendo de manifiesto su decisión de suspender la ejecución de la obra, así como la resolución unilateral del contrato debido a la onerosidad generada durante su ejecución, solicitando le sea reconocida la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible a los efectos de ausencia de culpa y devolución de la garantía definitiva constituida.

- Con fecha 17 de mayo de 2022 la dirección facultativa de la obra informa, entre otras cuestiones, sobre:

«3.- Valoración de otros hechos que a juicio de la dirección de obra puedan estar detrás de la suspensión de los trabajos comunicadas.

La empresa no ha empleado personal cualificado para la ejecución de las diferentes unidades de obra, cuestión que, unida a otros factores, ha derivado en un notable retraso en la obra y una muy deficiente ejecución de los muros realizados, hasta el punto que se ha dado orden de demolición de los mismos, debido principalmente a la falta de Resistencia Característica del hormigón empleado, según los resultados de los ensayos realizados, que exponemos a continuación. (...)

En la actualidad, y tras 6 meses de contrato, se ha ejecutado el 4,61% del importe total de la obra, estando prevista la finalización del contrato, el próximo 22/05/2022.

Todos estos retrasos, sumados a la orden de demolición de los muros, conllevaran un incremento de los costes de ejecución de la obra.

4. Estado real en el que queda la ejecución de la obra, con definición de las actuaciones pendientes de realizar, valoradas económicamente desde el punto de vista de que una nueva empresa se tenga que hacer cargo de la terminación de la misma.

El estado actual en el que ha quedado la zona de actuación de la obra es significativamente peor al existente antes del comienzo de la misma, pasando a enumerar las causas:

• Falta de continuidad del itinerario peatonal de la calle (...), ya que se ha demolido una sección del antiguo muro que sostenía parte del mismo, y se ha quedado sin reponer, desapareciendo un tramo del peatonal preexistente.

• Pérdida de ancho de parte del itinerario peatonal, ya que el muro ejecutado se encuentra a una cota diferente a la del pavimento existente, creándose un escalón lateral que impide el tránsito normal de los transeúntes, además de discontinuidad longitudinal y transversal en el pavimento existente y zonas de puntos bajos donde se acumula agua de lluvia.

• Realización de un acopio bastante voluminoso de tierras y escombros en el talud existente entre los PPKK 77,00 y PPKK 97,00, en una zona donde anteriormente había una especie de "jardín".

• Vertido indiscriminado de restos de escombros y tierras procedentes de las unidades de obras ejecutadas, en los taludes adyacentes al trazado de los muros ejecutados, por lo que a los restos de basura y escombros preexistentes, hay que sumarle ahora los aportados por la ejecución de las obras.

• Asiento longitudinal de parte de la acera existente, quedando un hueco entre ésta y la fachada de algunas viviendas, existiendo riesgo de filtración de agua a las viviendas afectadas.

• Restos de hormigón y basura en general en el solar existente entre los inmuebles 48 y 42, el cual era utilizado por la contrata para acopio intermedio del hormigón.

• Daños en el murete de coronación, barandilla y red de pluviales, existentes en el muro de contención de la calle (...), al cual se ataron los medios auxiliares de transporte de hormigón.

• Salpicaduras de hormigón en la medianera lateral del inmueble señalado con el nº42.».

Basándose en lo anterior, la dirección facultativa informa sobre el coste de las obras a realizar para reconducir la terminación de la obra adjudicada, a través de nueva adjudicación, haciendo además hincapié en el carácter de urgente de las mismas por el riesgo de producir daños mayores. De esta forma describen los nuevos trabajos y la estimación de sus costes:

«Actuaciones pendientes de realizar.

Definido en el apartado anterior el estado en el que se encuentra la obra, paso a continuación a enumerar y valorar económicamente las actuaciones que estimo habrá que realizar, siendo las enumeradas del 1 al 8 (ambas incluidas), de urgente ejecución, para evitar males mayores.

1) Arreglo de las conducciones de pluviales que hay colgadas en el exterior de murete ubicado en la calle (...), ya que se han roto las mismas debido a los impactos que han sufrido con los elementos utilizados para el transporte del hormigón. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 2.035,95 €.

2) Reconducir las aguas de pluviales procedentes de la calle (...) y que desaguan en el tramo de la calle (...) cortado, para evitar que estás escorrentías deterioren el talud provisional que se ha creado con la excavación, e inunden el peatonal actual. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 1.400,39 €.

3) Restauración del acceso peatonal de la calle (...) entre los números 48 y 42, ya que se hizo la excavación para ejecutar el muro de contención contemplado en el proyecto, y al no ejecutarse el mismo, el acceso se ha cortado. El coste de esta reposición calculada con precios del presupuesto original, pero con una nueva previsión de mediciones asciende a la cantidad de 24.586,92 €, (excavación, ejecución muro, impermeabilización, relleno material filtrante, relleno trasdós y solera hormigón) aunque en el proyecto ya hay contemplado parte de esa actuación con un importe de 9.051,34 €, ambas cantidades calculadas en Ejecución por Contrata.

