

En Logroño, a 26 de septiembre de 2012, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen O. Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

45/12

Correspondiente a la consulta formulada por el Alcalde de Santo Domingo de la Calzada, presentada por conducto del Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Política Local y Territorial, en relación con el expediente de resolución del contrato celebrado entre dicho Ayuntamiento y la empresa O. C. y P. S.A, de la obra denominada «*Proyecto de sustitución de red y eliminación de sistema de bombeo de red de saneamiento en Avda. de Haro, Calle M. y C.de B.; construcción de la red de pluviales y reposición de pavimento, financiada con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la sostenibilidad Social*».

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Por Resolución del Secretario de Estado de Cooperación Territorial, la obra denominada «*Proyecto de sustitución de red y eliminación de sistema de bombeo de red de saneamiento en Avda. de Haro, Calle M. y C. de B.; construcción de la red de pluviales y reposición de pavimento, financiada con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la sostenibilidad Social*», fue incluida, para su financiación, en el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, creado por el Real Decreto-Ley 13/2009, de 26 de octubre, debiendo ser licitado el contrato, ejecutada la obra y justificada en los plazos establecidos en dicho Decreto-Ley (la ejecución, antes del 31 de diciembre de 2010, y la justificación antes del 31 de marzo de 2011, prorrogable por seis meses, de acuerdo con el art. 16 del referido Decreto-Ley). El presupuesto de ejecución aprobado fue de 300.667,20 euros (348.773,95 euros con el IVA) y el plazo inicial —mejorable— era de seis meses, contados desde la firma del acta de replanteo.

La redacción del proyecto de obras fue adjudicada al Arquitecto D. F. J. V. A., que ha sido, a su vez, Director de obra. La Junta de Gobierno Local, órgano de contratación competente, aprobó, entre otros aspectos: i) el Proyecto básico y de ejecución de la obra, en sesión de 8 de marzo de 2010; ii) el inicio del procedimiento de adjudicación por procedimiento abierto y trámite de urgencia, en sesión de 17 de marzo de 2010; iii) el Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, en sesión de 18 de marzo de 2010; y iv) cuantas otras actuaciones fueron necesarias para la tramitación urgente del referido procedimiento de contratación.

Por esa razón, el Pliego de cláusulas establece: i) una sola anualidad de pago «correspondiente al año 2010» (Cláusula 4ª); ii) un plazo máximo de ejecución de seis meses a «concluir antes del día 31 de diciembre de 2010», que podría ser mejorado en las propuestas de los contratistas (Cláusula 7ª); iii) la adjudicación por procedimiento abierto y trámite de urgencia (Cláusula 8ª); iv) los criterios para la adjudicación del contrato (Cláusula 17ª); v) las mejoras susceptibles, sin coste para el Ayuntamiento (Cláusula 18ª); vi) los criterios para considerar si una oferta contiene valores anormales o desproporcionados (Cláusula 19ª); vii) la no revisión de precios (Cláusula 21ª); viii) la comprobación del replanteo y programa de trabajos, que habrá de formalizarse en el plazo de 15 días naturales desde la formalización del contrato (Cláusula 25ª); ix) el Plan de seguridad y salud (Cláusula 26ª); x) las penalidades que pueden imponerse al contratista incumplidor (Cláusula 30ª); y xi) la resolución del contrato (Cláusula 33ª).

Convocada la licitación correspondiente, a la que concurrieron siete empresas, la Mesa de contratación, en sesión de 6 de mayo de 2010, eleva propuesta de adjudicación provisional a favor de *O. C. y P., S.A.*, por un importe de 285.322,30 euros, más 45.651,57 euros en concepto de IVA; plazo de ejecución 4 meses y mejoras por importe de 112.440,10 euros, mereciendo la más alta puntuación (88,30 puntos, muy distanciada de la siguiente contratista, a cuya proposición se le otorgan 39,05 puntos). La Junta de Gobierno Local adjudicó definitivamente a *O. C. y P., S.A.* el contrato en sesión de 14 de junio de 2010, circunstancia que fue debidamente notificada a todos los interesados y publicada en el Boletín Oficial de La Rioja, de 30 de junio de 2010.

El 30 de junio de 2010, el Alcalde de Santo Domingo de la Calzada y el representante legal de la empresa *O. C. y P. S.A.*, a la vista de las obligaciones asumidas en su propuesta, suscribieron el correspondiente contrato administrativo de obras, con un presupuesto de adjudicación de 285.322,30 euros (a incrementar con 45.651,57 euros en concepto de IVA), un plazo de ejecución de cuatro meses, contados desde la firma del acta de replanteo y las mejoras comprometidas.

El 2 de agosto de 2010, con la firma del Director de obra y coordinación de seguridad y salud del referido Proyecto, se presenta el Plan de seguridad y salud, elaborado por la contratista, que es aprobado, el 3 de agosto, por la Junta de Gobierno Local.

Segundo

El 16 de agosto de 2010, la representación de la contratista y el Director de la obra suscriben el *Acta de comprobación del replanteo* del proyecto, acto realizado con retraso, al haberse superado ampliamente el plazo de 15 días contados desde la formalización del contrato (lo que supone un mes de retraso, relevante en un procedimiento de urgencia), establecido en la Cláusula 25ª del Pliego de cláusulas, sin que ello se justifique en el expediente.

Si bien se hace mención errónea, como fundamento jurídico del Acta, a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la edificación (pues la norma aplicable es el art. 142 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y los arts. 139, 140 y 142, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se oponga a la citada Ley 30/2007, de acuerdo con el Pliego de cláusulas administrativas), en lo que ahora interesa, el constructor declara estar en «*condiciones de iniciar los trabajos contratados*» y la Dirección facultativa, de acuerdo con el Promotor (Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada) «*autoriza el inmediato comienzo de los trabajos*». Consta al dorso en «*Observaciones al Acta de replanteo*» lo siguiente:

«... comprobada por O. C. y P. la traza de ejecución de la obra, se considera necesario el deslinde de la traza, indicando los terrenos disponibles, como paso previo al inicio de ejecución de los trabajos. Asimismo se adjunta sección tipo constructiva, deducida a partir de la sección tipo de proyecto, las distancias mínimas de seguridad del acopio de tierras excavadas a borde de zanja y lo que ocupan estas, así como plataforma mínima de trabajo y circulación de suministros, y sin cuantificar posibles ocupaciones para tránsitos peatonales ni impedimentos por servicios afectados» (sigue la expresión gráfica de la sección tipo constructiva).

Al margen ahora del retraso con el que se realizó el *Acta de comprobación del replanteo*, formalizada el 16 de agosto de 2010, la ejecución de la obra, de acuerdo con el Pliego de cláusulas y la propuesta del contratista, debía concluir el 16 de diciembre de 2010 (esto es, cuatro meses desde la firma del Acta de replanteo).

