Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 2 / 2 0 2 5

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 13 de febrero de 2025.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Buenavista del Norte en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo de obras correspondientes al proyecto denominado «(...) de Buenavista del Norte», suscrito con la empresa UTE (...) (EXP. 51/2025 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Buenavista del Norte el 5 de diciembre de 2024 (con registro de entrada en este Consejo consultivo el 4 febrero de 2025), tiene por objeto el análisis jurídico de la Propuesta de Resolución formulada por el Ayuntamiento de Buenavista del Norte en cuya virtud se plantea la resolución del contrato administrativo de obras correspondientes al proyecto denominado *«(...) de Buenavista del Norte»,* suscrito con la empresa UTE (...).

2. La legitimación para solicitar la emisión del Dictamen de este Consejo Consultivo le corresponde a la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Buenavista del Norte de conformidad con lo dispuesto en el art. 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias -en adelante, LCC-.

3. Es competencia del Consejo Consultivo la emisión, con carácter preceptivo, de Dictamen en los supuestos de *« (...) nulidad, interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa»* [art. 11.1.D, apartado c) LCCC].

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

En este sentido, el art. 191.3, letra b) 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- (texto legal aplicable al presente supuesto de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del presente Fundamento Jurídico), señala 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 contratos que se indican a continuación: a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista»*. Circunstancias éstas que concurren en el presente procedimiento administrativo -incluida la oposición del contratista- y que determinan la preceptividad del Dictamen de este Consejo Consultivo.

Asimismo, 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) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), prevé también la apertura de un trámite de audiencia al avalista o asegurador cuando se proponga la incautación de la garantía depositada.

En este caso, consta que la garantía se estableció mediante la retención en el precio del contrato, por importe de 241.924,60 €, por lo que no existiendo avalista o asegurador no es necesario efectuar dicho trámite de audiencia.

Finalmente, el art. 109.1, apartado c) RGLCAP, prevé la evacuación preceptiva del informe del Servicio Jurídico. Trámite que ha sido convenientemente observado en la instrucción del procedimiento de resolución contractual.

4. En lo que se refiere al régimen jurídico aplicable resultan de aplicación tanto la LCSP como el RGLCAP, en lo que no se oponga al precitado texto legal (Disposición derogatoria de la LCSP), aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

5. En cuanto al plazo máximo para resolver -y notificar- se ha de señalar que la resolución de incoación del presente procedimiento administrativo se adoptó el día 23 de abril de 2024, esto es, con posterioridad a la entrada en vigor -el 1 de enero de 2024- de la Ley 7/2023, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2024, cuya disposición adicional sexagésimo

tercera, 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 el plazo máximo de ocho meses. La falta de resolución expresa en el plazo indicado conllevará la caducidad y el archivo de las actuaciones».*

De esta manera, el plazo máximo para instruir, resolver y notificar la resolución que ponga fin al presente procedimiento de resolución contractual es de ocho meses. En consecuencia, habiéndose incoado -de oficio- las presentes actuaciones el día 23 de abril de 2024 se entiende que el procedimiento administrativo de referencia finalizó el 23 de diciembre de 2024.

No obstante, consta que la Junta de Gobierno Local, reunida en sesión ordinaria celebrada el día 4 de diciembre de 2024, acordó la suspensión, de conformidad con el art. 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, del plazo para resolver el procedimiento de resolución del contrato de obra para la ejecución del proyecto denominado «*(...) de Buenavista del Norte*», expediente n.º: 3338/2020, por el tiempo que medie entre la petición de emisión de Dictamen al Consejo Consultivo de Canarias y la recepción del mismo.

6. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación (arts. 190, 191.4 y 212 LCSP). En este caso, el contrato que se pretende resolver fue adjudicado por la Junta de Gobierno local por Acuerdo de adjudicación de fecha 30 de noviembre de 2021.

De esta manera, le corresponde al citado órgano la competencia para resolver el procedimiento administrativo de referencia.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento administrativo y que constan documentados en el expediente remitido son los siguientes:

1. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, reunida en sesión extraordinaria de fecha 30 de noviembre de 2021, se adjudica a la UTE (...), constituida mediante escritura notarial número 2255 entre las empresas (...), y (...), con C.I.F. (...), el contrato de obras contempladas en el proyecto denominado «*(...) de Buenavista del*

Norte» por importe de DOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES EUROS CON VEINTISIETE CÉNTIMOS (2.588.593,27 €), y un plazo de ejecución de 14 meses, que según la cláusula 5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por el que se rige el presente contrato, se computará de fecha a fecha tomando como referencia la fecha de suscripción de la correspondiente Acta de Comprobación de Replanteo

2. El 9 de diciembre de 2021 se formaliza el contrato de obras entre el Ayuntamiento y la empresa contratista, UTE (...), con C.I.F. (...) y constituida mediante escritura notarial número 2255 entre las empresas (...), con C.I.F. (...), y (...), con C.I.F. (...) cuyo objeto es la obra de ejecución del proyecto denominado «*(...) de Buenavista del Norte*» por importe de DOS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES EUROS CON VEINTISIETE CÉNTIMOS (2.588.593,27 €),

En cuanto al plazo de ejecución de la obra se establece en 14 meses.

