CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. S. de Vega, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y ponente
Sra. Ares González, Consejera

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 9 de marzo de 2023, ha examinado *el expediente de resolución del contrato de obras, suscrito entre la Diputación Provincial de xxx1 y la empresa Construcciones qqqq, S.L.,* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 81/2023

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El día 14 de febrero de 2023 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el expediente de resolución del contrato de obras de construcción de edificio para parque de bomberos del SEPEIS en xxx2, suscrito entre la Diputación Provincial de xxx1 y la empresa Construcciones qqqq, S.L.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 16 de febrero de 2023, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 81/2023, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Ramos Antón.

Primero.- El 28 de mayo de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato de construcción de edificios SEPEIS en xxx2, xxx3 y xxx4. El valor estimado del contrato es de 2.637.346,00 euros.

El objeto del contrato se divide en tres lotes. El lote nº 1, al que se refiere el expediente sometido a consulta, tiene por objeto la construcción de edificio para parque de bomberos del SEPEIS en xxx2.

Por Decreto del Presidente de la Diputación Provincial de xxx1 de 20 de agosto de 2021 se adjudicó el lote 1 a Construcciones qqqq, S.L., por un importe de 1.083.640,83 euros.

Segundo.- El 7 de septiembre de 2021 se formalizó el contrato. El plazo de ejecución de las obras, según la oferta realizada, era de 150 días naturales, a contar desde la fecha de inicio de las obras que se fijará en el acta de comprobación de replanteo.

El 18 de octubre se firmó el acta de comprobación del replanteo y se autorizó el inicio de las obras a partir del 25 de octubre de 2021, "una vez que la empresa haya implantado en obra los recursos necesarios para su ejecución y garantizar la seguridad", por lo que el plazo de ejecución debía concluir el 23 de marzo de 2022.

Tercero.- El 22 de febrero de 2022 la contratista solicita la ampliación del plazo de ejecución de la obra hasta el 25 de julio de 2022 (cuatro meses), alegando los problemas causados por la crisis sanitaria del COVID-19 en la cadena de suministros y en la distribución de materias primas, circunstancias que han ralentizado su actividad por falta de medios personales y materiales.

La dirección de obra y el responsable del contrato han emitido, en marzo y mayo de 2022, informes favorables a la ampliación solicitada, y el 17 de mayo el jefe del Servicio de Contratación y Patrimonio propone la estimación de la ampliación.

Cuarto.- El 24 de marzo de 2022 la contratista solicita la suspensión de la obra, como consecuencia de la huelga de transporte convocada desde el 14 de marzo con carácter indefinido, "ante la imposibilidad de disponer de los suministros necesarios [para] continuar con los trabajos previstos, tales como hormigón, saneamiento y andamios para poder ejecutar las siguientes fases constructivas".

El 30 de marzo la dirección facultativa informa favorablemente la suspensión temporal de la obra ya que las circunstancias que la motivan no

son imputables al contratista. En el mismo sentido informe el responsable del contrato el 1 de abril.

El 18 de abril la dirección facultativa emite nuevo informe en el que señala que, al haber cesado las causas que motivaron la suspensión, se reanuda la obra el 4 de abril, lo que ha supuesto una paralización de 21 días.

Quinto.- El 28 de abril la contratista solicita una modificación del contrato, con aumento del precio en 275.661,04 euros, IVA excluido, (inferior al 50 % del precio inicial del contrato), al amparo del artículo 205.2.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Alega la variación al alza de los costes en las materias primas a nivel mundial por "la recuperación económica, la lenta recuperación de la capacidad productiva a nivel mundial tras la inactividad durante la pandemia, el incremento en los precios del transporte marítimo de mercancías y los recortes de suministro por las asimetrías en las rutas comerciales y la reducción de contenedores disponibles, el encarecimiento de la energía, un dólar más bajo (…), e, incluso, las propias estrategias comerciales de los países productores de materias primas", todo ello agravado con la crisis de suministro por la invasión de Ucrania. Alega que "los sucesos acaecidos no entran a formar parte del riesgo y ventura del contratista, máxime cuando tales imprevistas variaciones no han sido adecuadamente afrontadas mediante el mecanismo de revisión de precios".

El 12 de mayo la dirección de obra realiza un informe sobre los precios recogidos en la solicitud de modificación y la evaluación de costes.