El contratista, mediante escrito de 25 de agosto de 2010, registrado en dicha fecha, remite cinco copias del Acta de comprobación de replanteo, comunica el comienzo de las obras y «*solicitud de afección de servicios y servidumbres existentes*». En tal sentido, solicita la «*tramitación del Acta de replanteo y conocimiento de las posibles afecciones de servicios en la zona de las obras*».

Tercero

No hay constancia en el expediente remitido de que las obras se iniciasen de manera inmediata a la firma del Acta de replanteo o que —presumiblemente— el contratista esperase para hacerlo a recibir la información municipal relativa a las «posibles afecciones de servicios en la zona de las obras». Como no se ha aportado el Libro de la dirección facultativa, este dato no consta acreditado, no obstante y sin perjuicio de lo que luego se dirá al respecto, parece indicar un retraso en el comienzo de las obras.

Lo cierto es que, casi dos meses más tarde (esto es, hacia la mitad del plazo de ejecución de la obra), la representación legal de la contratista presenta un escrito, en modelo de instancia general, fechado y registrado el 7 de octubre de 2010, en el que aporta diversa documentación y solicita la «paralización temporal de los trabajos hasta solucionar la problemática aparecida sobre la *conducción de gas* en la zona del C. de B.».

En dicha documentación, se hace referencia a un escrito de 5 de octubre (el cual no consta que haya sido registrado), suscrito por la representación legal de la Contratista, en el que se da cuenta de una reunión mantenida en el Ayuntamiento, el 15 de septiembre de 2010. En la misma, se les indicó que: «*se comenzaran los trabajos de excavación y que las posibles incidencias tendrían tratamiento a medida que aparecieran*». Igualmente, se hace referencia a que, iniciada la excavación, el 16 de septiembre aparece una tubería de gas, propiedad de R.G., que interfiere de forma continua y longitudinal en la ejecución de la zanja, lo que imposibilita el ritmo normal de los trabajos. En el escrito, manifiesta también que, puestos al habla con personal del R.G. les indican que la canalización debe desviarse si se pretende trabajar en la zona, debiendo ejecutarse una nueva conducción paralela. Indica el escrito de la contratista igualmente que, de todo ello, han dado noticia al Director facultativo mediante un correo electrónico que figura incorporado al expediente, así como un presupuesto de ejecución de la modificación de la canalización de gas por 50.321,50 euros. En el escrito, solicita, finalmente, la paralización temporal de los trabajos, manifestando que, desde el 16 de septiembre 2010, el personal asignado a la obra se encuentra «paralizado».

Cuarto

El Ayuntamiento remite esta documentación a la Dirección facultativa de la obra, que la informa el 13 de octubre de 2010, con registro de entrada de ese día. En síntesis, la Dirección de obra manifiesta que, de la aparición de la tubería de gas de 63 mm, «*ya teníamos constancia*», pues en el proyecto se incluye una partida presupuestaria para dichos supuestos (2.2. *Excavación mecánica de zonas...con presencia de otros servicios...*). Relata las conversaciones con el representante y personal técnico de la contratista y la reunión mantenida con técnicos de R.G. acerca de las características de la tubería: la conducción es gaseosa y no líquida, sin riesgo de explosión en caso de rotura;

que la excavación puede continuar «*al no haber riesgo de explosión y, con un poco de cuidado y unas sujeciones laterales del tubo de gas, sería suficiente*»; aunque la contratista manifiesta que no continuará las obras sin un escrito de R.G. sobre la inexistencia de peligro de explosión.

Quinto

La representación legal de la contratista, el 16 de noviembre de 2010, presenta un escrito, en modelo de instancia general, al que adjunta un escrito de 15 de noviembre, en el que comunica la imposibilidad de ejecutar el tramo de obra con afección de la tubería de gas, en tanto éste no se desvíe o corte el suministro; así como la intención de iniciar la ejecución del tramo comprendido entre los pozos 13 y 17.

Sexto

En otro escrito de la misma representación, de 24 de noviembre de 2010, se remite para aprobación por el Coordinador de seguridad y salud (Dirección facultativa) y el órgano de contratación competente, el Anexo al Plan de seguridad y salud para la ejecución de la zanja con sistema de entibación y, una vez aprobado, continuar con los trabajos objeto del contrato.

Séptimo

Mediante otro escrito de la contratista, de 16 de diciembre de 2010 (esto es, el día que finalizaba el plazo para ejecución de la obra), en el que no consta fecha de registro, a la vista de las incidencias referidas (tubería de gas que —según la contratista— hay que desplazar y nuevo anexo del Plan de seguridad y salud) y la necesidad de ejecutar la zanja con entibación en lugar a cielo abierto, solicita una ampliación del plazo de ejecución hasta el 30/08/2011 (aunque en la referencia del “Asunto” del escrito consta *solicitud ampliación de plazo 8 meses*; pero, en realidad, lo que solicita son 8 meses y medio, del 16 de diciembre de 2010 (día de la conclusión del plazo original), al 31 de agosto de 2011 (día de la conclusión del plazo propuesto).

El Director de la obra informa la solicitud y traslada (se entiende que al órgano de contratación), una propuesta de ampliación del plazo de «seis meses».

Como quiera que la obra está incluida entre las financiadas con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad-2010, el Alcalde de Santo Domingo de la Calzada, mediante escrito de 30 de diciembre de 2010, solicita, a la Directora General de Cooperación Local del Ministerio de Administraciones Públicas, una «prórroga de seis meses para aportar la *justificación* de la inversión del proyecto» referido, prórroga que es otorgada por Resolución de 17 de febrero de 2011.

No consta en el expediente un acuerdo del órgano de contratación que autorice la prórroga del plazo de ejecución del contrato.

Octavo

Un nuevo escrito de la representación de la contratista, registrado el 13 de mayo de 2011, da cuenta de las incidencias habidas en la ejecución del contrato tras la firma del Acta de comprobación del replanteo (existencia, en la traza del proyecto de la nueva tubería de saneamiento, de una serie de servicios no previstos, tales como gas, electricidad y otro saneamiento) que han requerido la modificación del Plan de seguridad y salud, aprobado por el Ayuntamiento el 30 de noviembre de 2010 (no consta incorporado al expediente dicho acuerdo), iniciándose las obras en el mes de diciembre de 2010. Indica también que ha sido necesario adoptar nuevas soluciones técnicas para la ejecución del Proyecto («entibación cuajada en toda la longitud de la tubería» diferente a la contemplada en el proyecto y transporte del material extraído de la zanja a una zona de acopios por la oposición de los propietarios). Aporta, en consecuencia, la nueva lista de precios contradictorios y la relación valorada del importe de la obra de acuerdo con los nuevos precios (el coste pasa de los 330.986,50 euros del Proyecto, IVA incluido, a 618.432,93 euros, IVA incluido). Recuerda que ha solicitado en diciembre prórroga del plazo de ejecución del contrato y no ha recibido contestación expresa.

Noveno

Mediante otro escrito de 20 de mayo de 2011, se presenta la Certificación núm. 3 y la factura, por importe de 19.484,87, correspondiente a las obras de marzo de 2011.