3. Con fecha 18 de abril de 2022 se suscribió el acta de comprobación del replanteo, iniciándose las obras desde dicha fecha con una duración prevista de 14 meses, por lo que la ejecución de la obra debía finalizar el 18 de junio de 2023.

4. El 21 de julio de 2022 se entrega un primer informe del ritmo y desarrollo de la obra en el que se informaba de la necesidad de la realización de un nuevo estudio geotécnico ante la heterogeneidad del terreno y de la información obtenida en las barrenas ejecutadas bajo las zapatas. Por lo que se modifica el planning inicial adaptado a las nuevas circunstancias de la obra.

5. El 8 de agosto de 2022 se aporta a la constructora el nuevo plano de cimentación.

6. Desde agosto hasta noviembre se viene simultaneando la ejecución de los elementos de cimentación, contención y estructura con la excavación. Las dificultades acontecidas para ejecutar la excavación han hecho que ésta se dilatara de los dos meses previstos en el «*planning de trabajo inicial de la obra*» hasta los cinco meses que finalmente han resultado necesarios, condicionando la ejecución del resto de la obra. El estado actual de la obra en noviembre de 2022 es el siguiente: finalización de la excavación y se ha ejecutado la parte de cimentación y contención cercanas a la medianera (lindero noreste), garantizando la estabilidad de la edificación colindante.

7. El 14/12/2022 la UTE contratista presenta la primera reclamación, solicitando una «*actualización de precios*» por inviabilidad económica de la obra, señalando:

«Según lo hablado en las últimas reuniones mantenidas con la propiedad y la D.F. de la obra, el coste de las partidas que se están ejecutando actualmente ha sufrido un notorio incremento con respecto a los precios ofertados en la licitación de la obra, debido a la situación mundial actual ya conocida por todos.

Se adjunta el comparativo con las diferencias de las partidas ya ejecutadas y certificadas, así como la previsión de la diferencia de precios al cierre de la obra, estimado a día de hoy.

Lo que se comunica a los efectos de iniciar expediente de incremento de precios ó de cualquier otro al que hubiere lugar»

8. El 9/02/2023 se presenta reclamación por la UTE contratista al Ayuntamiento para que proceda a la «*suspensión del contrato o cese temporal del mismo*» por inviabilidad económica de la obra, alegando que *«por causas no imputables a esta entidad, la adjudicación e inicio de las obras sufrió un notorio retraso entre la fecha prevista de inicio y finalización de la ejecución y su efectiva puesta en marcha, por lo que ha existido incrementos de precios desde la licitación de la obra hasta el día de comienzo de su ejecución que evidencian un desajuste económico»*. Por ello que considera que debe procederse a la actualización de precios porque se ejecuta en un periodo superior al inicialmente previsto provocando un desfase entre los precios ofertados y los precios vigentes en el mercado a la fecha de su ejecución.

Por tanto, se considera por la UTE que se produce un desfase de la oferta entre el momento en el que se formula (28 de mayo de 2021) y el momento en el que se ha de proceder a su ejecución, a partir del 28 de abril de 2022 por causas no imputables al contratista que justifican la actualización de los precios ofertados

9. El 17 de febrero de 2023 se emite Informe jurídico relativo a la solicitud de suspensión temporal del contrato a efectos de actualización de precios, en el que se concluye que:

«atendiendo a la conformidad de la adjudicataria en la formalización del contrato y en el Acta de replanteo, no cabe la actualización de precios en el momento actual de la vigencia del contrato; sin embargo, sí se podría proceder a la revisión de precios tras la solicitud de la contratista y conforme a la fórmula polinómica establecida en la norma de aplicación.

Por otro lado, la tramitación de una posible revisión de precios no implica ni requiere la suspensión del contrato o el cese temporal de la ejecución del mismo. Esto sería una

actuación potestativa de la Administración, pero que en la actualidad no cuenta con justificación alguna en la documentación obrante en el expediente.

Por último, el retraso en la ejecución de las obras por causa imputable a la adjudicataria rompe el compromiso de cumplimiento de contrato y podrá llevar aparejada la imposición de penalidades y/o resolución de contrato con las consecuencias negativas para las empresas constituyentes de la UTE que se han detallado con anterioridad».

10. El 28/03/2023 se formula la tercera reclamación de la constructora por inviabilidad técnica del proyecto alegando consideraciones de eficiencia energética y al cumplimiento del CTE, aportando informe pericial sobre cumplimiento o no de la eficiencia energética del Proyecto Obra: (...) de Buenavista del Norte, redactado por los Arquitectos (...) y (...).

Por la Dirección Facultativa de la obra se emite informe el 25 de abril de 2023 en el que se concluye que la normativa de aplicación al Proyecto en cuanto eficiencia energética es el CTE DB HE 2013 y que al amparo de esta normativa será construido, obteniendo su certificado final de obra y certificado de eficiencia energética de edificio terminado. Por tanto, se considera que el proyecto NO debe adaptarse al CTE DB HE 2019.

11. El 15/06/2023 la UTE contratista presenta la cuarta reclamación al Ayuntamiento para que proceda a *«la suspensión temporal total de la obra del "(...) de Buenavista del Norte", en los términos ya solicitados el 30 de enero de 2023 y ahora reiterados.*

Subsidiariamente a lo anterior, y ante la concurrencia de evidentes causas técnicas que justifican la necesaria ampliación del plazo de ejecución se solicita que se proceda a acordar el aumento del plazo de ejecución por causa no imputable a la contratista».