Sexto.- El 10 de mayo la contratista solicita una nueva suspensión del contrato "en tanto no se restablezca el precio de las materias primas y, por ende, el equilibrio económico del contrato, o bien no se llegue a una solución negociada que haga viable para qqqq la ejecución del contrato, como es la modificación del mismo previamente solicitada [el] 28 de abril de 2022". Solicita, asimismo, que se resuelva la solicitud de ampliación presentada el 22 de febrero anterior.

El 23 de mayo la dirección facultativa emite informe sobre la solicitud de suspensión en el que señala lo siguiente:

"1º.- Una vez revisado y analizado el documento citado, no se encuentran en el mismo argumentaciones de carácter técnico-constructivo

que requieran una justificación por nuestra parte para la tramitación de la suspensión temporal total de la obra solicitada.

»2º.- Si el procedimiento se tramita en base al resto de argumentaciones coyunturales administrativas recogidas en el mismo y se resuelve con la autorización de la suspensión solicitada por el contratista, por nuestra parte informamos que sería necesario y oportuno exigir que se acometan por parte del contratista las medidas adecuadas para la protección de la inversión ya materializada y la adopción de las medidas convenientes en materia de seguridad y protección del centro de trabajo".

Séptimo.- Previa propuesta del jefe de Servicio de Contratación y Patrimonio de 17 de mayo, informada favorablemente el 2 de junio por la vicesecretaria de la Diputación, el 9 de junio la Diputación autoriza la ampliación de plazo por tres meses, solicitada el 22 de febrero, fijando como nueva fecha de finalización de las obras el 25 de julio de 2022.

Octavo.- El 24 de junio la dirección facultativa informa que la obra está paralizada desde el 4 de mayo de 2022. Añade que dicha inactividad "no obedece a circunstancias o impedimentos de carácter técnico-constructivo que incidan en su continuidad o intermitencia, sino, conforme a las manifestaciones expuestas por la contrata, a las circunstancias coyunturales económicas y de suministros que es ajena a la actividad de obra".

Noveno.- El 13 de julio la contratista reitera la petición de suspensión del contrato presentada el 10 de mayo anterior, y solicita que "se entienda formulada con carácter retroactivo desde el 14 de marzo", fecha de inicio de la huelga del transporte.

Ante ello, el 22 de julio la dirección facultativa emite nuevo informe en el que vuelve a señalar que la inactividad no obedece a circunstancias o impedimentos de carácter técnico-constructivo.

Décimo.- El 29 de julio de 2022 la dirección facultativa emite informe sobre la situación de la obra y las posibles alternativas existentes para su conclusión. En él se indica que el importe de la obra que se encuentra ejecutada, comprobada y certificada es de 272.077,14 euros, y que está pendiente de realizar y certificar 811.563,69 euros. Concluye, "considerando la mejor opción para los intereses de la Administración y de la ejecución de la obra, (…) la continuación de la obra con el constructor adjudicatario actual

mediante la tramitación a ser posible de una modificación del contrato utilizando cualquiera de los instrumentos legales vigentes".

Decimoprimero.- El 11 de agosto se requiere a la contratista "para que, en un plazo máximo de 5 días hábiles, a partir de la recepción de esta notificación continúen con la ejecución de las obras restantes, que deberán ser terminadas en el plazo máximo de 4 meses, sin perjuicio de la aplicación de las penalidades previstas en el contrato".

Frente a dicho requerimiento, el 23 de agosto la contratista interpone recurso de reposición en el que solicita su revocación y que "se deje sin efecto la orden de continuar con la ejecución de la obra en tanto no se resuelva sobre la modificación del contrato [solicitada] o bien se alcance una solución que haga viable el contrato en las circunstancias actuales". Señala que el 22 de agosto ha reanudado los trabajos en obra, si bien añade que, "en consonancia con lo anterior y el mantenimiento de las circunstancias que motivaron la suspensión, los trabajos a realizar serán aquellos que permitan las circunstancias actuales", e incide en los perjuicios económicos que la continuación de la obra les pudiera acarrear.

Decimosegundo.- El 2 de septiembre la contratista interpone un recurso de reposición frente a la desestimación por silencio administrativo de la solicitud de modificación del contrato presentada el 28 de abril.

Previa propuesta de resolución de 28 de septiembre, el órgano de contratación desestima, el 24 de octubre, la solicitud de modificación del contrato, "al no estar previsto en el pliego rector de la contratación la revisión de precios y suponer una modificación de precio sin incorporación de unidades nuevas o a mayores, que conforme a lo indicado en la Resolución 436/2022, de 7 de abril de 2022, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (…) oculta un nuevo acto de adjudicación no siendo posible introducir una modificación sustancial mediante una negociación directa entre el adjudicatario y el poder adjudicador".