4) Demolición de pretil de muros, en las zonas de la acera peatonal de la calle (...) en las que el alzado de los muros ejecutados ha quedado a una cota superior a la de la acera,

haciendo imposible la continuidad de la misma y el desagüe de las aguas de lluvias. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 1.024,54 €.

5) Sellado con mortero impermeable flexible de las juntas aparecidas entre el pavimento del paseo de la calle (...) y los inmuebles adyacentes, en aquellas zonas en las que se ha hundido el paseo debido al descalce del mismo, atribuido a la ejecución de la obra. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 226,62 €.

6) Colocación de vallado perimetral perfectamente anclado al paramento horizontal del paseo, en todo el borde del peatonal con el talud, para evitar caídas a distinto nivel de los transeúntes. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 2.045,91 €.

7) Dar continuidad al pavimento del peatonal existente, ya que hay parte de él que se ha demolido al ejecutar los muros y no tiene continuidad transversal, haciéndose imposible su tránsito debido a su elevada estrechez. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 4.416,80 €.

8) Contener el tramo de talud vertical excavado entre los PPKK 0,035 y 0,040, mediante ejecución de muro u otra solución válida. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 4.034,92 €.

9) Arreglo del murete y barandilla metálica ubicada en la calle (...), ya que se han deteriorado debido a que se ha usado como apoyo de los elementos utilizados para el transporte del hormigón. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 1.759,32 €.

10) Limpieza del solar ubicado en la calle (...) entre los números 48 y 42, ya que se ha utilizado como zona de acopio de los medios de transporte del hormigón de la obra y está lleno de restos de hormigón, madera, plásticos, etc. etc. etc. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 3.597,37 €.

11) Limpieza y pintado de medianera lateral norte colindante con el solar ubicado en la calle (...) entre los números 48 y 42, ya que se encuentra salpicada de restos de hormigón de la obra. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 1.671,95 €.

12) Limpieza general de escombros y tierras que se han vertido en los taludes colindantes al trazado de los muros contemplados en el proyecto, ya que al ejecutar la demolición de los muros preexistentes y al realizar la excavación de los muros, se ha vertido restos de tierras y muros en ellos. Con un Coste de Ejecución por Contrata que asciende a la cantidad de 28.823,30 €».

- El 1 de julio de 2022 el supervisor de la obra y de la dirección facultativa emite informe con la siguiente conclusión:

«CONCLUSIÓN.- La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), en su art. 211. Causas de resolución, define como causa de resolución de contrato: d) la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas.

De la relación de hechos descritos y del informe emitido por la dirección facultativa de las obras se desprende que el contratista ha incumplido el contrato, al no ejecutarlo dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, antes bien, incurriendo en una mora superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, siendo este producido por motivos imputables al mismo, por lo que se eleva al órgano de contratación la solicitud de Resolución del contrato según art. 211 de la LCSP».

- Consta Informe jurídico de fecha 4 de julio de 2022 favorable a la resolución del contrato de fecha 7 de septiembre de 2021 formalizado con la adjudicataria (...), por darse la causa legal del art. 211.1.f) LCSP respecto de la obra denominada «Actuación en muro de contención en la calle (...)».

2. En cuanto al procedimiento de resolución contractual, se han llevado a cabo las siguientes actuaciones:

- Por Resolución n.º 25610, de 8 de julio de 2022, del Concejal de Gobierno del Área de Urbanismo, Edificación y Sostenibilidad Ambiental se acuerda incoar procedimiento para la resolución del contrato de obras de fecha 7 de septiembre de 2021 formalizado con la adjudicataria (...), por darse la causa legal del art. 211.1.f) LCSP respecto de la obra denominada «Actuación en muro de contención en la calle (...)» con cargo al Plan de Cooperación del Cabildo 2020-2023, por el importe de 384.866,00 euros, incluido el 7 % de IGIC y con un plazo de ejecución de 8 meses.

- Se notificó el procedimiento incoado a la adjudicataria y a la Avalista, otorgándoles legal trámite de audiencia por un plazo de diez días.

- Consta escrito de oposición del contratista a la resolución del contrato presentado el 27/07/2022, a través del cual reitera su decisión de resolver unilateralmente el contrato debido a la onerosidad generada durante su ejecución, solicitando le sea reconocida la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible a los efectos de ausencia de culpa y devolución de la garantía definitiva constituida.

- Consta Informe preceptivo de la Asesoría Jurídica Municipal en sentido favorable a la resolución del contrato de obras «Actuación en muro de contención en la calle (...)».

- La Propuesta de Resolución inicial acuerda resolver el contrato formalizado con la adjudicataria (...) respecto de la obra denominada «Actuación en muro de contención en la calle (...)» por incumplimiento del plazo de ejecución de la obra, por incurrir en la causa prevista en la letra f) del art. 211 LCS.

- Como se dijo, en el Dictamen 457/2022, de 24 de noviembre, este Consejo apreció la caducidad del procedimiento primigenio, por lo que se dictó Resolución 25610/2022, de 8 de julio, en ese sentido.

- Por Resolución 42629/2023, de 10 de noviembre, del Concejal de gobierno del Área de Planificación, Desarrollo Urbano y Vivienda, Limpieza, Vías y Obras y Alumbrado, se incoa nuevo procedimiento de resolución del contrato de obras «Actuación en muro de contención en la calle (...)».

- Consta Informe jurídico del servicio de urbanismo de fecha 3 de noviembre de 2023 favorable al inicio de procedimiento de resolución contractual por incumplimiento de la obligación principal del contrato por la adjudicataria (...).

- Escrito de alegaciones de la contratista, presentado por registro general de entrada n.º 162161 y fecha 23 de noviembre de 2023, a través de cual se opone a la incoación del procedimiento de resolución por incumplimiento culpable de la contratista.

- Informe emitido por la técnica superior de Gestión Jurídica del servicio de Urbanismo en fecha 7 de diciembre de 2023, en sentido favorable a la resolución del contrato y a la tramitación del procedimiento de resolución conforme a la normativa de contratos del Sector Público.

- Informe de la Dirección General de la Asesoría Jurídica del Excelentísimo Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria a requerimiento del Concejal de Gobierno del Área de Planificación, Desarrollo Urbano y Vivienda, Limpieza, Vías y Obras y Alumbrado.

- La Propuesta de Resolución definitiva resuelve el contrato de obra denominado «Actuación en muro de contención en la calle (...)», adjudicado a la empresa (...), en virtud de la causa legal del art. 211.d) LCSP, esto es, por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, así como incautar la garantía definitiva constituida en fecha 16 de julio de 2021 por importe de 17.984,39 €, mediante AVAL de la Sociedad de Garantías y Avales de Canarias SGR (V76209899), sin perjuicio de que, si el importe de los daños y perjuicios causados superan el

montante de dicha garantía incautada, se tramite el oportuno expediente contradictorio al objeto de su determinación y liquidación.

III

1. La Propuesta de Resolución resuelve el contrato de obra que nos ocupa basándose en el 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 art. 239 (fuerza mayor, que no es el caso).

Para describir este principio de riesgo y ventura en los contratos públicos, alude a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016, que señala que la proclamación legal del principio de riesgo y ventura lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, 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.

Así lo manifiesta también la Junta Consultiva de Contratación del Estado en Recomendación de 10 de diciembre de 2018 donde, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada, expone que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos, 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 exceden de la normal «*alea*» del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Por tanto, uno de los supuestos que puede permitir la excepción de la aplicación del principio de riesgo y ventura es, efectivamente, la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor.

El art. 239 LCSP al que se remite el propio art. 197, regula los casos de fuerza mayor en la ejecución de los contratos públicos de obras señalando lo siguiente:

«1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público».

Y sobre el riesgo imprevisible, la doctrina lo construye sobre un elemento importante que no puede ser matemáticamente determinado para todos los supuestos, ya que se pondera en función de su acusada «relevancia y significación» en el contexto total de la contratación de que se trate y a cada caso en que aquélla se aplique.

La doctrina del riesgo imprevisible exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse.

Ahora bien, si tuviéramos que analizar la trascendencia e incidencia del incremento de los costes de algunos materiales en el equilibrio económico del contrato, el incremento habría de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo.

En el momento actual, no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero, al cifrarlo en el 2,5 % del contrato.

Por consiguiente, son dos los requisitos que se exigen al «riesgo imprevisible» para que pueda ser apreciado como tal: i) en primer lugar la imprevisión (tanto para la Entidad contratante como para el contratista), y ii) en segundo término lo que podría ser denominado como la enormidad, con lo que se alude a traspasar los «límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación» y que carece de límites precisos, ya que, como afirma una muy numerosa jurisprudencia, ha de ser analizado caso por caso.

Visto lo expuesto, la Propuesta, basándose en informes transcritos, niega la posibilidad de aceptar lo manifestado por la contratista de aplicar dicha doctrina por no resultar debidamente acreditada la decisión unilateral de no poder cumplir con el contrato de obras formalizado a raíz de un riesgo imprevisible de sobrecostes, más bien ha quedado acreditado, según el informe de la Dirección facultativa de fecha 17 de mayo de 2022, que la realidad de la dificultad económica para la ejecución de los trabajos contratados no devino de la alegada subida de precios de los materiales, puesto que, teniendo un plazo de ejecución de obra fijado en 8 meses, tras 6 meses de contrato, solamente se ha ejecutado el 4,61 % del importe total de la obra, añadiendo que todos estos retrasos, sumados a la orden de demolición de los muros ejecutados de forma «muy deficiente», conllevarán un incremento de los costes de ejecución de la obra.

Aconteciendo lo expuesto en un momento en que los precios de los materiales han subido, no puede excusarse la contratista en un riesgo imprevisible para solventar su interés de resolver el contrato que ya no le resultaba beneficioso cumplir por su propia gestión y no por causas ajenas.

La Propuesta entiende que lo realmente ocurrido en la ejecución de los trabajos y sus plazos es que, habiendo comunicado la contratista la renuncia a ejecutar la obra en el mes anterior a la fecha establecida para la finalización de la misma, ha quedado constatado que el retraso injustificado sobre el plan de trabajo previsto por la propia contratista ha superado un tercio del plazo de duración del contrato (8 meses), con una ejecución porcentualmente insignificante, por lo que se incurre en las causas de resolución recogidas en el art. 211.1 letras, d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. En todo caso, el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas y f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

Como se trata de dos causas que, conforme al art. 211.2 LCSP, tienen el mismo efecto en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, se ha de atenderse a cual de las dos ha aparecido con prioridad en el tiempo, y esta es, razona la Propuesta, la demora en la ejecución de la obra por causas solamente imputables a la contratista.

En suma, la resolución del contrato procederá de conformidad con la letra d) del art. 211.1 LCSP.

2. Ante la resolución contractual planteada por la Administración, la adjudicataria opone, como se adelantó, que se acuerde resolver el contrato por imposibilidad sobrevenida de su ejecución al devenir inválido el mismo por desaparición de la causa del contrato para el contratista o, en su caso, por alteración del equilibrio económico, sin que medie culpa o negligencia de aquel, con devolución de la garantía definitiva constituida.

Sin embargo, por causas sobrevenidas únicamente solo se puede modificar el contrato cuando se dé el supuesto contemplado en la letra g) del art. 211.1. LCSP: La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los arts. 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el art. 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, que requiere, como se ve, la previa posibilidad de modificar el contrato, posibilidad que nunca fue planteada ni por el contratista ni por la Administración.

Y aunque hubiese sido planteada, tampoco sería posible una modificación contractual enmarcable en alguno de los supuestos del art. 205 LCSP ya que, como dijimos en el reciente Dictamen 457/2023, de 9 de noviembre, 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».*

En cuanto al desequilibrio económico que excepcione al principio de riesgo y ventura, este Consejo ha venido manifestando, en el mismo Dictamen 457/2023, con cita del Dictamen 184/2016, de 8 de junio**,** lo que sigue:

«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. (...)

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 era posible la revisión de precios por la cláusula 6 del Pliego, ni se planteó nunca la modificación contractual.

El contratista se limitó, el 20 de abril de 2022, a comunicar su decisión de suspender la ejecución de la obra así como la resolución unilateral del contrato debido a la onerosidad generada durante su ejecución, solicitando le sea reconocida la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible a los efectos de ausencia de culpa y devolución de la garantía definitiva constituida.

En suma, como hemos manifestado, entre otros, en el mencionado Dictamen 457/2023, 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, coincidiendo con la Propuesta de Resolución, en que en el presente caso se ha incurrido en las causas de resolución recogidas en el art. 211.1 letras d) -demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista- y f) -incumplimiento de la obligación principal del contrato-, debiéndose aplicar la primera en el tiempo, tal como hemos manifestado en distintas ocasiones (ver por todos, DCC 449/2012), al tener el mismo efecto en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción.

En suma, estando acreditado que la contratista renunció a ejecutar la obra en el mes anterior a la fecha establecida para la finalización de la misma, que el retraso no está justificado sobre el plan de trabajo previsto por la propia contratista, y que se ha superado un tercio del plazo de duración del contrato (8 meses), con una ejecución porcentualmente insignificante, se ha de concluir que la Propuesta de Resolución, que procede a la resolución del contrato de conformidad con la letra d) del art. 211.1 LCSP, es conforme a Derecho.

3. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, 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).

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). Por tanto, la Propuesta de Resolución, en cuanto a los efectos de la resolución contractual, también resulta conforme a Derecho.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que procede a la resolución del contrato de conformidad con la letra d) del art. 211.1 LCSP, es conforme a Derecho, tal como se razona en el Fundamento III.