

Dictamen Núm. 293/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 1 de diciembre de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 7 de septiembre de 2022 -registrada de entrada el día 14 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de obras de construcción de la cubierta de una pista deportiva en un centro educativo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de la Consejera de Educación de 19 de noviembre de 2021, se adjudica el contrato de obras de construcción de la cubierta de una pista deportiva en un instituto de Educación Secundaria a la empresa, por el precio de 310.000 €, IVA excluido.
2. Obrar en el expediente, entre otros documentos, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas rectores del contrato de referencia.

3. Con fecha 25 de noviembre de 2021 las partes suscriben el contrato en documento administrativo, del que resulta que el plazo para la ejecución de los trabajos es de cuatro meses a contar desde el día siguiente al de la comprobación del replanteo, y que la adjudicataria ha constituido garantía definitiva, mediante seguro de caución, por importe de 15.500,00 €.

4. El día 22 de diciembre de 2021 se extiende el acta de comprobación del replanteo, en la que no consta ninguna reserva a la ejecución de la obra.

5. Con fecha 10 de febrero de 2022, la Directora del Instituto de Educación Secundaria solicita “posponer el grueso de los trabajos para el último mes de curso y prolongarlo durante la época estival de vacaciones de verano, procediendo al inicio de la obra el 1 de junio de 2022”, al haber sido informada “de las dificultades de la empresa adjudicataria (...) para realizar la misma en las fechas previstas”, y teniendo en cuenta asimismo que durante la ejecución de los trabajos “podríamos vernos afectados por motivos de horario, por restricción de accesos y por la situación socio-sanitaria”.

6. El día 11 de febrero de 2022, la representante del contratista presenta en el Registro Electrónico un escrito -dirigido al Servicio de Contratación de la Consejería de Educación- en el que responde a una solicitud de justificación del retraso en el inicio de las obras. Señala que la empresa ha sufrido “varias bajas” desde el mes de diciembre y que le ha sido “prácticamente imposible reforzar la plantilla debido a que actualmente existen problemas para encontrar personal”, afirmando a continuación que tal circunstancia “ha supuesto que se haya retrasado la fecha de finalización prevista de obras que se encontraban ya en ejecución, viéndose afectada la fecha en la que el personal destinado a otras obras pudiera ser puesto a disposición” de la de referencia.

Manifiesta que debido a las anteriores dificultades han tratado de “subcontratar los trabajos”, lo que ha resultado imposible. Y añade que están “en búsqueda de materiales”, pues “los precios (...) en estos últimos meses han subido considerablemente” y “existen problemas en cuanto a suministro”.

Adjunta copia de los partes de baja de los trabajadores de la empresa y de otras con las que -según indica- suele colaborar habitualmente.

7. Con fecha 14 de febrero de 2022, los Directores de la Obra proponen “suspender temporalmente las obras (...) de mutuo acuerdo con el contratista hasta el próximo 1 de junio de 2022”, considerando tanto la petición formulada por la Directora del centro educativo como las “especiales circunstancias manifestadas por la (...) constructora”.

8. Mediante Resolución de la Consejera de Educación de 24 de febrero de 2022, se acuerda la suspensión temporal total del contrato hasta el 1 de junio de 2022.

9. El día 7 de marzo de 2022 se levanta el acta de suspensión temporal total de las obras, en la que consta que “el estado de situación de la obra al momento de su paralización es el de una obra sin comenzar”.

10. Con fecha 1 de junio de 2022 se extiende el acta de reanudación de los trabajos, en la que no se refleja la asistencia del contratista.

Ese mismo día se presenta en el Registro Electrónico una solicitud de la adjudicataria relativa a la modificación del contrato “a fin de restablecer el equilibrio contractual”. Al objeto de justificar su pretensión alude a la situación de “caos en el mercado de los productos de construcción tanto en precios como en la seguridad de los suministros”. Afirma que los precios de la obra han experimentado “un incremento próximo al 50 % del precio de licitación y adjudicación”, y que la situación no permite “conocer con un mínimo de

certeza si los precios de hoy pueden considerarse suficientemente estables en un periodo de tiempo razonable”.