Décimo

El Director de obra, en informe de 6 de junio de 2011, refiere la conflictividad que ha suscitado la ejecución del proyecto desde el inicio, al renunciar la constructora a ejecutar la obra de acuerdo con el Proyecto, debido a la existencia de una canalización de gas propano. Añade que, tras diversas reuniones, «promotor y dirección facultativa aceptan la nueva propuesta para la ejecución de obra», si bien aparecen dos precios contradictorios nuevos (por la «entibación cuajada de zanjas» y por el «transporte de material procedente de la excavación»). Finalmente, señala que:

«...entre tanto, la obra continuaba y se iban produciendo certificaciones mensuales de obra, que la Dirección facultativa aceptaba y firmaba, expresando siempre que eran certificaciones “a cuenta” de los trabajos realizados. En dichas certificaciones, ya se aplicaban unos precios de las partidas nuevas con los cuales no estaba de acuerdo, y así lo manifesté a los técnicos de C. y P. O. (Francisco y Daniel), al Alcalde de Santo Domingo y al técnico municipal. El 20 de abril, D. C. me pasa por correo electrónico los precios contradictorios y descompuestos según la solicitud de la última reunión mantenida.

Pocos días después, el 4 de mayo de 2011, presento precios descompuestos que considero se han producido en la obra, de acuerdo con la base de precios "Centro", que es la que se ha utilizado en la elaboración del proyecto, y amenaza con paralizar las obras. A partir de entonces, y en tanto no lleguemos a un acuerdo en relación con los precios contradictorios, me niego a seguir firmando certificaciones de obra.

Tras una reunión mantenida en la Alcaldía el pasado 3 de julio, la empresa se mantuvo en su postura de no admitir dichos precios, e imponer sus precios contradictorios sin atender a razones lógicas del proceso constructivo y productivo. Todo ello, levantando mucho la voz»

Se adjunta al informe una Certificación de obra (no consta su numeración) por importe de 125.744,20 euros; un resumen general de la obra pendiente de ejecución. (273.515,65 euros), así como los precios contradictorios propuestos por la Dirección de obra.

El Alcalde, mediante escrito de 10 de junio de 2011, remite dicho informe y la Certificación referida, a la vista de las diferencias en las cuantías, a los Servicios municipales de Intervención, Tesorería y Arquitecto Técnico Municipal.

Undécimo

La representación de la contratista, mediante escrito registrado el 28 de junio de 2011, contesta al escrito recibido del Ayuntamiento, registrado el 13 de junio (no consta incorporado al expediente) y al que se adjunta el informe de la Dirección de obra citado en el Antecedente Décimo.

Reitera el contenido del escrito anterior, de 13 de mayo, respecto a la aparición de la tubería de gas coincidente con la traza de la nueva tubería de saneamiento, afirmando que: *«dicha canalización de gas no aparecía reflejada ni en los planos, ni en la memoria, ni en el estudio de seguridad y salud, ni en ningún otro documento del proyecto que sirvió de base para la licitación»*. Añade que fue necesario redactar un Anexo al Plan de seguridad y salud, estableciendo nuevos procedimientos de trabajo en la ejecución del colector del Proyecto; y que la obra se encuentra *de facto* paralizada, a la espera de recoger en el correspondiente expediente administrativo las nuevas necesidades no previstas. Reitera, finalmente, que, el 17 de diciembre, se solicitó aumento del plazo de ejecución no habiéndose recibido contestación.

Duodécimo

Trasladado dicho escrito al Director de obra, éste, en informe de 12 de julio de 2011, registrado el 13 julio, señala: i) que, en la traza del Proyecto, existían servicios contemplados en el Proyecto (partida 2.2); ii) que se modificó el Plan de seguridad *«debido a la paralización de las obras y a la amenaza de no continuar con las mismas si no se realizaba conforme a su exigencia (otra empresa consultada, no consideraba*

necesario dicho cambio)»; iii) que la excavación de la zanja se ha realizado a cielo abierto, sin ningún tipo de obstáculo que dificulte tal labor, es decir, sin entibación (que no es tal, sino un artefacto que se coloca con posterioridad a la excavación para la seguridad de los trabajadores que colocan las tuberías); iv) que es cierto que han surgido problemas con el transporte de tierras; v) que, de ello, resultan dos nuevos precios (por el transporte de tierras; y por la estructura de protección de los trabajadores), precios que adjunta y que fueran comunicados a la empresa por correo electrónico el 4 de mayo y contestados con otros de la empresa, que había presentado ante el Ayuntamiento el pasado 13 de mayo; vi) que, dada la diferencia de precios presentados por la empresa y los de esta Dirección facultativa, *«me niego a seguir firmando las certificaciones de obra que hasta el momento habíamos considerado como certificaciones a cuenta de la obra ejecutada»*; vii) que, dadas las diferencias entre las cantidades presentadas por la empresa y las cantidades comprobadas por la Dirección facultativa, se adjunta la Certificación de la obra ejecutada hasta la fecha y lo que resta por ejecutar, siguiendo las pautas constructivas establecidas por la contratista.

El Director de obra, mediante escrito de 17 de agosto de 2011, registrado el mismo día, entrega dos copias de la Certificación núm. 4 (127.733,50 euros) y del Modificado núm. 1 del Proyecto, de 16 de agosto de 2011, con dos nuevos precios (de la estructura metálica de protección de los trabajadores para la colocación de la tubería y del transporte de tierras), lo que supone un incremento de 47.112,08 con respecto al presupuesto de adjudicación (330.973,87 euros) y representa un alza del 14,23 % (378.085,95 euros, IVA incluido).

Decimotercero

La contratista, mediante escrito de 15 de septiembre de 2011, registrado el 22 de septiembre, señala que, el pasado 27 de junio, presentó en el Registro (no consta en el expediente este escrito) los precios contradictorios de las nuevas unidades, para su aprobación por el órgano de contratación, sin que, hasta la fecha, haya recibido comunicación alguna. Añade que, en tanto no se aprueben, supone la suspensión temporal de hecho de las unidades a ejecutar de las obras, que afecta a los trabajos de movimiento de tierra y montaje del nuevo colector. Finalmente, solicita la aprobación de los mismos y, en tanto se produce, deberá procederse a la suspensión parcial de los trabajos, pendiente de aprobar, para lo que debe suscribirse un Acta de suspensión parcial.

Decimocuarto

La contratista, mediante escrito de 18 de septiembre de 2011, registrado el 25 de noviembre, manifiesta: i) la necesidad de tramitar un Proyecto modificado con las nuevas unidades; ii) que la obra se encuentra suspendida desde el pasado mes de mayo de 2011, lo que genera costes no previstos a esta sociedad; iii) que, como quiera que la modificación

del proyecto supone incrementar sustancialmente el presupuesto inicialmente previsto, si el Ayuntamiento no tiene intención de proseguir la obra, propone la resolución del contrato por mutuo acuerdo; y iv) recuerda que están pendientes de pago las Certificaciones núms. 4 y 5, de abril y mayo de 2011, por importe de 95.748,80 euros.