Decimotercero.- El 14 de octubre la dirección facultativa emite informe sobre el estado de las obras y sobre las medidas a adoptar por la contratista que resulten necesarias por razones de seguridad, mantenimiento y sostenimiento de las obras durante, la sustanciación, en su caso, de la nueva licitación pública.

El 18 de octubre el responsable del contrato emite informe en el que constata que el importe de la obra ejecutada y certificada es de 224.857,14 euros, lo que supone un 25,1077 % del importe de adjudicación; se refiere a las posibles penalidades a imponer por incumplimiento del contrato, a los daños y perjuicios que se originarían por la resolución por incumplimiento culpable del contratista; y reiteras las medidas a adoptar por la contratista, señaladas por la dirección facultativa.

El 26 de octubre el responsable del contrato emite nuevo informe en el que señala que se personó en la obra el 8 de septiembre y comprobó que, pese a que la contratista afirma que la obra se reanudó el 22 de agosto de 2022, "no se observa actividad en la obra ni avances en las mismas, más allá de echar en falta alguna caseta de obra y recoger material disperso por la obra". Y añade que no se ha realizado actividad alguna en la obra desde el 4 de mayo de 2022, "no existiendo circunstancias técnico-constructivas que requieran una justificación para la tramitación de la suspensión temporal de las obras o que la empresa no pueda ejecutar las mismas de acuerdo al contrato".

El 9 de noviembre el jefe del Servicio de Contratación y Patrimonio emite un informe en el que, tras relatar los principales antecedentes de la ejecución del contrato, propone el inicio del procedimiento de resolución del lote 1 del contrato por incumplimiento de la obligación principal del contrato imputable a la contratista.

Decimocuarto.- Por Decreto del Presidente de la Diputación de 28 de noviembre de 2022 se incoa el procedimiento de resolución del lote 1 del contrato, por incumplimiento de la obligación principal del contrato imputable a la contratista, al amparo del artículo 211.1.f) de la LCSP, con incautación de la garantía constituida; y se desestima "la petición de resolución por mutuo acuerdo formulada por la contratista invocando el artículo 211.1.c) LCSP".

Dicha resolución se notifica a la contratista el mismo día 28.

Decimoquinto.- El 5 de diciembre de 2022 la contratista se opone a la resolución por incumplimiento culpable, y solicita, en cambio, la resolución del contrato por concurrir la causa prevista en el artículo 211.1.g) de la LCSP ("La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo

205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido"). Con carácter subsidiario, solicita la resolución del contrato por mutuo acuerdo.

Decimosexto.- El 20 de diciembre la dirección facultativa emite un informe sobre el estado de ejecución de la obra (señala que "No se aprecia ni actividad en la obra, ni indicios de que se haya desarrollado ningún nuevo trabajo recientemente en la misma") y sobre las medidas a adoptar en la obra durante el periodo de inactividad para mantener y conservar lo construido.

Decimoséptimo.- El 3 de febrero de 2023 el jefe de Servicio de Contratación y Patrimonio formula propuesta de resolución del contrato en los siguientes términos:

"1º.- Resolver del contrato relativo al lote I (…), siendo la causa el incumplimiento de la obligación principal del contrato imputable a la contratista en los términos del artículo 211.1.f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y desestimar, en consecuencia, cualquier pretensión de resolución del contrato sin culpa del contratista.

»2º.- Incautar, al amparo de los artículos 110.d) y 213.3 LCSP, la garantía definitiva constituida por Construcciones qqqq, S.L., por importe de 44.788,54 euros mediante retención en el precio (…).

»3º.- Proceder a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista a tenor del artículo 246.1 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, citando a Construcciones qqqq, S.L., en el domicilio que figura en el expediente de contratación, para su asistencia.

»4º.- Exigir, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, al amparo del artículo 113 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos, los costes que se deriven de la nueva proyección y ejecución de la obra; de la conservación del equipamiento adquirido para el parque; de la reubicación de los miembros del cuerpo de bomberos que han de prestar sus servicios en el mismo así

como de los costes que deriven de la prestación del servicio que compete a la Diputación de xxx1 en materia de prevención y extinción de incendios mediante terceros.

»Adicionalmente y, en su caso, los que pudieran derivar de la imposibilidad de justificar, antes del 15 de octubre de 2023, la ejecución de los proyectos relativos a la construcción de los parques de bomberos de xxx1 en los términos de la subvención solicitada por la Diputación de xxx1, convocada mediante la Orden MAV/1109/2022, de 29 de agosto, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a las entidades locales para la mejora de la dotación de los servicios de prevención, extinción de incendios y salvamento en el ámbito rural de la Comunidad de Castilla y León financiadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER REACT-UE) en el marco del Programa Operativo FEDER 2014-2020 de Castilla y León.