Considera que tales razones constituyen “circunstancias sobrevenidas e imprevistas” subsumibles en el artículo 205.2.2.º de la Ley de Contratos del Sector Público, y “que se cumplen también los tres requisitos que la norma exige para justificar” la modificación contractual. Subsidiariamente, para el caso de que no se acuerde la modificación que solicita, insta a que se resuelva el contrato “por la suspensión del inicio de las obras por plazo superior a cuatro meses, con la indemnización legalmente prevista a favor del contratista”.

11. Mediante Resolución de la Consejera de Educación de 6 de junio de 2022, se acuerda el levantamiento de la suspensión temporal.

12. Con fechas 14 y 15 de junio de 2022, los Directores de Obra suscriben un informe en el que analizan las manifestaciones del contratista en el escrito presentado el día 1 de ese mismo mes. En él comienzan por indicar que el incremento del precio de la obra referenciado por la contrata en un 50 % respecto del precio de licitación y adjudicación “supone una modificación sustancial del contrato, tal y como señala el art. 205 de la LCSP, puesto que introduce condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada (...) o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación”.

Significan que ha de tenerse en cuenta que “la oferta presentada por parte de la empresa constructora en agosto de 2021 (...) incurrió en baja desproporcionada, alcanzando un 5,42 % respecto del presupuesto base de licitación (...), y que la misma fue justificada mediante escrito de (...) 21 de septiembre de 2021, en el que se manifestaba que la constructora asumía (a riesgo y ventura) reducir su beneficio industrial al 3 %, así como los gastos

generales al 9,5 %, manteniendo íntegro el presupuesto de ejecución material del proyecto de obra”, añadiendo que disponían “de condiciones favorables para la ejecución de las obras por tener en propiedad numerosa maquinaria amortizada, así como depósitos de almacenamiento de combustible que le permitiría abaratar los costes de suministro de gasóleo”.

Por otra parte, destacan que “en ningún momento durante la ejecución de los trabajos” se manifestó por la constructora a la Dirección Facultativa la “imposibilidad de ejecutar los trabajos por el incremento de costes de los materiales y suministros de construcción”.

En consecuencia, entienden que “no procede la modificación del contrato” y, en cuanto a la resolución subsidiariamente solicitada, indican que la suspensión del contrato se acordó el 24 de febrero de 2022, reanudándose la ejecución de los trabajos el 1 de junio de 2022, razón por la cual el contrato estuvo suspendido “un total de 2 meses (*sic*) y ocho días”, lo que evidencia que no concurre la causa resolutoria invocada.

Finalmente, proponen la resolución por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, con incautación de la garantía e indemnización a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan de la garantía incautada.

13. Mediante Resolución de la Consejera de Educación de 7 de julio de 2022, se inicia el procedimiento de resolución del contrato por la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista, según lo establecido en el artículo 211.1, letra d), de la LCSP, con incautación de la garantía definitiva e indemnización de los daños ocasionados en lo que excedan del importe de la misma, lo que se notifica a la adjudicataria y a la aseguradora, a las que se concede un plazo de alegaciones de diez días.

14. Con fecha 21 de julio de 2022, la representante del contratista presenta en el Registro Electrónico un escrito en el que señala que “una vez levantada el acta” el contratista “procedió al vallado (...) con la evidente intención de

iniciar las obras”, si bien en aquel momento el centro educativo se encontraba “cerrado por las vacaciones de Navidad”, y afirma que “una vez llegada la fecha de su reapertura a comienzos de enero de 2022” la Dirección del centro “manifestó su intención de pedir la suspensión de las obras por los motivos que constan en el expediente y que concurrían a la fecha de reapertura”.