Decimoquinto

La Junta de Gobierno, en sesiones de 5 de octubre y 30 de noviembre de 2011, contrató los servicios de asesoría y defensa jurídica del Abogado D. M. G. I., en relación con las actuaciones a llevar a cabo contra la contratista y contra la Dirección facultativa, por importe de 1.416 euros y 5.900 euros (por el trámite en vía administrativa) y 11.800 euros (por procedimiento judicial), respectivamente.

Dicho Letrado, presenta un *«Informe de situación y consecuencias jurídicas derivadas del Proyecto y ejecución de las obras de sustitución de red y eliminación de sistema de bombeo de red de saneamiento en Santo Domingo de la Calzada»*, de 7 de diciembre de 2011.

En la parte de “Hechos”, señala básicamente: i) respecto del Proyecto, que, «desde los primeros compases de la ejecución, se fueron advirtiendo carencias e inexactitudes respecto a la realidad del terreno; ii) que el desarrollo de las obras no se realizaba ni en tiempo ni forma previstas en el Proyecto, lo que, además, ha ido aparejando un continuo y cada vez más exagerado desfase en el previsible coste de la ejecución; iii) que, por parte de la Dirección facultativa, no se ha dado justificación alguna al desfase económico de la ejecución y tampoco se ha presentado hasta la fecha indicación en uno u otro sentido en el Libro de obras o incidencias; y iv) que, ha resultado imposible establecer una pauta de actuación consensuada, dada la importantísima diferencia económica entre lo que resultaría del coste de la ejecución de la obra al ritmo actual y la previsión inicial de coste reflejada en el proyecto.

En el “Análisis jurídico”, señala fundamentalmente: i) que la solución jurídica está en las figuras del incumplimiento por parte del contratista o cumplimiento defectuoso del contrato achacable a éste, pues es claro que *«el Ayuntamiento de Santo Domingo ha cumplido con sus obligaciones contractuales, tanto en lo que al redactor del proyecto y dirección facultativa se refiere, como a lo referido al contratista de la obra en sí»*; ii) que, el resultado, que califica de desastroso, es atribuible a *«un conjunto de factores achacables a redactor, director de obra y contratista»*; así, afirma que *«el redactor del Proyecto llevó a cabo un trabajo defectuoso, poco estudiado y no ejecutable en los términos redactados, el contratista realizó una oferta con el único ánimo de conseguir la adjudicación del Proyecto, probablemente a sabiendas de que el Proyecto era inejecutable en los términos redactados y ofertados (de no haber sido intencionada esta licitación incorrecta estaríamos ante una licitación temeraria que tampoco eximiría de*

responsabilidad al contratista) y la Dirección de obra ha estado aparente ausente de su función de control y fiscalización»; iii) que, la ejecución de los contratos de obra se lleva a cabo a riesgo y ventura del contratista, salvo fuerza mayor o justa causa; y iv) que, en suma, entiende que existe una responsabilidad concurrente y solidaria entre el redactor del Proyecto, la Dirección facultativa y el contratista de la obra, que debe dar lugar a la resolución de los contratos, y que respondan de los actuales daños causados (sobrecoste proyecto) o los futuros (pérdida de fondos para la ejecución de la obra).

Decimosexto

El Alcalde, mediante escrito de 30 de diciembre de 2011, solicita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (lo que se comunica igualmente a la Delegación del Gobierno en La Rioja) una nueva prórroga para la justificación de los proyectos municipales incluidos en el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local. Se adjunta un escrito justificativo, dado que, si bien el Ayuntamiento ha invertido todo el dinero proveniente del fondo estatal en dicho proyecto (y una cantidad considerable de recursos propios), la obra no ha podido ser finalizada por causa ajenas a la voluntad y planificación del Ayuntamiento, estando dirimiéndose la responsabilidad directa de terceras personas, pues, ha resultado imposible que, por parte de la Dirección facultativa y la contratista de la obra, se llevara a cabo una debida ejecución.

Aporta diversas Certificaciones, entre otras, la de la Interventora accidental, en la que se relacionan las certificaciones de obra presentadas por la Contratista: la núm. 1, por importe de 31.488,62 euros, IVA incluido, de 1 de febrero de 2011; la núm. 2, por importe de 106.430,86 euros, IVA incluido, de 28 de febrero de 2011; la núm. 3, por importe de 19.484,87 euros, IVA incluido, de 31 de marzo de 2011, primer documento donde aparecen relacionadas las Certificaciones de obra presentadas por la Contratista, sin olvidar las núms. 4 y 5, no aceptadas por la Dirección facultativa y, en consecuencia, no tramitadas.

Decimoséptimo

El 2 de febrero de 2012, la Secretaria General Accidental del Ayuntamiento, ante el requerimiento ministerial recibido para que se justifiquen las obras incluidas en el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, remite diversa documentación (las tres Certificaciones aprobadas y abonadas con cargo al 80% de la subvención recibida; la solicitud de prórroga; y el certificado de contratación de designación de Letrado para la resolución del contrato).

Decimoctavo

El Letrado Sr. G. I. emite un nuevo informe relativo a la resolución del contrato administrativo de obras por incumplimiento del contratista, dado que las obras no se han realizado en tiempo y forma, lo que ha supuesto, además, un exagerado desfase en el previsible coste de ejecución. Advierte que, al tratarse de un contrato administrativo, el órgano de contratación tiene las prerrogativas de interpretación del contrato de acuerdo con la ley. Señala los efectos de la resolución por incumplimiento del contratista (incautación de garantía y liquidación de daños y perjuicios) y precisa que, caso de tener que continuar la obra otro contratista o la propia Administración, debe prepararse la liquidación del contrato (constatación y medición de las obras realizadas, con fijación de los saldos a favor o en contra del contratista), que se notificará al contratista al mismo tiempo que el acuerdo de resolución.

Decimonoveno

La Junta de Gobierno Local, en sesión de 29 de febrero de 2012, acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato administrativo suscrito con O. C. y P., SA., otorgándose trámite de audiencia a la interesada, lo que se notifica el 8 de marzo de 2012.

Vigésimo

La representación legal de la contratista, mediante escrito de 2 de marzo de 2012, registrado el 5 de marzo, recuerda que se le adeuda 112.995,40 euros, importe de las Certificaciones 4 y 5, sin perjuicio de los intereses moratorios.