»El importe concreto que se exija a la empresa contratante por los referidos conceptos será determinado en el correspondiente expediente contradictorio, una vez conocidos los efectivamente producidos.

Decimoctavo.- El 9 de febrero la vicesecretaria de la Diputación informa favorablemente la propuesta de resolución.

En la misma fecha el interventor de la Diputación emite el informe de fiscalización previa de requisitos básicos con resultado favorable.

Decimonoveno.- Por Decreto de 13 de febrero de 2023, el Presidente de la Diputación solicita el dictamen de este Consejo y, con tal motivo, suspende el plazo para dictar y notificar la resolución del procedimiento al amparo del artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas; lo que se notifica a la contratista el 16 de febrero.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II
CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.e), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento de resolución contractual se regula en el artículo 191 de la LCSP, relativo al "Procedimiento de ejercicio", que establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 195.1 de la LCSP, para el supuesto específico de "Resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos". Por su parte, el artículo 109.1.b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), impone la audiencia al avalista o asegurador cuando se propone la incautación de la garantía.

Estos trámites se cumplimentan en el procedimiento. En particular, la oposición de la contratista se formula en el escrito presentado el 5 de diciembre de 2022. Si bien se alude en la propuesta de resolución, al referirse a la incautación de la garantía, que se dará audiencia a la entidad avalista, lo cierto es que la propuesta concluye que la incautación de la garantía se realizará mediante retención del precio, lo que permite presumir que no existe entidad avalista (en caso contrario, no podrá incautarse la garantía si previamente no se ha concedido audiencia al avalista).

Por otra parte, en el ámbito de la Administración local el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios en este procedimiento los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación. Ambos informes, emitidos el 9 de febrero de 2023, constan en el expediente.

Finalmente, la competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, de acuerdo con los artículos 190 y 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP.

3ª.- Respecto al plazo máximo para dictar y notificar la resolución en estos procedimientos, a diferencia de la regulación anterior -que no establecía un plazo específico de duración del procedimiento-, el artículo 212.8 de la LCSP determina que el plazo máximo de resolución del procedimiento es de ocho meses, produciéndose en otro caso su caducidad.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de marzo de 2021, por la que se declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LCSP, ha afectado directamente al referido artículo, al considerar que "se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica. La regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública (STC 141/1993, FJ 5).

»Por tanto, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias al art. 212.8 LCSP. No se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras [SSTC 50/1999, FFJJ 7 y 8; 55/2018, FFJJ 7 b) y c)]".

En la Comunidad de Castilla y León la disposición adicional primera de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, en su redacción originaria (aplicable al presente procedimiento de acuerdo con la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre), dispone en su apartado 2 que "En el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León el plazo máximo para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por aquellas, cuando se hayan iniciado de oficio, será de ocho meses contados desde la fecha del acuerdo de iniciación, transcurrido este plazo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se producirá la caducidad en los términos previstos en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común". Tal disposición no es aplicable a las entidades locales.

Por ello, ante la ausencia de aplicación de un plazo específico para las corporaciones locales y las entidades vinculadas, deben aplicarse las previsiones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (norma básica), que establece que cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses (artículo 21.3) a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación; y que la falta de resolución expresa en determinados procedimientos iniciados de oficio producirá su caducidad (artículo 25.1.b).

De acuerdo con lo expuesto, puede concluirse que no se ha producido la caducidad del procedimiento de resolución del contrato, al no haber transcurrido el plazo de tres meses previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre. El procedimiento se inició el 28 de noviembre de 2022 y por Decreto del Presidente de la Diputación, de 13 de febrero de 2023, se ha suspendido el plazo para dictar y notificar la resolución; decreto que se ha notificado a la contratista.

Por último, ha de indicarse que el pasado 6 de marzo de 2023 se ha publicado en el Boletín Oficial de Castilla y León la Ley 1/2023, de 24 de febrero, de Medidas Tributarias, Financieras y Administrativas, que ha modificado el apartado 2 de la citada disposición adicional primera de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, con el fin de que se aplique a las entidades locales de la Comunidad y a sus entidades vinculadas el plazo de ocho meses para dictar y notificar la resolución en este tipo de procedimientos. Así se indica en la propia exposición de motivos de la Ley 1/2023, cuando se expone que "Dicho plazo [el de tres meses de la Ley 39/2015, de 1 de octubre] resulta insuficiente en la mayor parte de supuestos para poder dictar y notificar la resolución en los procedimientos de resolución contractual. Por este motivo se considera oportuno extender la regulación contenida al respecto en la Ley 1/2012, de 28 de febrero, también para las corporaciones locales y sus entidades vinculadas". De esta forma, la nueva redacción del apartado 2 queda como sigue: "En el ámbito de la Administración General e Institucional de la Comunidad de Castilla y León, así como de las entidades locales de Castilla y León y de sus entidades vinculadas, el plazo máximo para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por aquellas será de ocho meses contados desde la fecha del acuerdo de iniciación. Transcurrido este plazo sin que se haya dictado y notificado

resolución expresa se producirá la caducidad en los términos previstos en el artículo 25.1 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

Tal previsión ha entrado el vigor el 7 de marzo de 2023.

En todo caso, se advierte de que, dado que la Ley 1/2023, de 24 de febrero, no contiene ninguna disposición transitoria sobre la aplicación del nuevo plazo de ocho meses a los procedimientos en tramitación (tampoco hay ninguna indicación en la disposición transitoria primera de la LCSP) habrá que tener en cuenta la disposición transitoria tercera, letra a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según la cual, "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".

4ª.- En cuanto al fondo del asunto, el expediente sometido a dictamen versa sobre el procedimiento de resolución del lote 1 del contrato de obras para la construcción de un edificio para el parque de bomberos del SEPEIS en xxx2. El procedimiento se ha iniciado de oficio y se invoca como causa de resolución contractual la prevista en el artículo 211.1.f) de la LCSP, esto es, "El incumplimiento de la obligación principal del contrato". La contratista se opone a la resolución.

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

De ello se desprende que, transcurrida la prórroga concedida para la ejecución de las obras, el contrato estaría incurso en la invocada causa de resolución puesto que, como señaló el Consejo de Estado en su Dictamen 912/1997, de 27 de febrero, "(…) el simple vencimiento de los plazos sin que

la prestación del contratista esté realizada implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial".

Sobre esta causa resolutoria existe una reiterada jurisprudencia (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y doctrina del Consejo de Estado en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutivo, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. Asimismo, tal y como mantiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente "una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos".

Expuesto lo anterior, este Consejo considera que, en el presente caso, de la documentación obrante en el expediente se infiere que ha existido una pasividad culpable de la contratista en la ejecución de las obras objeto del contrato que permite concluir que concurre la causa de resolución invocada.

En los antecedentes de hecho se ha expuesto de forma detallada las incidencias más relevantes ocurridas durante la ejecución del contrato que, en síntesis, son las siguientes:

- En el acta de comprobación del replanteo se autorizó el inicio de las obras el 25 de octubre de 2021, por lo que el plazo de ejecución debía concluir el 25 de julio de 2022. Pese a ello, los trabajos no se inician hasta el 22 de noviembre, es decir, 27 días después "en principio debido al estudio de las diferentes propuestas presentadas por la empresa para la ejecución de la estructura y cerramiento, ambos prefabricados, no haciendo referencia alguna a problemas de suministros".

- El 21 de febrero de 2022 comienza a instalarse la estructura prefabricada que cuya instalación debía haberse iniciado el 26 de noviembre de 2021. La dirección facultativa pone de manifiesto que "la ejecución de la estructura prefabricada constituye un auténtico cuello de botella para la ejecución del resto de las obras".

- El 22 de febrero la contratista solicita la ampliación del plazo de ejecución, alegando que los problemas causados por la crisis sanitaria del COVID-19 en la cadena de suministros y en la distribución de materias primas había ralentizado su actividad. El 9 de junio el órgano de contratación estima la solicitud y amplía el plazo de ejecución hasta el 25 de julio.

- El 24 de marzo la contratista solicita la suspensión del contrato a causa de la huelga del transporte convocada para el 14 de marzo. El contrato estuvo suspendido hasta el 4 de abril, que se reanudaron las obras.

- El 28 de abril la empresa solicita la modificación del contrato, con aumento de su precio inicial en 275.661,04 euros. Tras interponer la contratista recurso de reposición frente al silencio de la Administración, el 24 de octubre el órgano de contratación desestima la solicitud de modificación.