12. Finalizado el plazo de ejecución definido en el contrato (18/06/2023) la obra se ha ejecutado en un 8,2328 **%.**

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento de resolución contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión ordinaria celebrada el día 23 de abril de 2024, se acuerda desestimar la solicitud de suspensión del contrato, la petición de actualización de precios y revisión de precios extraordinaria, así como la solicitud de ampliación del plazo de ejecución de las

obras; y se acuerda la incoación del procedimiento administrativo de resolución del contrato de las obras correspondientes al proyecto denominado «*(...) de Buenavista del Norte*», por incumplimiento de la constructora UTE (...) de la obligación principal del contrato, por causas imputables al contratista (art. 211.1.f LCSP), al haber ejecutado únicamente el 8,2328 % de la obra.

Del mismo modo se acordó incautar la garantía definitiva por importe de 241.924,60 €. Para ello, teniendo en cuenta que la garantía se estableció mediante la retención en el precio del contrato, y a la vista de las certificaciones obrantes en el expediente, se ha detraído a día de hoy la cantidad de 199.171,64 €, por lo que habría que requerir a la UTE adjudicataria del contrato el abono de lo que resta hasta el total de la garantía, esto es 42.752,96 €.

Dicha resolución es notificada a la UTE contratista el 6 de mayo de 2024.

2. Consta en el expediente remitido escrito de alegaciones formulado por la UTE (...) en el que manifiesta su oposición a la causa de resolución del contrato invocada por la Administración municipal, considerando que procede la resolución contractual por la causa prevista en el art. 211.1.g LCSP, consistente en la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, al ser necesario adaptar el proyecto a una legislación sobrevenida de obligado cumplimiento, concretamente a la nueva redacción del art. 15 del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, sobre exigencias básicas de ahorro de energía (HE) operada por el Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, que entró en vigor el día 28.12.2019 (al día siguiente de su publicación en el BOE).

Señala la UTE contratista que el proyecto se aprobó el 24/01/2020, y las obras se iniciaron el 18 de abril de 2022 de modo que el proyecto inicial no se podía ejecutar en los términos en que fue redactado y aprobado, siendo necesaria la elaboración de un nuevo proyecto adaptado al Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre. La UTE aportó dictamen pericial sobre cumplimiento de la normativa de eficiencia energética que concluye:

«1. El proyecto técnico de fecha mayo de 2019 no cumple el Código técnico de la Edificación, pues no se adaptó con el contenido obligatorio en fase de proyecto del CTE DB HE 2019.

2. En fase de ejecución de obra no cumple la normativa de Ahorro de Energía (DB HE) del CTE. Para poder cumplir el CTE, es obligatorio adaptar las soluciones constructivas de la

envolvente de la obra, a las soluciones propuestas en el certificado de eficiencia energética adaptado al CTE DB HE 2019. Por lo tanto, se han de revisar y adaptar las soluciones constructivas de la envolvente, así como la reducción de la demanda energética de fuentes no renovables».

Alega la UTE contratista que del expediente administrativo se deduce una voluntad clara de la UTE (...) tendente al cumplimiento del contrato y por ello planteó en tiempo y forma (29.03.2023) la necesidad de modificación del proyecto para que se contemplara la necesaria adaptación de la obra proyectada al Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre

Se alega que la UTE (...) no incurrió en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, ya que formuló en tiempo y forma las pertinentes solicitudes de suspensión de la ejecución del contrato y de ampliación del plazo de ejecución de las obras, de tal forma que correspondía al órgano de contratación resolverlas «*a la mayor brevedad, adoptando las medidas convenientes para no alterar el ritmo de las obras*» (art. 142 RGLCAP), sin que la inactividad de dicho órgano pueda transformarse en incumplimiento culpable de la contratista.

Considera el contratista que teniendo en cuenta el momento en que se planteó esta causa de resolución del contrato (29/03/2023) debe considerarse prioritaria en el tiempo, por lo que conforme a lo previsto en el art. 211.2 LCSP el órgano de contratación debió considerarla en su debido momento y resolver su concurrencia o no instruyendo el oportuno procedimiento administrativo y dictando la resolución que pusiera término al mismo.

Finalmente solicita que se tenga por formulada su oposición a la resolución del contrato de ejecución de las obras «*Ejecución del (...) de Buenavista*» por la causa alegada por el órgano de contratación, y se acuerde la resolución del contrato de las obras por la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados (art. 211.1.g) LCSP), al no haberse adaptado el proyecto a las exigencias del Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre, y reconociendo el derecho de la contratista a la indemnización correspondiente por la prestación dejada de realizar en los términos previstos por la LCSP, se le devuelva la garantía definitiva constituida mediante retención en el precio y se proceda a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto y las modificaciones ejecutadas por orden de la dirección facultativa fijándose los saldos pertinentes a favor de la contratista.