Reitera que “de forma paralela se produjeron varias bajas laborales” que “impidieron el inicio efectivo de las obras”, y que ya por entonces había tenido lugar una “fulminante subida de precios de los materiales de construcción, así como los retrasos en los suministros debidos a factores externos a la empresa y de general afectación al sector”, situación iniciada “justamente alrededor de la fecha de inicio de ejecución de las obras” y agravada “a lo largo de los primeros meses de 2022, produciéndose una eclosión de precios mucho mayor tras el comienzo de la invasión de Ucrania”.

Aduce que “en el caso hipotético de que las obras se hubieran iniciado a tiempo (...) se habría producido igualmente la circunstancia sobrevenida e imprevisible de la ruptura del equilibrio en el contrato de obras, dado el agravamiento de los incrementos extraordinarios en los precios de los materiales de construcción” a lo largo del primer semestre de 2022. Significa que la situación del mercado ha producido “incrementos porcentuales que van del 15 % al 40 % en las partidas principales del contrato, por lo que su ejecución implicaría un desequilibrio para el contratista que no cabe incardinar en el principio de riesgo y ventura”, y solicita por ello que se deje sin efecto el expediente de resolución contractual y se proceda a la modificación del contrato o, en su defecto, “a la resolución del contrato por mutuo acuerdo, acordando la devolución de la garantía prestada”.

Adjunta el informe elaborado por una Ingeniera Técnica de Obras Públicas el 21 de julio de 2022 en el que se concluye que “el alza desproporcionada e imprevista de los costes de los materiales del grueso de la obra resulta inasumible para el contratista dado que de continuar con la ejecución del contrato en los términos inicialmente pactados (...) no se

mantendría el equilibrio económico del contrato”. A modo de prueba, se acompaña copia de facturas y ofertas de diversos materiales.

15. El día 27 de julio de 2022, los Directores de Obra elaboran un informe en el que ponen de manifiesto, frente a lo indicado por el contratista, que el día en que se extendió el acta de comprobación del replanteo el centro “se encontraba abierto, en uso y funcionando, aunque sin clases lectivas”.

Afirman que no les consta que “fuera intención de la Dirección del centro educativo la petición de la suspensión de los trabajos por una supuesta interferencia entre las obras y la actividad docente”, pues aquellas “solo afectan a la pista deportiva existente y una franja de terreno adicional perimetral que se sitúa en una parte de los espacios libres del centro, por lo que en nada interfieren en el normal funcionamiento del mismo”, sin perjuicio de que “la zona ha de ser vallada e independizada respecto del resto de los espacios libres del centro, exclusivamente por motivos de seguridad, al igual que sucede en todas las obras de construcción de características análogas”.

Finalmente, señalan que “la suspensión acordada por la Consejería de Educación tiene su origen en el escrito suscrito por (la contratista) el 11 de febrero de 2022”, y que “esta situación de inactividad en la obra” es “responsabilidad exclusiva de la empresa constructora”.

16. Obra en el expediente el informe elaborado por una Letrada del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, con fecha 4 de agosto de 2022, en el que se concluye que concurre la causa de resolución del contrato invocada por el órgano de contratación.

17. El día 31 de agosto de 2022, la Jefa de la Sección de Contratación de la Consejería instructora suscribe propuesta de resolución en la que afirma que “concorre la causa de resolución del contrato consistente en la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”, pues se ha producido “un retraso injustificado sobre el plan de trabajos (...) por un plazo superior a

un tercio del plazo de duración inicial del contrato”, así como “el incumplimiento de la obligación principal, que es la ejecución de la obra”.

Analiza seguidamente las alegaciones del contratista, comenzando por señalar que la modificación propuesta “no se refiere a las prestaciones o actuaciones contenidas en el proyecto (...), sino al precio o coste de las mismas, lo que viene a cerrar el paso a la aplicación de lo previsto en la letra ‘g’ del artículo 211.1 de la LCSP”. Asimismo pone de manifiesto que, “no estando prevista en el (pliego de cláusulas administrativas particulares) la posibilidad de revisión de precios del contrato, la variación” de estos “debe ser asumida por el mismo de conformidad con lo expresado en el artículo 197 de la LCSP, que consagra el principio de riesgo y ventura”, y que “no procede la resolución del contrato por ‘mutuo disenso’”, pues para que esta causa resulte admisible “es preciso que no exista ningún incumplimiento por parte del contratista”.

Por último, propone resolver el contrato por la causa contemplada en la letra d) del artículo 211 de la LCSP, consistente en “la demora en el incumplimiento de los plazos” por parte del contratista, con incautación de la garantía definitiva al constatarse “el incumplimiento de la obligación principal, que es la ejecución de la obra”.

18. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de septiembre de 2022, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de obras de construcción de la cubierta de una pista deportiva en un centro educativo, objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

Con fecha 28 de septiembre de 2022, la Consejería instructora remite al Consejo Consultivo la Resolución de la Consejera de Educación de 18 de septiembre de 2022, por la que se suspende el plazo máximo para dictar y notificar la resolución con motivo de la solicitud de dictamen a este órgano, así

como los justificantes de la comunicación de la citada suspensión al contratista y a la aseguradora.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”, lo que se constata en este caso.

En el supuesto ahora examinado, si bien el contratista no se opone totalmente a la resolución del contrato, pues la admitiría de acordarse sin incautarle la garantía definitiva, sí muestra su disconformidad sobre la causa y las consecuencias pretendidas por la Administración. Como hemos señalado en ocasiones anteriores (por todas, Dictámenes Núm. 227/2016 y 235/2021), la intervención de este Consejo procede no solo cuando el adjudicatario manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la misma, la oposición se limita a las causas y efectos resolutorios.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que analizamos es la propia de un contrato administrativo de obras.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -19 de noviembre de 2021- su régimen jurídico sustantivo es el establecido en la vigente 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). Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el apartado 2 del artículo 25 de la LCSP, el establecido en la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -destacadamente el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP)-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 190 de la LCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”. El ejercicio de tal prerrogativa, a fin de garantizar no solo el interés público sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación, pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos previstos en la Ley.

La instrucción de los procedimientos de resolución contractual iniciados durante la vigencia de la LCSP se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 191 y en el artículo 212 de la LCSP; precepto este que se remite a la regulación de desarrollo contenida en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del

contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos procedimentales: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía; informe del Servicio Jurídico, salvo que no resulte preceptivo atendiendo a la causa resolutoria, y dictamen del órgano consultivo que corresponda cuando se formule oposición por parte del contratista.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de los trámites señalados, toda vez que se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa adjudicataria y a la aseguradora. Asimismo, obra entre la documentación remitida el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

Se observa, sin embargo, que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la mercantil interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo; irregularidad esta que, no obstante, tiene un carácter meramente formal.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, conforme a lo señalado en los artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP, corresponde al mismo órgano de contratación. En el supuesto examinado, el contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por la titular de la Consejería, por lo que habrá de ser dicha autoridad la que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento.

Finalmente se advierte que, iniciado el procedimiento resolutorio el día 7 de julio de 2022, y teniendo en cuenta que opera la suspensión del plazo por la petición de dictamen a este Consejo Consultivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, el plazo de resolución de tres meses (aplicable por haberse iniciado el procedimiento con posterioridad a la publicación de la

Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo -ECLI:ES:TC:2021:68-, por la que el artículo 212.8 de la LCSP queda desprovisto de su condición de norma básica) aún no ha transcurrido. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que dicho plazo, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.1.d) de la LPAC, habrá de reanudarse una vez transcurridos tres meses desde el inicio de la suspensión.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto debemos subrayar, en primer lugar, que el contratista está obligado a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por ello, en caso de incumplimiento de sus obligaciones es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en el mismo.

El procedimiento resolutorio que analizamos se incoa con base en la causa de resolución a que se refiere el artículo 211.1.d) de la LCSP, esto es, la “demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”; motivo que debe ponerse en conexión con lo establecido en el artículo 193, apartados 3 y 5, del mismo texto legal, el cual, si bien no tiene carácter básico, resultaría aquí de aplicación en defecto de normativa autonómica propia. En relación con esta causa resolutoria, venimos reiterando (por todos, Dictámenes Núm. 158/2017 y 72/2019) que la mora del contratista englobaría tres submotivos distintos: el incumplimiento del plazo total, el incumplimiento de los plazos parciales cuando este supuesto se haya contemplado en los pliegos y la imposibilidad de cumplimiento del plazo total razonablemente inferida del incumplimiento de los plazos parciales.

Ahora bien, en la contratación de referencia sucede que a la fecha de incoación del procedimiento resolutorio (7 de julio de 2022) no se había incumplido aún el plazo total de cuatro meses establecido para la realización de las obras pues, iniciado aquel al día siguiente de la comprobación del

replanteo -esto es, el 23 de diciembre de 2021-, la ejecución de los trabajos estuvo suspendida desde el 24 de febrero de 2022 hasta el 1 de junio del mismo año; por otra parte, tampoco existen plazos parciales de ejecución fijados en los pliegos aprobados para regir la contratación que pudieran haber resultado incumplidos, y por último no se ha justificado técnicamente la imposibilidad de terminar la obra dentro del plazo total como consecuencia del retraso acumulado en la ejecución del plan de trabajo, lo que podría fundamentar igualmente la resolución (por todos, Dictámenes Núm. 10/2015 y 158/2017).

En cualquier caso, considerando que la resolución se insta tras manifestar el contratista su voluntad de no acometer los trabajos en los términos acordados, reiterada en el trámite de alegaciones, y habida cuenta que el plazo total de ejecución se consume durante la instrucción del procedimiento en curso sin que los trabajos hayan llegado a iniciarse siquiera, cabe fundar la resolución contractual en “el incumplimiento de la obligación principal del contrato”, *ex* artículo 211.1.f) de la LCSP; motivo resolutorio al que se alude en la propuesta de resolución sobre la que se nos consulta, que al final de su fundamento jurídico VII señala “así como el incumplimiento de la obligación principal, que es la ejecución de la obra”.

Constatado el incumplimiento de la obligación principal del contrato, debemos examinar si cabe atribuir al empresario la falta de ejecución de los trabajos o si, como este pretende, en la situación de incremento extraordinario del coste de las materias primas necesarias para la realización de la obra debido a la coyuntura de los mercados no puede imponérsele la ejecución de la prestación en los términos pactados ni, en consecuencia, responsabilizarle del incumplimiento.

En relación con esta cuestión, ha de señalarse que el régimen de relaciones entre las partes de los contratos públicos no puede establecerse al margen de lo dispuesto en las normas que los disciplinan. Como viene declarando reiteradamente el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 31 de enero de 2022 -ECLI:ES:TS:2022:269-, Sala de lo Contencioso-

Administrativo, Sección 3.ª), “el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa”. Además, según se indica en el mismo pronunciamiento judicial, “la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (...). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación”. Según señala el Alto Tribunal en la Sentencia mencionada, “en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*), o por hechos que se consideran ‘extra muros’ del normal *alea* del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a estos supuestos de *ius variandi*, *factum principis* y fuerza mayor o riesgo imprevisible”.

En el caso que analizamos, el contratista esgrime en su defensa la necesidad de modificar el contrato con la exclusiva finalidad de incrementar el precio a obtener a cambio de la ejecución de los trabajos, al entender que concurrían circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en los términos de lo dispuesto en el artículo 205.2.b) de la LCSP, que identifica en el escrito de alegaciones presentado durante la sustanciación del trámite de audiencia con la “fulminante subida” de los precios de los materiales de construcción que,

según afirma, habría tenido lugar “justamente alrededor de la fecha de inicio de ejecución de las obras” y agravado “a lo largo de los primeros meses de 2022, produciéndose una eclosión de precios mucho mayor tras el comienzo de la invasión de Ucrania”. Tal pretensión de modificación contractual no es, sin embargo, atendible pues, como han señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de noviembre de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:4276- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Recomendación de 10 de diciembre de 2018 y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución n.º 436/2022, de 7 de abril, la modificación de los contratos públicos se refiere exclusivamente al cambio de su objeto; esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, y no al precio. En efecto, como indica la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la Recomendación que acaba de citarse, “desde el punto de vista material una modificación que afectase al precio de los contratos sería claramente una revisión de precios encubierta. Además, supondría una alteración de las condiciones del contrato que afectaría a dos elementos fundamentales del mismo, que han sido definidos en la fase de preparación como son el presupuesto y el valor estimado”.