- El 10 de mayo la contratista solicita una nueva suspensión del contrato "en tanto no se restablezca el precio de las materias primas y, por ende, el equilibrio económico del contrato". Sin embargo, la dirección facultativa informa el 24 de junio que la obra está paralizada desde el 4 de mayo y que esa inactividad "no obedece a circunstancias o impedimentos de carácter técnico-constructivo que incidan en su continuidad o intermitencia, sino, conforme a las manifestaciones expuestas por la contrata, a las circunstancias coyunturales económicas y de suministros que es ajena a la actividad de obra". Afirmación que reitera en un posterior informe de 22 de julio, tras reiterar la contratista el 13 de julio la petición de suspensión del contrato y solicitar que "se entienda formulada con carácter retroactivo desde el 14 de marzo", fecha de inicio de la huelga del transporte.

- El 11 de agosto se requiere a la contratista para que continúe la ejecución de las obras restantes y las concluya en el plazo máximo de cuatro meses, sin perjuicio de las penalidades previstas en el contrato.

- El 14 de octubre la dirección facultativa emite informe sobre el estado de las obras y sobre las medidas a adoptar por la contratista que resulten necesarias por razones de seguridad, mantenimiento y sostenimiento de las obras durante, la sustanciación, en su caso, de la nueva licitación pública.

El 18 y el 26 de octubre el responsable del contrato emite informes en el primero de los cuales constata que el importe de la obra ejecutada y certificada es de 224.857,14 euros, lo que supone un 25,1077 % del importe de adjudicación; se refiere a las posibles penalidades a imponer por incumplimiento del contrato, a los daños y perjuicios que se originarían por la resolución por incumplimiento culpable del contratista; y reitera las medidas a adoptar por la contratista, señaladas por la dirección facultativa. En el segundo informe señala que se personó en la obra el 8 de septiembre y comprobó que, pese a que la contratista afirma que la obra se reanudó el 22 de agosto de 2022, "no se observa actividad en la obra ni avances en las mismas, más allá de echar en falta alguna caseta de obra y recoger material disperso por la obra". Y añade que no se ha realizado actividad alguna en la obra desde el 4 de mayo de 2022, "no existiendo circunstancias técnico-constructivas que requieran una justificación para la tramitación de la suspensión temporal de las obras o que la empresa no pueda ejecutar las mismas de acuerdo al contrato".

Estos últimos informes, junto con un informe-propuesta del Servicio de Contratación y Patrimonio, motivaron la incoación del expediente de resolución del contrato.

La contratista se opone a la resolución del contrato, por concurrir fuerza mayor o riesgo imprevisible, y solicita la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 211.1.g) de la LCSP y, subsidiariamente, la resolución por mutuo acuerdo, en ambos casos sin culpa de la contratista.

A) Por lo que se refiere a la existencia de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

El contratista manifiesta que, teniendo en cuenta el contexto en el que se ha ejecutado la obra (crisis económica derivada del COVID-19, huelga general del transporte en marzo de 2022, incremento del precio de las materias primas, materiales, transportes y energía a consecuencia de la guerra en Ucrania) no puede hablarse de "una paralización unilateral de las obras por la constructora ni puede hablarse de una situación de pasividad por su parte ni de voluntad rebelde, sino ante una situación extraordinaria e imprevisible que impide a la contratista la ejecución de su contrato en las condiciones inicialmente pactadas y ante una suspensión tácita del contrato por ambas partes en tanto se lograba una solución". Por ello, considera que

la resolución propuesta, con incautación de la garantía e indemnización de daños y perjuicios, es una medida desproporcionada.

En relación con la existencia de fuerza mayor, el artículo 239 de la LCSP establece 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".

La determinación de la fuerza mayor ha de hacerse en cada caso concreto, al no poderse admitir una teoría unitaria sobre su alcance y contenido, atendiéndose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, bien a su importancia cuantitativa, bien a las circunstancias cualitativas del caso.

El Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones, entre otras en el Dictamen 986/2004, de 27 de mayo, que son causas de fuerza mayor aquellas, legalmente tasadas, que constituyen acontecimientos realmente insólitos y extraordinarios por su magnitud. Se trata de hechos que están fuera del círculo de actuación del obligado; de hechos que exceden visiblemente los accidentes propios del curso normal de los acontecimientos y de la vida por la importancia de su manifestación; de hechos ajenos e independientes de quienes los alegan; de hechos, en fin, que, aun siendo previsibles, tienen el carácter de inevitables.

En este supuesto, como ya se ha expuesto, el 9 de junio de 2022 se resuelve ampliar el plazo de ejecución de las obras hasta el 25 de julio de 2022, "motivada en las incidencias meteorológicas y retrasos en el suministro de materiales para la ejecución de la estructura prefabricada que produce un cuello de botella para la ejecución del resto de obra, causas no imputables al contratista".

Posteriormente, el 11 de agosto de 2022 se requiere a la contratista para que continúe la ejecución de las obras restantes y las concluya en un plazo máximo de cuatro meses. Los informes técnicos coinciden en señalar que no existen circunstancias técnico-constructivas que requieran una justificación para la tramitación de la suspensión temporal de las obras o que la empresa no pueda ejecutar las mismas de acuerdo al contrato. Sin embargo, no consta la reanudación de las obras por la contratista.

En el presente caso, la imposibilidad de cumplimiento del contrato se debe, en buena parte, a la falta de adopción de las debidas precauciones por la contratista. El necesario acopio de materiales, la falta de materias primas y la subida de precios, al menos la derivada de la crisis sanitaria del COVID-19, debió ser prevista por la contratista. Conviene recordar que la declaración del estado de alarma tuvo lugar mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Por tanto, una previsión de ordenado comerciante hubiera exigido la tenencia de materias primas suficiente para realizar las obras. Igualmente, la debida diligencia en el cuidado de su contrato hubiera aconsejado tener en cuenta la posible subida de precios en los materiales.

En este supuesto, por tanto, no se aprecia que concurran los requisitos legalmente exigidos para considerar la existencia de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Por tanto, sin la concurrencia específica y concreta de la exigencia legal de la fuerza mayor, no cabe desvirtuar el funcionamiento del principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa.

Este Consejo, en el reciente Dictamen 536/2022, ha manifestado que, "Asimismo, el contratista alude a que la crisis provocada por la pandemia de la COVID-19 y por el conflicto bélico en Ucrania ha provocado un incremento de las materias primas necesarias para la ejecución del contrato, que se enmarcan en el riesgo imprevisible y no en el principio de riesgo y ventura del contrato. Frente a ello, recientemente el Consejo de Estado, en su Dictamen 769/2020, de 28 de enero de 2021, recuerda que `El principio de que los contratos han de realizarse a riesgo y ventura del contratista ha sido

interpretado (entre otras muchas, por la Sentencia de 30 de abril de 1999 del Tribunal Supremo, en la misma línea de otra de 20 de enero de 1984, del mismo tribunal) en el sentido de que asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor, o incluso perder cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato. Se deriva de todo ello que el contratista asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en la prestación de los suministros, pues la obligación del contratista es una obligación de resultado, no de actividad´".

Finalmente, rechazada la concurrencia de fuerza mayor, no tendría lugar la aplicación de la doctrina jurisprudencial del principio *rebus sic stantibus* alegada tácitamente por la contratista.

En este sentido, el Dictamen 93/2019, de 28 de febrero, del Consejo de Estado, señala "la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, como límite a la aplicación del principio de riesgo y ventura, no puede trasladarse sin más a otra construcción jurídica, la de la excesiva onerosidad, aplicable a las prestaciones caracterizadas por la conmutatividad contractual. El ordenamiento español nunca ha incorporado versiones de esta índole como otros cercanos que se orientan en esta línea. Pero aún en este planteamiento tampoco sería de aplicación ese límite (el de la excesiva onerosidad) cuando no se ha pretendido por el afectado, en el curso del periodo contractual de cumplimiento, medida alguna para hacer frente al mismo".

B) Por lo que se refiere a la causa de resolución prevista en el artículo 211.1.g) de la LCSP.

El contratista afirma que la modificación contractual que solicitó era factible a la luz del artículo 205.2.b) de la LCSP, que alude a "circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato", siempre que se cumplan las condiciones recogidas en el precepto, y que "permite modificaciones sustanciales siempre que se respeten los límites recogidos en el propio apartado". Al no admitirse la modificación, considera que "la secuencia lógica sería que, tras rechazar la modificación contractual por imposibilidad legal por ser una modificación sustancial, se incoase la resolución contractual por el artículo 211.1.g) de la [LCSP] y no por el artículo 211.1 f) como se pretende de adverso".

El artículo 211.1 g) establece como causa de resolución del contrato "La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido".

Este Consejo, en el referido Dictamen 536/2022, señala que "En el contrato de obra la obligación principal es la de ejecutar la misma, no la del suministro de materiales, y su precio se fija en relación a la realización de la obra. Salvo fuerza mayor -que no concurre en ese supuesto-, la ejecución de la obra se realiza a riesgo y ventura del contratista. Así, tanto las vicisitudes que haya sufrido la vigencia del contrato, como las circunstancias externas al mismo, no son causas con entidad suficiente que motiven la imposibilidad de la realización total de la prestación y el abandono de la obra".