Vigesimoprimer

La representación legal de la contratista, mediante escrito de 20 de marzo de 2012, registrado el 23 de marzo, presenta alegaciones y se opone a la resolución del contrato tramitada. Reitera lo que ha mantenido en todos sus anteriores escritos: i) la insuficiencia del Proyecto tal como estaba redactado, por cuanto habían surgido hechos no tenidos en cuenta en su elaboración, los cuales obligaban a la aprobación de nuevas unidades de obra y a la redacción del correspondiente Proyecto modificado; que, desde mayo de 2011, la obra ha estado paralizada a la espera de que se aprobase ese Proyecto modificado, que suponía un importante incremento del precio del contrato; ii) que ni el Ayuntamiento ni el Director de obra han aceptado las diferentes alternativas propuestas por la empresa para la viabilidad del Proyecto e intentar reducir el coste de la inversión, dando «la llamada» por respuesta. Por todo ello, rechaza que la no ejecución de la obra sea imputable al contratista, al ser necesaria su modificación por aparecer hechos obstativos que impiden su ejecución en la forma original prevista. Manifiesta, en consecuencia, su rechazo a la resolución por incumplimiento, debiéndose aplicar, en su caso, la resolución por error

material del proyecto que afecte al presupuesto de la obra al menos en un 20 por ciento (art. 220.d) LCSP, apartado vigente en la fecha de adjudicación del contrato, 14 de junio de 2010, aunque luego fue suprimido por la DF 16.19, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo).

Este escrito es remitido al Letrado Sr. G. I. el 26 de marzo de 2012.

Vigesimosegundo

El 10 de julio de 2012, D. J. D. S. Ll., Secretario titular del Ayuntamiento de Alfaro y Acumulado del Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada, redacta un *Informe-certificación* para su remisión al Ministerio de Administraciones Públicas y Hacienda, a los efectos de acreditar que no se ha podido recepcionar la obra a la que se refiere este procedimiento por causas ajenas totalmente a la Administración municipal y con el objeto de conseguir enervar el posible reintegro del importe de la ejecución de la obra (el 100%), al ser financiada por el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

Expone las causas que han motivado el retraso en la ejecución del Proyecto con mención cronológica de las actuaciones. En las conclusiones, considera acreditado que «el Ayuntamiento ha actuado con la debida diligencia» y que la causa principal y más inmediata ha de imputarse a la contratista, así como que la Dirección facultativa *«ha actuado con diligencia pero con falta de determinación cuando la mercantil presentaba precios contradictorios y realizaba obras sin el consentimiento de la Dirección facultativa, cuestión por la cual se optó por resolver el contrato de la susodicha Dirección facultativa, por indicaciones del Abogado D. M. G. I. Las razones de la mercantil en no terminar la obra, tiene su origen en la presentación de su oferta económica junto con las mejoras presentadas»*.

Por lo demás, refiere que se está procediendo a la medición y liquidación de las obras efectuadas por la contratista para la liquidación del contrato y proceder con urgencia a la aprobación del Proyecto modificado y proceder a una nueva contratación para concluir las obras pendientes y su justificación antes del 31 de diciembre de 2012, como permite, cuando exista justificación suficiente, la nueva Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012.

Vigésimo tercero

El documento referido en el Antecedente anterior constituye una de las partes del extenso *Informe jurídico* del citado Secretario Acumulado, de 23 de julio de 2012, en el que se exponen y valoran las alegaciones presentadas por la contratista rechazándolas de manera categórica, considerando que la misma ha incumplido, sin justificación alguna, los plazos parciales y totales de ejecución del Proyecto y que ha actuado de mala fe. Por todo ello, propone a la Junta de Gobierno Local que rechace dichas alegaciones,

confirmando la resolución del contrato, debiéndose solicitar dictamen del Consejo Consultivo para que determine si, a la vista de la documentación, ha habido desistimiento por parte de la Administración, como parece sostener el contratista, o si, por el contrario, ha habido un incumplimiento flagrante de la contratista. Señala que debe procederse a reclamar daños y perjuicios a la mercantil, teniendo en cuenta el resultado final de la ejecución de la obra, la pérdida de las mejoras contratadas y el posible reintegro del 100% del importe de la obra, al estar financiada por el citado Fondo estatal, no obstante haberse contemplado por la Disposición Adicional Vigésimo Quinta de la Ley de Presupuestos para 2012 un plazo para acreditar que la no ejecución ha sido por causas ajenas a una buena práctica administrativa y los motivos de la no ejecución, debiéndose, en todo caso, terminar la misma y justificar el montante total de la obra.

Vigésimo cuarto

La Junta de Gobierno Local, en sesión de 24 de julio de 2012, acuerda rechazar las alegaciones del contratista y que, al haber oposición de éste, mediante acuerdo del Pleno, se solicite dictamen al Consejo Consultivo para que se pronuncie acerca de la disyuntiva contenida en la propuesta del informe jurídico del Secretario Acumulado. Dicho Acuerdo le fue notificado a la empresa interesada el 8 de agosto pasado.

El Pleno, en sesión de 31 de julio de 2012, acordó solicitar el referido dictamen de este Consejo Consultivo

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 8 de agosto de 2012, registrado de entrada en este Consejo el 3 de septiembre de 2012, el Ayuntamiento de Santo Domingo de la Calzada a través del Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas, Política Local y Territorial del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 4 de septiembre de 2012, registrado de salida el 5 de septiembre de 2012, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.

Estamos ante la resolución de un contrato administrativo de obras, tramitada por el Ayuntamiento de Santo Domingo de La Calzada, por entender que ha existido un incumplimiento culpable del contratista, el cual manifiesta su oposición, en particular, a la calificación de «culpable», por lo que es preceptiva la emisión del presente dictamen, conforme a lo dispuesto en el art. 195.3.a), de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), aplicable a este caso en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), en relación con los arts. 11.i), de nuestra Ley reguladora núm. 3/2001, de 31 de mayo; y 8.4.H), de su Reglamento, aprobado por Decreto 33/1.996, de 7 de junio.

En efecto la citada DT 1ª.2 TRLCSPP establece que *«los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior»*. El citado Texto Refundido entró en vigor el pasado 16 de diciembre de 2011 (al mes de su publicación en el BOE, de acuerdo con la Disposición Final Única del expresado Real Decreto Legislativo, circunstancia que se produjo el 16 de noviembre de 2011). Como quiera que la adjudicación del contrato sometido a nuestro dictamen fue aprobada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local el 14 de junio de 2010, la normativa aplicable a este caso es la citada Ley 30/2007, (LCSP), sin tener en cuenta las modificaciones operadas en la misma por la Ley 34/2010, de 5 de agosto ni por la Ley 2/2011, de 4 de marzo.

Segundo

Sobre la admisibilidad de la consulta presentada.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 40.2 de nuestro Reglamento orgánico, la consulta se acompañará siempre «del texto definitivo de la *propuesta del acto* o de proyecto de disposición general que constituya su objeto» (apartado A), además del «informe del órgano de gestión del expediente» (apartado C) y del «informe jurídico del órgano superior encargado de la asistencia jurídica interna» (apartado D). Todo ello, en el caso de las entidades que integran la Administración Local de La Rioja, cuando se trate de dictámenes que sean *preceptivos* y se refieran a asuntos de su competencia, de conformidad con el art. 10.2 de nuestra Ley reguladora, en relación con el art. 9 de nuestro reglamento orgánico.