3. Con fecha 4 de junio de 2024 se emite Informe por la Dirección facultativa de la obra relativo a las alegaciones formuladas por la UTE (...), en el que se expone, en síntesis, lo siguiente:

- *«A modo de contexto, debe recordarse que el proyecto "(...) de Buenavista del Norte" fue entregado en el Ayuntamiento el 21 de junio de 2019 con número de registro de entrada 2019-E-RE-158. La licitación para la ejecución de la obra se realizó el 21 de mayo de 2021 y se formalizó con fecha 20 de enero de 2022. El acta de replanteo y de comienzo de las obras se produjo el 18 de abril de 2022. La fecha de finalización de la obra se estimaba el 18 de junio de 2023. El 9 de febrero de 2023, la UTE solicitó la suspensión de la obra ante el riesgo de inviabilidad técnica y económica debida a los incrementos de los precios. El 28 de febrero el Ayuntamiento deniega dicha suspensión y considera que la eventual tramitación de la revisión excepcional de precios puede ser desarrollada de forma paralela a la continuación de las obras. El 29 de marzo de 2023 la UTE presenta informe pericial advirtiendo que el proyecto debe adaptarse al Código Técnico de la Edificación (en adelante, CTE). Desde ese momento y hasta la fecha se han ido produciendo una serie de comunicaciones entre la UTE, el Ayuntamiento y nosotros como redactores del proyecto y directores de la obra, que han culminado con la propuesta de resolución del contrato por parte del Ayuntamiento y la oposición de la UTE».*

- *(...) «La UTE se excusa en la imposibilidad de continuar la ejecución de la obra por ser necesaria una adaptación del proyecto técnico a la modificación del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (en adelante, CTE) por el Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre. Sin embargo, de los hechos descritos al comienzo de este escrito se desprende que, cuando la UTE se presentó a la licitación de la obra, ya se había producido la entrada en vigor de la modificación del CTE y, pudiendo hacerlo, no impugnó el pliego ni las condiciones del contrato».*

(...) «En consecuencia, es evidente que la modificación del CTE es solo una excusa que utiliza la UTE para suspender la obra o rescindir el contrato sin que se le penalice por ello. Esta idea se refuerza si se tiene en cuenta que el primer motivo que alegó, en su momento, eran causas económicas. Además, no aceptó la propuesta del Ayuntamiento de una posible revisión excepcional de precios desarrollada de forma paralela a la continuación de las obras para no perjudicar la correcta realización de la obra y el interés general».

La Dirección Facultativa de la obra manifiesta, en relación a la necesidad de la adaptación del proyecto de obra al Código Técnico, que han emitido tres informes sobre este asunto. Estos informes son los siguientes:

- Informe técnico de 10 de mayo de 2023 en contestación al escrito presentado por la constructora en referencia al cumplimiento del proyecto de la normativa: CTE DB HE y eficiencia energética.

- Informe de 20 de julio de 2023 en contestación al requerimiento del Ayuntamiento referente al escrito presentado por la constructora solicitando un acuerdo de suspensión temporal de la obra y una ampliación del plazo de ejecución.

- Informe de 11 de marzo de 2024 sobre el seguimiento de la obra del proyecto «*Cine–Teatro de Buenavista del Norte*» que acredita el incumplimiento de la obligación principal del contrato (art. 211.1.f LCSP) imputable al contratista, como causa de resolución del contrato.

En tales informes ya se indicada que las modificaciones efectuadas por el Real Decreto 732/2019 al CTE, según lo establecido en la Disposición transitoria primera, primer apartado, no son de aplicación al proyecto del (...), por los motivos indicados en los mismos. Por tanto, se concluye que el (...) de Buenavista del Norte, puede construirse al amparo del proyecto aprobado sin la obligación de modificarlo para adaptarlo a las exigencias sobrevenidas del Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre, por el que se modificó el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo (BOE 27/12/2019).

4. Con fecha 12 de junio de 2024 se emite Informe jurídico, en el que, en síntesis, se manifiesta lo siguiente:

- Que, habiendo transcurrido ocho meses desde el inicio de la ejecución de la obra y con un 5,30% de la totalidad de la obra certificada, a pesar de que restaban seis meses para la conclusión del plazo otorgado para la realización de la obra, solicitan la actualización de precios, la subsidiaria revisión de los mismos y la suspensión o cese temporal del contrato, acciones todas ellas que no se podrían llevar a cabo tal y como pretendía la adjudicataria y cuya negativa se justificó en el informe ya mencionado de 17 de febrero de 2023.

- Que el 25 de septiembre de 2023, cuando ya la obra debía estar terminada, se emite un nuevo informe jurídico en el que se hace un recopilatorio de todas las reclamaciones presentadas por la contrata y las justificaciones de las negativas dadas.

- Que el 19 de febrero y el 14 de marzo de 2024 se emiten sendos informes jurídicos en los que se establece el procedimiento a seguir para resolver el contrato y las posibles causas y consecuencias de dicha resolución. En base a estos informes se

emplaza a la UTE adjudicataria para que pueda presentar las alegaciones que considere ante el acuerdo de resolución del contrato.

- Que la contrata, en un nuevo intento de eludir responsabilidades, presenta escrito de alegaciones en tiempo y forma en el que insiste que la causa del retraso en la ejecución de las obras ha sido el mal funcionamiento e inactividad del órgano de contratación por considerar la adjudicataria que el proyecto de la obra que ellos también suscribieron como documento contractual, no se ajusta a la normativa vigente y no fue debidamente supervisado.