En este supuesto, el contratista no aporta prueba suficiente que acredite la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente previstos. No presenta prueba pericial que desvirtúe el contenido de los informes de la dirección facultativa y del responsable del contrato en los que se afirma que no existen circunstancias técnico-constructivas que permitan la suspensión de la obra.

Por otro lado, frente a lo que afirma la contratista, la solicitud de modificación contractual no se desestima solo por considerar que se trata de una modificación sustancial. Según consta en la resolución, la solicitud se desestima "al no estar previsto en el pliego rector de la contratación la revisión de precios y suponer una modificación de precio sin incorporación de unidades nuevas o a mayores, que conforme a lo indicado en la Resolución 436/2022, de 7 de abril de 2022, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) oculta un nuevo acto de adjudicación no siendo posible introducir una modificación sustancial mediante una negociación directa entre el adjudicatario y el poder adjudicador". (La afirmación de la contratista de que la doctrina contenida en la resolución del TACRC "está desfasada porque se basa en una directiva comunitaria derogada" no se ajusta a la realidad, ya que la misma se fundamenta en la LCSP actual).

En este sentido, la cláusula 34 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que el contrato se ejecuta a riesgo y ventura del contratista: "Los trabajos se ejecutarán con estricta sujeción a lo estipulado en el contrato y documentación complementaria del mismo, conforme a las instrucciones que en interpretación de este diere el Director de los mismos al adjudicatario. El contratista será responsable de la calidad de las obras que ejecute, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato".

La cláusula 35 del pliego y la letra N del cuadro de características del contrato establece que no procede la revisión de precios.

En este supuesto, el escaso volumen de obra ejecutada, concretamente un 25,1077 %, pese a la ampliación concedida y la suspensión autorizada con el fin de posibilitar su ejecución, y la ausencia de circunstancias técnico-constructivas que impidan reiniciar las obras, evidencian un incumplimiento culpable imputable a la contratista dada su pasividad negligente.

Por otra parte, no cabe obviar que la reducción del plazo de ejecución de obras sobre el previsto en el cuadro de características del contrato (seis meses) era uno de los criterios de adjudicación, ponderado con hasta 35 puntos sobre 100 (la oferta económica se ponderaba con hasta 50 puntos, y el plazo de garantía de las obras con hasta 15 puntos). Y que la contratista obtuvo 23,6842 puntos por tal criterio.

Por lo expuesto, resulta acreditada la inequívoca voluntad deliberada y consciente de la contratista de no atender las exigencias esenciales del contrato, de suerte que la Administración puede ejercitar la prerrogativa de resolución del mismo por incumplimiento grave de la contratista, que debió continuar con la ejecución de las obras una vez finalizado el plazo de la suspensión temporal de la misma, sin perjuicio del ejercicio de las acciones correspondientes que tuviese por conveniente para restablecer el desequilibrio económico del contrato.

Finalmente, el artículo 212.4 de la LCSP establece que "la resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato".

En este caso, se asume que no es posible la resolución del contrato por mutuo acuerdo al concurrir causa de resolución imputable al contratista.

Por tanto, rechazadas las alegaciones de la contratista, este Consejo entiende acreditada suficientemente la causa de resolución del contrato de conformidad con el artículo 211.1.f) de la LCSP.

5ª.- El incumplimiento culpable del contratista provoca, como efecto de la resolución, la incautación de la garantía constituida, en los términos previstos en el artículo 110.d) de la LCSP, y la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido ocasionarse a la Administración contratante por la actuación del contratista, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 213.3 de la LCSP. Todo ello sin perjuicio de la liquidación de la obra ejecutada que proceda conforme al artículo 246.1 de la LCSP: "La resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista (…)".

El mencionado artículo 213.3 de la LCSP ha de ponerse en relación con el 113 del RGLCAP, que dispone que "En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración".

Para su fijación, si procede, deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declaró que "(…) debiendo tenerse presente en esta materia de indemnización de daños y perjuicios la constante jurisprudencia que exige al que pretende hacer efectivo tal derecho que acredite la existencia real y efectiva de los daños, pues sólo podrán ser tomados en consideración aquellos perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros".

III
CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver el contrato de obras de construcción de edificio para parque de bomberos del SEPEIS en xxx2, suscrito entre la Diputación Provincial de xxx1 y la empresa Construcciones qqqq, S.L.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.