Pues bien, este Consejo Consultivo considera que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 24 de julio de 2012, adoptado con fundamento en el informe jurídico del Secretario Acumulado, no constituye, en sentido estricto, una «propuesta de acto» (administrativo), en el procedimiento de resolución del contrato de obras suscrito con O. C. y P., S.A., sino que, en realidad, contiene una consulta abierta para que este Consejo Consultivo se pronuncie sobre una doble posibilidad: si ha existido desistimiento de la Administración local o incumplimiento del contratista. No constituye, en consecuencia, una «propuesta de acto».

Con independencia ahora del fundamento legal alegado por la contratista en su escrito de oposición (en el que se menciona al art. 220.d) LCSP, apartado que hace referencia a «*los errores materiales que pueda contener el proyecto...*», y que es distinto del contemplado en el apartado c), referido al «*desistimiento o la suspensión de las obras...*», (lo que supone una de las equivocaciones aplicativas a las que dan pábulo los incesantes cambios normativos en esta materia, antes aludidos y como respecto de este mismo precepto tuvimos ocasión de apreciar en nuestro Dictamen 37/2012), es cierto que, además de oponerse a la resolución, la contratista reclama una indemnización «por *desistimiento del contrato* y los daños y perjuicios causados por la *suspensión* de la obra». El Acuerdo de la Junta de Gobierno Local debía contener, sin embargo, una «propuesta de acto» clara, esto es, optar por la resolución del contrato, con indicación de la causa resolutoria del mismo, pero no, formular —como ha hecho— una consulta disyuntiva sobre la concurrencia de dos posibles causas de naturaleza y efectos bien distintos.

El carácter abierto de la atípica Propuesta de resolución presentada nos convierte en un simple órgano asesor de la entidad local, condición no contemplada en nuestra Ley y Reglamento reguladores. Ello nos debería llevar a devolver el expediente para que se formulase debidamente el contenido de la consulta. No obstante, este Consejo Consultivo, de acuerdo con el principio antiformalista y en aras a la eficacia de la acción

administrativa (bien mermada en el presente procedimiento), entrará al fondo del asunto y se pronunciará acerca de si concurre causa de resolución y si es imputable a la contratista.

Tercero

Normativa aplicable al presente procedimiento de resolución contractual.

Como ya hemos indicado, el presente expediente ha de resolverse con arreglo a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), en la medida que sea compatible con dicha Ley, al haberse adjudicado el contrato, cuya resolución se propone, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), actualmente vigente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera.2 de este último Texto Refundido. Esto es, como quiera que su entrada en vigor se produjo el 16 de diciembre de 2011 (al mes de su publicación, que tuvo lugar el 16 de noviembre de 2011) y la adjudicación del contrato fue acordada el 14 de junio de 2010, la normativa aplicable no es el actualmente vigente TRLCSP, sino la antes referida LCSP, es decir, la Ley 30/2007, pero sin tener en cuenta las modificaciones operadas en ella por las Leyes 34/2010, de 5 de agosto y 2/2011, de 4 de marzo.

En consecuencia, son aplicables a la ejecución de este contrato sometido a resolución, de acuerdo con la citada norma legal y la Cláusula 6ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, las disposiciones establecidas en los arts. 196 a 201 LCSP («*De la ejecución de los contratos*», Capítulo III, del Libro IV), desarrollados por los arts. 94 a 100 RCAP, en la medida que sean compatibles con la LCSP; el art. 205 LCSP («*Cumplimiento de los contratos*»); los arts. 206 a 208 LCSP («*Resolución de los contratos*»); arts. 220 a 222 LCSP («*Resolución del contrato de obras*»), así como otros preceptos relativos a devolución y cancelación de las garantías (art. 90 LCSP) o los generales relativos a las prerrogativas de la Administración (art. 194 y 195 LCSP, («*Prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos*», Capítulo II, del Libro IV), disposiciones todas ellas que, repetimos, deben ser aplicadas en la redacción dada a las mismas por la Ley 30/2007, vigente a 14 de junio de 2010, fecha de adjudicación del contrato, y, por tanto, sin tener en cuenta las modificaciones operadas en la misma por las Leyes 34/2010 y 2/2011, ni por el TRLCSP vigente en la actualidad.

Tercero

Sobre la causa de resolución del contrato.

1. Consideraciones generales.

Antes de entrar a examinar la cuestión de fondo que suscita el presente dictamen, llama la atención que se inste, en julio de 2012, la resolución de un contrato de obras cuyo plazo de ejecución, de cuatro meses, debió concluir el 16 de diciembre de 2010, esto es, que se trate de resolver más de año y medio después. En este lapso temporal, se ha sucedido una compleja serie de actuaciones que evidencian el patente fracaso de la relación negocial establecida entre el Ayuntamiento y la contratista. La Administración municipal no ha podido ni ha sabido ordenar esta relación contractual mediante los instrumentos jurídicos de los que dispone como Administración pública (prerrogativas contractuales), con vistas al buen fin y a la satisfacción del interés público general que el objeto del contrato pretendía, en el marco de un plan de financiación estatal muy favorable para los intereses municipales.

Las fechas y lapsos temporales de las actuaciones formalizadas evidencian que, con independencia de las específicas responsabilidades en que puedan haber incurrido tanto la Dirección facultativa y —de manera particular— la Contratista, principal obligada a la ejecución de la obra y al cumplimiento del contrato, la Administración municipal ha contribuido con su inactividad funcional (falta de ejercicio de sus potestades) al fracaso del contrato.

En efecto, la Administración municipal, en cuanto titular y promotora de la obra pública contratada, está investida de potestades y prerrogativas públicas, particularmente expeditivas en materia contractual (art. 194 y 195 LCSP), como manifestación de la autotutela administrativa. Estas potestades y prerrogativas no se han ejercitado con la diligencia temporal debida para vencer la resistencia de la contratista a ejecutar el Proyecto como fue concebido; para aprobar, en su caso, los modificados necesarios del Proyecto original y exigir su cumplimiento a la contratista por razón de su cuantía; para autorizar expresamente las prórrogas del contrato; para decidir ejecutoriamente los desacuerdos sobre precios que la contratista y la Dirección facultativa han tenido; y para imponer, en fin, a la contratista, las penalidades previstas en el Pliego, ante su reiterado y pertinaz incumplimiento del contrato.

No es función de este Consejo indagar las causas de esta inactividad funcional. Nos limitamos a constatarla a la vista de las actuaciones formalizadas en el expediente remitido. Esta inactividad funcional bien pudiera guardar relación con la falta de personal cualificado en el Ayuntamiento de Santo Domingo de La Calzada (en particular, de funcionarios con habilitación nacional, tanto de la Subescala de Secretaría, como de

Intervención y Tesorería). Esa inactividad funcional en la dilatada y extemporánea ejecución del contrato sólo cabe atribuirla y explicarla por una insuficiente labor de asesoramiento legal, que, además, se ha proyectado en la desordenada y deficiente documentación remitida, motivo por el que fue devuelto el expediente a la Administración municipal para su correcta ordenación. En la relación fáctica recogida, puede apreciarse, además, la falta de integración del expediente, al faltar o no constar diversa documentación necesaria para resolver con fundamento la consulta hecha. También ha podido influir el cambio de composición de la Corporación municipal, producido en mayo de 2011, si bien ello se produce ya vencido el plazo originario de finalización del contrato, y esta circunstancia no debiera ser relevante, siempre que exista personal administrativo cualificado que garantice la continuidad de la acción administrativa.