Excluida la posibilidad de alterar en este caso el precio del contrato mediante un modificado, debemos significar que tampoco resultaba viable resolverlo por causa de riesgo imprevisible impositivo de su ejecución en los términos de lo dispuesto en el artículo 211.1 de la LCSP, pues no nos encontramos en este supuesto ante “circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas” que afecten “grandemente” al contrato que puedan hacer ceder la aplicación del riesgo y ventura, según viene señalando el Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 20 de mayo de 1999 -ECLI:ES:TS:1999:3486-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª). En particular, no cabe apreciar que haya concurrido la nota de imprevisibilidad que constituye el presupuesto de tal causa resolutoria, pues cuando el contratista concurrió a la licitación de

referencia no podía resultar ajeno, dado el ramo en que se desenvuelve su actividad empresarial, al hecho notorio del alza del coste de las materias primas que, iniciado ya en la segunda mitad del año 2020, se había consolidado e incrementado a lo largo de 2021. Pese a ello presentó, en agosto de 2021, una oferta anormalmente baja que justificó no solo en la asunción de una considerable minoración del beneficio empresarial, sino también en la reducción de los costes generales de la obra que explicaba por la disponibilidad de numerosa maquinaria amortizada y de combustible en sus almacenes, lo que -aducía- le situaba en una posición ventajosa frente al alza de los correspondientes costes. Por otro lado, no podemos dejar de destacar la falta de diligencia del empresario que, por ser consciente de la situación del mercado con precios al alza y dificultades de suministro de algunos componentes de la obra, también sabía que, de no proceder al acopio inmediato de los materiales precisos para la ejecución de los trabajos tras la adjudicación a su favor -en noviembre de 2021-, podrían verse afectados los cálculos que había realizado tres meses antes al preparar su oferta y ponerse en riesgo la propia ejecución de la obra en plazo debido a los retrasos, esperables por conocidos, en el aprovisionamiento de ciertas materias primas de las que existe escasez. Por todo ello el contratista, que no solo no procede a reunir los materiales una vez adjudicado el contrato, sino que también propicia, a sabiendas de la situación del mercado, la suspensión de los trabajos por un plazo superior a tres meses, no puede pretender ahora que la Administración pache con las consecuencias de sus desafortunadas decisiones y con unos sobrecostes que, de haberse conducido con la diligencia exigible, no se habrían generado en la misma medida.

Tampoco era posible recurrir al mecanismo de revisión de precios del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, en el que se establecen medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras -norma que sería aplicable en virtud del Acuerdo de 8 de abril de 2022, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias-, ya que en el presente caso no se dan las condiciones y requisitos materiales y procedimentales que

esta norma exige. En primer lugar, no consta en el expediente que el adjudicatario haya solicitado esta revisión extraordinaria de precios, requisito necesario de acuerdo con el artículo 9.1 del citado Real Decreto-ley. En segundo lugar, el artículo 7.1 de dicha norma condiciona el reconocimiento del derecho excepcional a la revisión de precios “cuando el incremento del coste de los materiales empleados para el contrato de obras haya tenido un impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia y hasta su finalización, esto es, una vez formalizada el acta de recepción y emitida la correspondiente certificación final”; en concordancia con esta exigencia el artículo 10.2 prevé que el pago de la revisión se aplique “en la certificación final de la obra como partida adicional”, sin perjuicio de que una vez reconocido el derecho el órgano de contratación pudiera “realizar pagos a cuenta por el importe de la revisión calculada a la fecha de pago de cada certificación de obra”. En este caso, consta en el expediente que el contratista no inició la ejecución del contrato durante el periodo de tiempo que va desde el 22 de diciembre de 2021 (fecha del replanteo de la obra) hasta el 14 de febrero de 2022 (fecha de la suspensión), como acreditan las certificaciones de obra correspondientes a los meses de diciembre, enero y febrero, así como en el acta de suspensión temporal total de las obras, de 7 de marzo de 2022, firmada por la Administración y el propio adjudicatario, en la que se recoge expresamente que “el estado de situación de la obra al momento de su paralización es el de una obra sin comenzar, por lo que no existe delimitación del espacio de la obra”. Teniendo en cuenta que durante la tramitación del procedimiento de resolución transcurrió el plazo de ejecución del contrato, no cabe apreciar un “impacto directo y relevante en la economía del contrato durante su vigencia hasta su finalización” que pudiera dar lugar a la revisión extraordinaria de precios que prevé el citado Real Decreto-ley.

En suma, dado que el incremento del coste de las materias primas que debían emplearse en la ejecución de la obra era una constante desde mediados de 2020 y, por tanto, no resultaba imprevisible para el contratista a la fecha de presentación de su oferta, está obligado a asumir el alza de los

costes de realización de la obra de conformidad con lo establecido en el artículo 197 de la LCSP; precepto que consagra el principio de riesgo y ventura en la ejecución de los contratos públicos. Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones (por todas, Sentencia de 13 de febrero de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:438-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), “el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley (...) y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial’./ Quiere ello decir que si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados la Administración no podrá reducir el precio mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que este pueda exigir un incremento del precio o una indemnización”.

En definitiva, la falta de ejecución de los trabajos dentro del plazo comprometido no puede excusarse en la concurrencia de ninguna circunstancia imprevisible al tiempo de acudir a la licitación, por lo que resulta imputable al propio adjudicatario, que no deja de estar obligado a ejecutar el contrato por más que su realización ya no le resulte rentable, bien por haber errado en los cálculos realizados al preparar su oferta, bien por haber retrasado el aprovisionamiento de los materiales de la obra en un contexto notorio de encarecimiento progresivo de las materias primas, o por una combinación de ambas circunstancias.

La constatación de que el contrato no se ha ejecutado en plazo por culpa del adjudicatario y de que concurre, por tanto, la causa de resolución

establecida en el artículo 211.1.f) de la LCSP impide la resolución del contrato por causa de mutuo acuerdo, como propone el contratista, según lo establecido en el artículo 212.4 de la misma norma, y permite acordar su extinción por incumplimiento culpable de conformidad con lo anteriormente razonado, quedando únicamente por determinar los efectos derivados de la resolución. Al respecto, el artículo 213.3 de la LCSP establece que “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”. Como hemos señalado en los Dictámenes Núm. 145/2019 y 212/2022, este precepto recupera la redacción de las disposiciones anteriores a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y con ello la clara determinación de que la resolución contractual en casos de incumplimiento culpable del contratista conllevará la incautación automática de la garantía en su totalidad con independencia de que existan o no daños y perjuicios que deban ser indemnizados y de cuál sea su importe. De este modo, en los contratos que se rigen por la LCSP -como el que ahora analizamos- la garantía definitiva cumple la función de cláusula penal o de indemnización de carácter mínimo, ligada al resarcimiento de perjuicios genéricos o indeterminados; todo ello sin perjuicio de que, cuando la garantía constituida no alcance a cubrir el importe de los daños ocasionados, la Administración podrá ejercitar una acción de responsabilidad frente al contratista para resarcirse de los mismos en lo que excedan el importe de aquella.

En el caso de que se trata, y en tanto no se acredite mediante expediente contradictorio que la resolución contractual ocasiona daños que superen el importe del seguro de caución constituido en garantía de la ejecución del contrato (15.500,00 €), la responsabilidad del contratista quedaría saldada con la incautación de dicha fianza.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución, por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de garantía, del contrato de obras de construcción de la cubierta de una pista deportiva en un centro educativo.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.