Con sus alegaciones parece que la UTE (...) se olvida que la primera reclamación que presentó no fue por este motivo y que habían transcurrido ocho meses desde el inicio de la ejecución de las obras, restando seis meses para la fecha prevista de término y habiendo ejecutado un 5,30% del total de la obra.

Que, como las pretensiones de la contrata fueron denegadas de forma justificada, en un nuevo intento de salvar los muebles, si se nos permite la expresión, recurren a la supuesta obligatoriedad de adaptación del proyecto al CTE DB HE 2019.

Con ánimo de no ser repetitivos, reiteramos y hacemos nuestros los argumentos ya contenidos en el informe de la Dirección facultativa en su informe del 4 de junio de 2024, respecto a la obligatoriedad de adaptación a la modificación legal de 2019, añadiendo, además, que parece que la contrata se olvida intencionadamente, que el inicio de las obras por parte de la Administración no es tan automático como en el caso de la solicitud de licencia de obra por un particular, pues en nuestro caso debe mediar y más en una obra con un presupuesto tan elevado, un procedimiento de licitación que impide un inicio en el plazo de seis meses como pretende convencernos la adjudicataria y como queda demostrado con la cronología y justificación dadas en los informes jurídicos anteriormente mencionados.

- Que, respecto a la cronología que plantea la contrata cuando refiere que la causa de resolución del contrato planteada por la UTE es anterior a la alegada por el órgano de contratación, lo único que hace es confirmar que los responsables de la adjudicataria olvidan el porcentaje irrisorio de obra ejecutado antes de las reclamaciones presentadas, que no viene sino a poner de manifiesto la poca dedicación a la obra, la inactividad por parte de la contrata y la irresponsabilidad frente al trabajo contratado, no llegando a dar cobertura, siquiera, al importe

exigido en concepto de garantía definitiva, que debía ser detraído del importe a abonar.

- Que, en cuanto a la liquidación, sorprende que ahora muestren su desacuerdo, pues las escasas certificaciones firmadas cuentan con su aprobación. En cualquier caso, nos remitimos a lo dispuesto en el informe de la Dirección facultativa.

Por tanto, a la vista de lo anteriormente expuesto, entendemos que las alegaciones presentadas por la adjudicataria interesada para modificar la causa de resolución del contrato no son más que un nuevo intento de eludir responsabilidades ante un contrato para el que presentaron una oferta económica en presunción de anormalidad que, voluntariamente, justificaron, en el que el ritmo de ejecución distaba mucho del previsto en el planning de trabajo preestablecido y donde han ido presentando escritos, incluso dos días antes del término del plazo de ejecución, con la intención de asumir pocas o ninguna responsabilidad ante la situación actualmente generada.

5. Con fecha 4 de julio de 2024 se formula Informe-Propuesta de Resolución en el que, por una parte, se desestiman las alegaciones efectuadas por la UTE contratista, y se propone resolver el contrato de las obras correspondientes al proyecto denominado «*(...) de Buenavista del Norte*», por incumplimiento de la constructora UTE (...) de la obligación principal del contrato, por causas imputables al contratista (art. 211.1.f LCSP), al haber ejecutado únicamente el 8,2328 % de la obra, con incautación de la garantía definitiva por importe de 241.924,60 €.

6. Mediante oficio de 5 de julio de 2024 (con registro de entrada en este Consejo consultivo el 11 julio de 2024), se solicita la emisión del Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo al amparo de lo dispuesto en la LCCC.

7. Con fecha 16 de septiembre de 2024 este Consejo Consultivo emite Dictamen n.º 505/2024, cuya conclusión es del siguiente tenor literal: *«La Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato administrativo de obras correspondientes al proyecto denominado "(...) de Buenavista del Norte", suscrito con la empresa UTE (...), no es conforme a Derecho, debiendo retrotraerse las actuaciones en los términos y por los motivos indicado en el Fundamento IV del presente Dictamen».*

En síntesis, en el citado Dictamen, se advertían una serie de deficiencias en la Propuesta de Resolución, al carecer de la necesaria exposición de hechos y fundamentos jurídicos que permitan conocer la motivación del acto, de modo que

debe emitirse nueva propuesta de resolución, en la que se expongan los debidos antecedentes de hecho relevantes para acordar la resolución del contrato que se pretende, así como la debida fundamentación jurídica en la que se sustenta, resolviendo no sólo sobre la resolución del contrato planteada por la Administración, sino entrando también a resolver cuestiones conexas, tales como la referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, al ser necesario adaptar el proyecto a una legislación sobrevenida de obligado cumplimiento, concretamente a la nueva redacción del art. 15 del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, sobre exigencias básicas de ahorro de energía (HE) operada por el Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre, que plantea la empresa interesada.

8. El 5 de diciembre de 2024 se dicta nuevo Informe-Propuesta de Resolución por el que se acuerda desestimar las alegaciones formuladas por la UTE (...), así como:

«SEGUNDO. Resolver el contrato de las obras correspondientes al proyecto denominado "(...) de Buenavista del Norte", por incumplimiento de la constructora UTE (...) de la obligación principal del contrato, por causas imputables al contratista (arts. 193.3 y 211.1.f LCSP), al haber ejecutado únicamente el 8,2328 % de la obra.

TERCERO. – Incautar la garantía definitiva por importe de 241.924,60 €. Para ello, teniendo en cuenta que la garantía se estableció mediante la retención en el precio del contrato, y a la vista de las certificaciones obrantes en el expediente, se ha detraído a día de hoy la cantidad de 199.171,64 €, habría que requerir a la UTE adjudicataria del contrato el abono de lo que resta hasta el total de la garantía, esto es 42.752,96 €».

IV

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 trascribe 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. 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 y, en este caso, en la cláusula 33 PCAP.

En la Propuesta de Resolución se señala como causa de resolución del contrato la prevista en el art. 211.1 f) LCSP, al considerar el órgano de contratación que se ha producido el incumplimiento culpable de la obligación principal del contrato.

Para determinar si efectivamente concurre la causa de resolución contractual que se contempla en la propuesta de resolución, y si, conforme a la doctrina jurisprudencial invocada, estamos ante un incumplimiento grave y de naturaleza sustancial, procede analizar las circunstancias concurrentes en la ejecución del contrato de obras que nos ocupa. Puesto que procede analizar si las causas alegadas por la UTE (...) amparan la decisión de suspender unilateralmente los trabajos contratados, de forma que el retraso final en el plazo previsto no le pueda ser imputable, en la medida en que contaría con cobertura legal y justificación para ello.

En primer lugar, estamos ante un contrato administrativo de obras cuyo objeto es la ejecución de las obras contempladas en el Proyecto denominado ejecución del (...) de Buenavista del Norte. El plazo de ejecución era de 14 meses a contar desde la suscripción del acta de comprobación del replanteo (18/04/2022), por tanto la fecha prevista para su finalización era el 18/06/2023.

Transcurridos 3 meses de ejecución de obra, se informa sobre la necesidad de realización de un nuevo estudio geotécnico ante la heterogeneidad del terreno y de la información obtenida en las barrenas ejecutadas bajo las zapatas. Por lo que se modifica el planning inicial adaptado a las nuevas circunstancias de la obra.

Desde agosto hasta noviembre se viene simultaneando la ejecución de los elementos de cimentación, contención y estructura, con la excavación. Las dificultades acontecidas para ejecutar la excavación provocaron que ésta se dilatara de los dos meses previstos en el *«planning de trabajo inicial de la obra»* hasta los cinco meses que finalmente han resultado necesarios, condicionando la ejecución del resto de la obra. Estado actual de la obra en noviembre de 2022 es: finalización de la excavación y se ha ejecutado la parte de cimentación y contención cercanas a la medianera (lindero noreste), garantizando la estabilidad de la edificación colindante. Por ello, se puede observar que las circunstancias acaecidas durante la fase de excavación no paralizaron la ejecución, pero sí implicó un justificado retraso en el plazo previsto inicialmente, de unos tres meses.

El 14/12/2022 la UTE contratista presenta la primera reclamación solicitando una *«actualización/revisión de precios»* por inviabilidad económica de la obra, señalando que el coste de las partidas que se están ejecutando ha sufrido un notorio incremento con respecto a los precios ofertados en la licitación de la obra, debido a la situación mundial actual ya conocida por todos y se comunica a los efectos de iniciar expediente de incremento de precios.

El 9/02/2023 la UTE contratista solicita al Ayuntamiento que proceda a la *«suspensión del contrato o cese temporal del mismo»* por inviabilidad económica de la obra, alegando que ha existido incrementos de precios desde la licitación de la obra (28 de mayo de 2021) hasta el día de comienzo de su ejecución (28 de abril de 2022) que evidencian un desajuste económico. Por lo que consideran que debe procederse a la actualización de precios.

El 17 de febrero de 2023 se emite Informe jurídico relativo a la solicitud de suspensión temporal del contrato a efectos de actualización de precios, el cual es notificado a la UTE el 10 de marzo de 2023, en que se concluye que no cabe la actualización de precios en el momento actual de la vigencia del contrato y por otro lado, que la tramitación de una posible revisión de precios no implica, ni requiere, la suspensión del contrato o el cese temporal de la ejecución del mismo, que en la actualidad no cuenta con justificación alguna en la documentación obrante en el

expediente. Además, en este informe se advierte al contratista que el retraso en la ejecución de las obras por causa imputable a la adjudicataria podrá llevar aparejada la imposición de penalidades y/o resolución de contrato.

Unos días después de recibir ese informe, la UTE contratista presenta, el 28/03/2023, la tercera reclamación, en este caso, por inviabilidad técnica del proyecto alegando consideraciones de eficiencia energética y al cumplimiento del CTE.

Por la Dirección Facultativa de la obra se emite informe el 25 de abril de 2023 en el que se concluye que la normativa de aplicación al Proyecto, en cuanto eficiencia energética, es el CTE DB HE 2013 y que al amparo de esta normativa será construido, obteniendo su certificado final de obra y certificado de eficiencia energética de edificio terminado. Por tanto, se considera que el proyecto NO debe adaptarse al CTE DB HE 2019.

El 15/06/2023 la UTE contratista presenta la cuarta reclamación al Ayuntamiento para que proceda a «*la suspensión temporal total de la obra del "(...) de Buenavista del Norte", en los términos ya solicitado el 30 de enero de 2023 y ahora reiterados. Subsidiariamente a lo anterior, y ante la concurrencia de evidentes causas técnicas que justifican la necesaria ampliación del plazo de ejecución se solicita que se proceda a acordar el aumento del plazo de ejecución por causa no imputable a la contratista».*

Finalizado el plazo de ejecución definido en el contrato (18/06/2023) la obra se ha ejecutado en un 8,2328 %.

3. En relación con la solicitud de actualización/revisión de precios instada por el contratista y la suspensión del contrato por dicha causa procede indicar:

La revisión de precios está regulada en los arts. 103 a 105 LCSP que posibilita la corrección o revisión del precio de un contrato para poder evitar una posible situación perjudicial para el contratista derivado de un posible aumento en el coste de la mano de obra y de las materias primas.

Debemos partir de que el precio de los contratos públicos es un elemento sustancial en el contrato y en los pliegos, de modo que no puede ser alterado *a posteriori, por lo que l*a revisión de precios es un proceso excepcional y que sólo se puede aplicar en casos concretos.

Por otro lado, debemos diferenciar la figura de la revisión de precios de la actualización de precios. En la revisión de precios, la alteración del valor de las

materias primas y mano de obra se produce durante la ejecución del contrato. En cambio, la actualización de precios tiene lugar cuando transcurre un largo período de tiempo entre la licitación y la adjudicación o la formalización del contrato y es necesario actualizar o adecuar los precios a la realidad del momento de la formalización del contrato.

Para que pueda aplicarse la revisión de precios se requiere:

- Previa justificación en el expediente.

- Que el órgano de contratación fije la fórmula de revisión en el pliego administrativo (PCAP), teniendo en cuenta la naturaleza del contrato y la evolución de los costes de las prestaciones.

- La fórmula definida en el PCAP será invariable durante la vigencia del contrato.

La revisión de precios en los contratos en los que sea posible, se podrá aplicar cuando el contrato esté ejecutado, por lo menos, en el 20 % de su importe y haya transcurrido 1 año desde su formalización (art. 103.5 LCSP). Por lo tanto, el primer 20 % de la ejecución del contrato y el primer año quedan excluidos de la posibilidad de revisión**.**

En este caso, nos encontramos con un contrato en el que cuando se solicita la revisión de precios (14/12/2022) no se había ejecutado el 20 % de su importe.

En cuanto a la actualización de precios, como ya se ha indicado, opera en un momento anterior, esto es, la variación de costes entre la presentación de la oferta y la firma del contrato.

La actualización de precios no tiene tratamiento específico en la LCSP, se trata de una figura de construcción básicamente doctrinal y jurisprudencial, que es recogida, en Sentencias del Tribunal Supremo como la STS6526/2006, de 17 de octubre de 2006, y 4716/2004, de 2 de julio, en donde se establecen, las siguientes premisas:

«Es actualización de precios, la variación acaecida durante el proceso de licitación antes de la suscripción del contrato, por contraposición a la revisión de precios que sólo opera en fase de ejecución, es decir, una vez firmado el contrato. Debe concurrir un desfase entre el actual contexto económico, y los términos de la oferta formulada. En este caso, no sólo se trata de que la oferta formulada ha quedado obsoleta, es que el mismo proyecto -licitado hace 28 meses- y su valoración económica, es OBSOLETO y, por ende, inejecutable en sus propios términos. Y como tercer elemento del derecho a la actualización de precios, está el

que se pongan de manifiesto las discrepancias con carácter previo a la firma del contrato, ya que la firma incondicionada del contrato, ya que su otorgamiento y formalización, es un acto de confirmación por el contratista de su oferta, y por tanto de consentimiento a la situación existente».

Por lo demás, la STS de 2/07/04 señala: «*No ha lugar a la actualización de precios cuando el tiempo excesivo transcurrido lo haya sido entre la apertura de proposiciones y la adjudicación, pues en este caso la LCSP art. 158.4 prevé tan solo la posibilidad de que el licitador retire su proposición, con devolución de la garantía, cuando se superen los plazos señalados en la misma para la adjudicación del contrato*».

En este caso concreto, no podemos considerar que existió un retraso o un largo período de tiempo entre la licitación y la adjudicación o la formalización del contrato, que justifique una actualización de precios, pues al anuncio de licitación se publica el 3/05/2021, el contrato se adjudica el 30/11/2021 y se formaliza el 9/12/2021. Además, el contratista no reclamó la actualización en el momento de la firma del contrato, invocando tal retraso y su perjuicio, entendiéndose, así, que existió conformidad con el precio.

Finalmente, ninguno de estos motivos, tanto la actualización como la revisión de precios son causas de suspensión o cese temporal del contrato. La suspensión del contrato o cese temporal de la ejecución del mismo se podrá acordar bien por la decisión de la Administración o bien por la del contratista por demorarse la primera más de cuatro meses en el abono del precio del contrato (art. 208.1 y 198.5 LCSP).

4. En cuanto a la necesidad de adaptar el proyecto a una legislación sobrevenida de obligado cumplimiento, concretamente a la nueva redacción del art. 15 del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, sobre exigencias básicas de ahorro de energía (HE), que entró en vigor el 28/12/2019, procede indicar lo siguiente:

A pesar de que tal modificación normativa entró en vigor el 28/12/2019, dicha alegación es invocada por la UTE contratista, por primera vez, el 28/03/2023, en la reclamación donde se invocaba la necesidad de modificación del proyecto por inviabilidad técnica, alegando consideraciones de eficiencia energética y al cumplimiento del CTE, para que se contemplara la necesaria adaptación de la obra proyectada al Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre. La UTE contratista considera que debe acordarse la resolución del contrato de las obras por la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados [art.

211.1.g) LCSP], al no haberse adaptado el proyecto a las exigencias del Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre.

Sobre la invocada adaptación del proyecto de obra a la modificación del Código Técnico de la Edificación, resulta relevante lo informado al respecto por el Director Facultativo de la obra en informes de 10 de mayo de 2023, de 20 de julio de 2023, 11 de marzo de 2024 y 4 de junio de 2024.

En tales informes ya se indicada que las modificaciones efectuadas por el Real Decreto 732/2019 al CTE, según lo establecido en la Disposición transitoria primera, primer apartado, no son de aplicación al proyecto del (...), por los motivos indicados en los mismos. Por tanto, se concluye que el (...) de Buenavista del Norte, puede construirse al amparo del proyecto aprobado sin la obligación de modificarlo para adaptarlo a las exigencias sobrevenidas del Real Decreto 732/2019, de 20 de diciembre, por el que se modificó el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo (BOE 27/12/2019).

Por otra parte, no se trataría de un cambio sobrevenido en la normativa técnica que se haya producido tras la formalización del contrato de obras, sino que este presunto vicio del que adolecería el proyecto se produce *ab origine* desde su confección y aprobación. El proyecto *«(...) de Buenavista del Norte» fue entregado en el Ayuntamiento el 21 de junio de 2019. El anuncio de licitación para la ejecución de la obra se realizó el 3 de mayo de 2021. Cuando la UTE se presentó a la licitación de la obra, ya se había producido la entrada en vigor de la modificación del CTE y, pudiendo hacerlo, no impugnó el pliego ni las condiciones del contrato.*

Por otra parte, se consideran procedentes las referencias que se realizan en la Propuesta de resolución sobre las responsabilidades de los distintos agentes intervinientes en el proceso de edificación de acuerdo con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante LOE), el Código Técnico de la Edificación, la LCSP y resto de normativa aplicable, al objeto de determinar si la entidad constructora de las obras tiene la obligación de verificar que el proyecto técnico que la entidad promotora le encarga ejecutar se encuentra adaptado a la normativa técnica que corresponda, pues sólo de esta manera podría encontrar alguna legitimidad su decisión unilateral de interrumpir los trabajos, incluso en contra de lo informado en el ámbito de sus responsabilidades por el Proyectista y Director de la Obra al respecto y sin la conformidad del órgano de contratación.

Comparte plenamente este Consejo Consultivo la fundamentación contenida en la Propuesta de Resolución, por cuanto, efectivamente, el control de legalidad técnica del proyecto en su fase de elaboración y aprobación es completamente ajeno al contratista, pues

se sitúa el presunto vicio del proyecto en un momento previo a la suscripción del contrato de obras y no por un cambio sobrevenido en la legalidad técnica que entre en vigor durante la ejecución del mismo.

La obligación del contratista es la de «ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra» (art. 11.1 LOE). En parecido sentido, el art. 238.1 LCSP sobre «Ejecución de las obras y responsabilidad del contratista», que dispone que «Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de este diere al contratista la Dirección facultativa de las obras».

Los eventuales daños y perjuicios derivados de un proyecto que no se adapte a la normativa técnica, serán responsabilidad del técnico redactor del proyecto, sobre el que sí recae esta responsabilidad, conjuntamente con la Administración actuante, por cuanto en materia de contratos del sector público ésta realiza un control de legalidad del proyecto, lo supervisa y lo aprueba, tal y como disponen los arts. 196.2 y 315 LCSP.

Por tanto, la UTE contratista tiene la obligación de ejecutar la obra conforme al proyecto que sirve de base al contrato, y no ostenta derecho o facultad para suspender la ejecución de las obras por considerar que el proyecto de obra no se ajusta a la normativa técnica. A lo que se añade que el supuesto defecto del proyecto ya se habría producido antes incluso de la formalización del contrato de obras.

Por todo ello, siendo el porcentaje de obra ejecutada a su finalización (18/06/2023) de tan solo el 8,2328 %, se constata la poca dedicación a la obra y la inactividad por parte de la contrata, incumpliendo, por tanto, la obligación principal del contrato, por causas imputables al contratista (arts. 193.3 y 211.1.f LCSP).

Por lo señalado, la resolución del contrato por causa imputable al contratista *ex* art. 211.1.f) LCSP es totalmente procedente.

5. En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, se encuentran previstos en los arts. 213 y 246 LCSP.

En este sentido, 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 declare 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 supera 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, en cumplimiento de la normativa transcrita, acuerda, en la Propuesta de Resolución incautar la garantía definitiva por importe de 241.924,60 €, que en este caso se estableció mediante la retención en el precio del contrato. No hay pronunciamiento expreso en relación con la posible indemnización de daños y perjuicios a la Administración, que podrá determinarse de forma motivada en expediente contradictorio instruido a tal efecto.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución por la que se procede a la resolución del contrato administrativo de obras denominado «*(...) de Buenavista del Norte*», suscrito con la empresa UTE (...), se considera conforme a Derecho, en atención a los razonamientos jurídicos expuestos en el Fundamento IV del presente Dictamen.