2. Incidencias en la ejecución del contrato.

La principal incidencia ocurrida en la ejecución del contrato es la aparición, en la traza por la que debía discurrir la nueva tubería de saneamiento y de aguas pluviales, de una conducción de gas. Ninguna observación expresa se hace en el Acta de comprobación del replanteo a esta circunstancia ni se advierte deficiencia alguna del Proyecto, salvo una genérica solicitud para que el Ayuntamiento comunique acerca de la posible afección a otros servicios. No consta acreditado el momento preciso en que se pone de manifiesto la existencia de esa conducción de gas.

Para la contratista, esta conducción no estaba expresamente prevista en el Proyecto técnico, lo que explica su negativa y cautela a la hora de acometer la ejecución del Proyecto, una vez descubierta, para salvaguardar la seguridad de los trabajadores (a cuyo fin presenta un Anexo al Plan de seguridad) o su exigencia de un Proyecto modificado, con nuevos precios, al no estar contemplados en el Proyecto original y al variar la forma de su ejecución (entibación de la tubería). Ello le lleva a suspender las obras, en distintos momentos; a solicitar la prórroga del plazo de ejecución; a exigir un Proyecto modificado que duplica el precio de ejecución del Proyecto originario; y a presentar nuevos precios contradictorios, con arreglo a los cuales liquida la obra ejecutada en las certificaciones que presenta.

La Dirección Facultativa de la obra y autora del Proyecto técnico, considera, por el contrario: i) que éste ya contaba con una previsión genérica (Apartado 2.2 excavación mecánica de zonas con presencia de otros servicios), caso de que existieran servicios afectados (telefonía, electricidad, gas u otros) por el Proyecto; ii) que éste podía ejecutarse sin riesgo alguno para los trabajadores; iii) que ha aceptado los precios aplicados en las tres primeras Certificaciones, entendiéndolos «a cuenta», pues no estaba de acuerdo con ellos, razón por la que se ha negado a aprobar las Certificaciones 4 y 5; iv) que la excavación de la zanja se ha realizado, como estaba previsto a cielo abierto, sin entibación; que, no obstante, presenta un Proyecto modificado, con dos nuevos precios

contradictorios, que únicamente supone un incremento de un 14,23% del Proyecto original (378.085,95 euros, IVA incluido); y v) que, presenta una valoración de la obra ejecutada y de la que resta por ejecutar.

Estas discrepancias continuadas y no resueltas de manera ejecutoria por la Administración municipal explican las sucesivas suspensiones de la obra, las incidencias administrativas, las solicitudes de prórroga y la no conclusión de la obra contratada en plazo y también que, en el momento actual, sólo se haya ejecutado una parte de la misma. Previsiblemente, el coste final de la obra, con los precios ofertados por la Contratista, supondría un aumento muy considerable del coste del Proyecto y cabe la posibilidad de perder la ayuda estatal si no se justifica en tiempo y forma.

Los informes jurídicos obrantes en el expediente del Abogado contratado por el Ayuntamiento y del Secretario Acumulado aluden a la existencia de un Proyecto «defectuoso, poco estudiado y no ejecutable» (según el primero de los informes); a la «falta de determinación» de la Dirección facultativa ante la actuación de la contratista (según el segundo) y a una «licitación temeraria» y mala fe continuada por parte de la contratista empeñada en conseguir un modificación del contrato para compensar su baja oferta económica (valoración que comparten ambos informes).

A) Respecto de lo adecuado o no del Proyecto técnico, no se ha acreditado en el expediente, mediante un informe técnico *ad hoc*, el fundamento de esa valoración, salvada la posición defendida por la contratista para justificar un Proyecto modificado. Nuestra competencia estrictamente jurídica limita la capacidad de pronunciamiento sobre este extremo. En todo caso, si nos atenemos a los informes presentados por la Dirección facultativa, la previsión genérica existente en el Proyecto daba cobertura a aquellos trabajos necesarios para salvar otros servicios que pudieran existir en la traza del Proyecto a ejecutar (caso del gasoducto), sin perjuicio de la posibilidad de llevar a cabo ciertos modificados que no alterasen esencialmente el Proyecto. Así dicha Dirección facultativa, manifiesta que «*la excavación de la zanja se ha realizado a cielo abierto, sin ningún tipo de obstáculo que dificulte tal labor, es decir, sin entibación (que no es tal, sino un artefacto que se coloca con posterioridad a la excavación para la seguridad de los trabajadores que colocan las tuberías)*» (Informe de 12 de junio de 2011, Antecedente Duodécimo). En coherencia con ello, la Dirección facultativa propone un Proyecto modificado que supone un incremento del coste del 14,23%, al incluir dos nuevos precios, incremento que contrasta con el del 100% propuesto por la contratista.

B) La señalada «falta de determinación» de la Dirección facultativa no tiene en cuenta que el obligado contractual es la contratista y, sin su colaboración, está asegurado el fracaso del contrato. En sus informes, ha dejado constancia de sus discrepancias y no aceptación de los precios propuestos por la contratista. No consta que haya propuesto al órgano de contratación que resolviera ejecutoriamente los desacuerdos y, llegado el caso,

se impusieran, penalidades al contratista. No puede ignorarse que la Administración municipal, como titular y promotora de la obra, no puede desentenderse de la marcha del contrato y debe supervisar la actuación realizada por la contratista y la Dirección Facultativa.

C) En cuanto a la existencia de una oferta con valores anormales o desproporcionados (la denominada tradicionalmente «baja temeraria»), debe señalarse que dicha cuestión está regulada en el art. 136 LCSP, que establece unos criterios mínimos a desarrollar bien reglamentariamente o por los Pliegos de cláusulas, en función de que se establezca un único criterio de adjudicación (precio) o varios (otros, además del precio). Debe tenerse en cuenta que el art. 85 RCAP desarrolla lo dispuesto en el art. 83 de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (LCAP, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), que ha sido derogada por lo dispuesto en el vigente y aplicable art. 136 de la Ley 30/2007 (LCSP) y dicho desarrollo reglamentario, aplicable en cuanto no contradiga a esta última Ley, no contiene criterio alguno en los casos de adjudicación con varios criterios. Hemos de estar, en consecuencia, a lo dispuesto en las Cláusulas 17ª, 18ª y 19ª del contrato.

En la Cláusula 17ª, se establecen los criterios para adjudicar el contrato (oferta económica, máximo 10 puntos; fomento de empleo, máximo 20 puntos; minoración plazo de ejecución, máximo 10 puntos; mejoras, máximo 50 puntos y ampliación plazo de garantía de las obras, máximo 10 puntos). Puede constatarse la relevancia que se otorga a las mejoras, especificadas en la Cláusula 18ª. La Cláusula 19ª considera que la oferta contiene valores anormales o desproporcionados *«cuando la adjudicación deba hacerse teniendo en cuenta **más de un criterio** de adjudicación, siempre que el precio ofertado sea inferior en un 10% a la media del total de los ofertados»* (Apartado b).

Esta previsión resulta insuficiente y contradictoria para valorar las ofertas presentadas, pues es evidente que, como la Cláusula 17ª establece varios criterios para la adjudicación, no debiera haberse limitado a tener en cuenta exclusivamente el «precio ofertado» (la oferta económica), sino también, las «mejoras» propuestas, que deben ser «debidamente cuantificadas y valoradas económicamente». En aplicación estricta y literal del Pliego, la oferta de la contratista no puede considerarse anormal o desproporcionada (al no ser inferior en un 10% a la medida del total de los ofertados»). Sin embargo, si al precio ofertado se suma la cuantía de las mejoras (112.440,10 euros, lo que supone más de un 30% del valor del importe de adjudicación del Proyecto, resultando, en consecuencia, la mejor oferta con diferencia, determinante de la adjudicación), es patente que la oferta presentada es extraordinariamente «anormal y desproporcionada». No se interpretó así el Pliego, y la Mesa de contratación, sin voto discrepante alguno, propuso adjudicar el contrato a O. C. y P., S.A., propuesta elevada a definitiva por la Junta de Gobierno Local.

D) Esta circunstancia puede explicar la actuación posterior desplegada con tenacidad por la contratista y su «resistencia» a ejecutar en sus propios términos el Proyecto originario, a la búsqueda de un Proyecto modificado, que compensara su oferta «anormal y desproporcionada». Lo que no puede ignorar la contratista —con independencia de su estrategia más o menos exitosa— es que una de las características del contrato de obras es su naturaleza de «negocio fijo», en el que «*el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada, implica, ipso iure, la calificación de incumplimiento a causa de éste*» (Dictámenes del Consejo de Estado de 26 de octubre de 1967 y 13 de enero de 1983, entre otros), sin necesidad de interpelación o intimación previa por parte de la Administración, como establece ahora el art.196.3 LCSP, aplicable al contrato, salvo que el retraso no se hubiere producido por causas imputables a la contratista. La existencia de la conducción de gas la ha utilizado como coartada a su propósito para obtener una mayor remuneración, haciendo imposible la ejecución del contrato en plazo. En este contexto, ha de ponerse su alegación —rechazable— de que «el contrato no se contrató a precios cerrado(s)». No ha de extrañar que, ante esa estrategia, solicitase el último día del plazo, el 16 de diciembre de 2010, una prórroga del contrato (de más de 8 meses, lo que duplica, el plazo de 4 meses de ejecución al que se había comprometido y que fue otro factor determinante de la adjudicación), informada favorablemente por la Dirección facultativa, pero sobre la que el Ayuntamiento no se ha pronunciado expresamente, pese a que obtuvo del Ministerio prórroga hasta el 30 de junio de 2011 para justificar la inversión financiada por el Fondo estatal.

La inactividad municipal no puede ser calificada sino de **prórroga tácita**, lo que, sin perjuicio de que constituya una irregularidad, crea una extraordinaria inseguridad jurídica. En modo alguno puede interpretarse esta inactividad formal como desistimiento o suspensión de la obra decidida por la Administración. Lo cierto es que las obras continuaron, de manera que, en los meses de febrero y marzo de 2011, se presentan las tres primeras Certificaciones, que son aprobadas «a cuenta»; y, en abril y mayo, las número 4 y 5, que no son aprobadas por la Dirección facultativa, al aplicar precios no aceptados ni aprobados.

Con posterioridad, la Dirección facultativa presentará el Proyecto modificado núm. 1 y los nuevos precios con un ligero incremento del coste del Proyecto. Esos precios no son aceptados por la contratista, que propone otros, los cuales suponen un incremento muy notable del coste de la obra, incremento que no quedaría cubierto por la ayuda estatal y debería ser asumido con recursos propios del Municipio. Las obras habían quedado suspendidas desde mayo de 2011 y la contratista reitera los escritos pidiendo el modificado de las obras, la autorización expresa de la prórroga y el pago de las certificaciones no aprobadas. Entre tanto, los Servicios municipales despliegan una notable actividad para que el Ministerio autorice nuevas prórrogas para justificar la inversión realizada ante el temor de perder la subvención estatal. Y así transcurren los meses sin reanudar la obra hasta que, finalmente, y ante los informes jurídicos referidos en

los Antecedentes, la Junta de Gobierno Local adopta, en febrero de 2012, la decisión de iniciar el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista.

E) Pues bien, a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, este Consejo Consultivo considera que el incumplimiento del plazo original de ejecución del contrato, así como del plazo prorrogado tácitamente (al menos hasta el 30 de junio de 2011, fecha otorgada por el Ministerio para justificar la inversión realizada) es imputable a la contratista (art. 208.3 LCSP). En consecuencia, el Ayuntamiento puede resolver el contrato, por la correspondiente causa del art. 206 LCSP (concretamente, por la causa del art. 206.e) LCSP, apartado que estaba vigente en el momento de la adjudicación del contrato, ya que el art. 1.33 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que, como hemos señalado, no ha de tenerse en cuenta en el presente caso, lo convertiría en art. 206, d). La resolución conlleva los efectos establecidos en el art. 222 LCSP, por lo que dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al Proyecto (adoptando ejecutoriamente los precios contradictorios nuevos), estableciéndose los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, e incluyéndose en la liquidación la parte proporcional de las mejoras ofrecidas. Para ello, será necesaria la citación de éste para su asistencia al acto de comprobación y medición, pero, resolviendo ejecutoriamente el órgano contratante a la vista de la propuesta de la Dirección facultativa. Al declararse culpable el incumplimiento contractual, la contratista deberá indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados o que puedan ocasionarse (caso de reintegro de la ayuda estatal), los cuales se harán efectivos con cargo a la garantía constituida por la contratista, sin perjuicio de la subsistencia de su responsabilidad si aquéllos excedieran del importe de la garantía.

De manera inmediata y con trámite de urgencia, la Administración municipal, una vez liquidada la obra y comprobada la que resta por ejecutar, procederá a la adjudicación de la misma para evitar la ruina o inutilidad de lo construido.

CONCLUSIONES

Única

Este Consejo Consultivo entiende que concurre la causa de resolución contractual por incumplimiento de plazos imputable a la empresa contratista, recogida en el art. 206 LCSP en la redacción vigente en el momento de la adjudicación del contrato (14 de junio de 2010), debiendo procederse a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas, en los términos establecidos en los arts. 222 y 208 LCSP, así como en el art.

172 RCAP. El órgano de contratación, además de aprobar la liquidación de las obras, fijará la indemnización por daños y perjuicios con cargo a la garantía definitiva constituida por la contratista, sin perjuicio de la subsistencia de su responsabilidad si aquéllos excedieran del importe de la misma.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero