

En Logroño, a 18 de mayo de 2011, 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<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz 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**

**35/11**

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Haro, a través del Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local, en relación con el expediente de resolución del contrato celebrado entre dicho Ayuntamiento y la empresa O. C. y P. S.A, para la “*Urbanización de la Unidad de Ejecución 21 del PMG de Haro, así como de la “Addenda al Proyecto de urbanización y eléctrico de la expresada U.E. 21”*”.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Único**

El 19 de marzo de 2008, tras el correspondiente procedimiento, el Alcalde de Haro y el representante legal de la empresa O. C. y P. S.A., suscribieron un contrato de obras, consistente en la ejecución de las obras de «*Urbanización de la Unidad de Ejecución 21 del PGM de Haro*», con un presupuesto de adjudicación de 1.206.051,92 euros y un plazo de duración de cinco meses, contados desde la firma del acta de replanteo. El proyecto de obras fue redactado por C. A. de I., S.A. (C.), que ha realizado también la Dirección de Obra. El Pliego de cláusulas económico-administrativas fue aprobado por la Junta de Gobierno Local el 14 de noviembre de 2007 (Documentos 1 a 28).

Como quiera que el Acta de replanteo se formalizó el 15 de abril de 2008, la ejecución del contrato debía concluir el 15 de septiembre de 2008. No obstante, se producen una serie de circunstancias que modifican estas previsiones iniciales que, a continuación, sucintamente se refieren para la mejor comprensión de los antecedentes de hecho y de las cuestiones jurídicas debatidas en el presente procedimiento de resolución contractual:

- 1- En mayo de 2008, se aprueba una “*Addenda al Proyecto de Urbanización y eléctrico de la UE 21 del PGM de Haro*”, que afecta a la partida de demoliciones, eleva la cuantía

total del contrato a 1.442.224,08 euros y alarga en 15 días su ejecución (30 de septiembre 2008). Su ejecución es adjudicada al mismo contratista mediante procedimiento negociado sin publicidad, constituyéndose una garantía complementaria. El contrato de esta *Addenda* se formaliza el 11 de julio de 2008 (Documentos 29 a 53).

- 2- Como quiera que la ejecución de las obras de demolición (su plan de trabajo) está sujeta a autorización de la Administración regional y su otorgamiento se retrasa 30 días, la Dirección de Obra propone una ampliación del plazo de ejecución del contrato, que es aprobada por el órgano competente (Documentos 54-57 y 59), por lo que dicho plazo se retrasa hasta el 30 de octubre de 2008.
- 3- En las fechas mensuales correspondientes (julio, agosto y octubre de 2008), se presentan las tres primeras certificaciones de obra, que son debidamente aprobadas por el órgano competente, en julio, septiembre y diciembre de 2008 (Documentos 58, 60 y 61).
- 4- El contratista, mediante escrito de 22 de octubre de 2008, solicita que se amplíe en tres meses el plazo de finalización de las obras, como consecuencia de las nuevas exigencias de la compañía suministradora de energía eléctrica (I.), que *«ha cambiado considerablemente la carta de condiciones iniciales que viene recogida en el proyecto. Solicita dos centros de transformación ubicados en dos prefabricados de hormigón diferentes y una nueva distribución de canalizaciones y líneas eléctricas»*. La solicitud es informada favorablemente por la Dirección de Obra, no sin advertir que las obras *«llevan un más que apreciable retraso respecto de lo previsto inicialmente»* y proponiendo una ampliación de dos meses (hasta el 30 de diciembre de 2008), que es aprobada por el órgano competente el 29 de octubre de 2008 (Documentos 62 a 66).
- 5- El contratista, mediante escrito de 17 de noviembre de 2008, solicita una nueva ampliación del plazo de ejecución de tres meses, contados desde que I. presente en firme su carta de condiciones para el suministro (Doc. 68). Mediante otro, de 18 de diciembre, y a la vista de la climatología adversa de los meses de octubre a diciembre de 2008, solicita un nuevo plazo de 2,5 meses, que llevaría el plazo final al 15 de marzo de 2009 (Doc. 69). La Dirección de Obra, mediante informe de 7 de enero de 2009 (registrado el 15 de enero), a la vista del estado de obras, estima *«técnicamente necesarios los dos meses y medio para la correcta terminación de las obras»*, si bien deja constancia de tres hechos claramente independientes de los retrasos (las condiciones exigidas por I.; la climatología; y la lentitud sin justificación aparente en la ejecución obra), advirtiendo de las dificultades que tiene con el contratista para la confección del acta de precios contradictorios. Y concluye que *«puede estimar la necesidad técnica de la ampliación de plazo solicitada, y así lo hace, pero no debe dictaminar la oportunidad o inconveniencia de aprobar la ampliación de plazo»*

*solicitada ponderando todas las causas que han ocasionado los retrasos y sin antes haber llegado a acuerdos sobre todos los aspectos a considerar» (Doc. 70).*

- 6- Se presenta certificación de obra núm. 4, datada el 19 de diciembre de 2008 y aprobada ese mismo mes por el órgano competente (Doc. 72).
- 7- Mediante escrito suscrito conjuntamente por la Dirección de Obra y el contratista, registrado el 18 de febrero de 2009, se presentan, para aprobación, nuevos precios, que tienen en cuenta las exigencias de I. en relación con la conexión necesaria para el suministro eléctrico a la UE 21, así como otros pequeños cambios de la urbanización (Doc. 71). Estos precios contradictorios hacen innecesario –señalan– la redacción de un proyecto modificado, al no ser superior el aumento al 10 por ciento del precio. Tras informe favorable del Arquitecto municipal, son aprobados por la Junta de Gobierno Local el 11 de marzo de 2009 (Doc. 73-75).
- 8- El Director de Obra emite informe, a resultas de visita de obra semanal realizada el 10 de marzo de 2009, que es registrado de entrada el 17 de marzo (Doc. 76). Como quiera que el contratista solicitó una prórroga del plazo que finaliza el 15 de marzo de 2009, y dada la inminente cercanía de dicha fecha, deja constancia *«del retraso generalizado de las obras de urbanización de la Unidad de Ejecución 21 por lo que resulta inviable su terminación en el plazo fijado, al que el contratista se comprometió en reunión en el Ayuntamiento de Haro, el 23 de enero de 2009»*. Advierte así del *«ritmo lento no justificado»*; que *«el esfuerzo de la constructora no ha sido total para la terminación del plazo señalado»*; que *«la obra carece de jefe de obra desde enero de 2009»*; que sólo se han facilitado cuatro planificaciones semanales de los trabajos, cuando era obligada su presentación semanal. En cuanto a las gestiones para el suministro eléctrico realizadas por la contratista ante I., considera que *«la tardanza en la tramitación de los proyectos ha sido incentivada por O., que, por un lado, cedía por completo a su subcontrata la gestión, despreocupándose del asunto; y, por otro, parecía no asumir responsabilidades que se expresan claramente en su contrato en el apartado 4.6 (“Tramitación de proyectos y boletines de instalaciones, sus acometidas, altas y recepción por parte de las empresas suministradoras de los servicios de telefonía, gas, red de distribución eléctrica”)*. *O. no ha sabido ni ha querido gestionar la tramitación de la energía eléctrica, dejando el poder a una empresa que nos hizo creer que se movía bien en el organigrama de I., pero no ha sido así»*.
- 9- Se presenta certificación de obra núm. 5, datada el 16 de marzo de 2009, aprobada ese mismo mes por el órgano competente, (Doc. 77).
- 10- La Junta de Gobierno local, mediante acuerdo de 18 de marzo de 2009 y en respuesta a la solicitud de la contratista presentada el 18 de diciembre de 2008, concede al contratista la prórroga de dos meses y medio solicitada, debiendo finalizar el 15 de marzo de 2009, advirtiéndole que, a partir del 16 de marzo, se impondrán las

penalidades diarias establecidas en el Pliego de condiciones, si la obra no está concluida, (Doc. 78).

- 11- El Alcalde, mediante Decreto de 18 de marzo de 2009, inicia procedimiento para determinar si la demora contractual es imputable al contratista e imposición, en su caso, de las penalidades que procedan. (Doc.79). El mismo día, se solicita informe sobre la demora al Director de Obra (Doc. 80), que lo emite el 3 de abril de 2009, en el que, sobre las causas del retraso, se remite al contenido de lo señalado en su anterior informe de 17 de marzo. Recoge las manifestaciones del contratista relativas a los problemas meteorológicos y reitera que el personal técnico presente en la obra no se ajusta a la oferta hecha en su día, lo que ha dificultado la relación con la Dirección de Obra y es *«una de las causas que han podido provocar retrasos»*. No obstante, advierte que, *«durante las dos últimas semanas, las obras han avanzado con mejor ritmo, por lo que, de continuar así, a falta de pequeños detalles y de las necesarias comprobaciones y revisiones, pueden concluirse, en lo fundamental, en breve plazo»* (Doc. 82).
- 12- El contratista presenta un escrito de alegaciones, el 7 de abril de 2009, rechazando que la demora le sea imputable. Recuerda todas las prórrogas solicitadas, en particular la de 18 de diciembre 2008, en la que el plazo de ejecución de la obra se vinculaba a la aprobación por I. de las condiciones de suministro. Manifiesta que la causa primordial del retraso se debe a las modificaciones introducidas por I. en el proyecto, que todavía no cuentan con su aprobación, no obstante lo cual la Dirección de Obra ordenó ejecutar el proyecto modificado con fecha 23 de marzo de 2009 (cableado de la obra civil de energía eléctrica y alumbrado público). Además, han de tenerse en cuenta las condiciones climatológicas adversas (Doc. 83). El 23 de abril de 2009, la Alcaldía da nuevo trámite de audiencia a la contratista (Doc. 90 a 92). En escrito de alegaciones, registrado el 6 de mayo de 2009, se reiteran las hechas con anterioridad, solicitando se sobresea procedimiento de imposición de penalidades (Doc. 102)
- 13- Mediante sendos acuerdos de la Comisión Informativa competente (de 26 de marzo de 2009) y de la Junta de Gobierno Local (de 8 de abril de 2009), se cede la servidumbre, uso y propiedad de instalaciones, líneas e infraestructuras, así como el uso y disfrute del terreno necesarios para línea subterránea de media tensión y dos centros de transformación a favor de I. (Doc. 81 y 85). El 14 de abril de 2009, el Alcalde de Haro y un representante de I. firman el contrato de cesión referido, en cuyas estipulaciones consta el estado de trámite de dos centros de transformación–proyectos eléctricos núm. 3886 y 3887, presentados ante la Consejería competente del Gobierno de La Rioja– (Doc. 87).
- 14- La contratista, por escrito registrado el 8 de abril de 2009, solicita la **recepción provisional** de los trabajos contratados una vez finalizados los mismos, pendientes de la tramitación oficial de los trabajos de energía eléctrica y alumbrado, dado que la

cesión de terrenos está pendiente de firma y pendiente únicamente la señalización vertical y la mecanización del interior de los contenedores soterrados y su acabado superficial, que concluirá la próxima semana (Doc. 84). El Arquitecto municipal, en informe de 13 de abril, considera que la recepción provisional no está recogida en la legislación de contratos y que la solicitud no está refrendada por informe alguno de la Dirección de Obra (Doc. 86). La Junta de Gobierno Local, mediante acuerdo de 15 de abril de 2009, deniega la solicitud (Doc. 88).

- 15- La contratista, por escrito registrado el 30 de abril de 2009, solicita la «**recepción de los trabajos**» contratados, una vez concluida la señalización vertical y que se proceda a «*la recepción definitiva de la obra*» (Doc. 96). El 5 de mayo de 2009, se reúnen la representación del Ayuntamiento (Arquitectos municipales), del contratista y de la Dirección de Obra para revisar las obras realizadas, debiéndose levantar el acta correspondiente para recibir definitivamente las obras. Ante la necesidad de apertura al tráfico, la Dirección de Obra propone la recepción de la obra civil, condicionada al alumbrado público provisional, que el contratista se compromete a resolver ese día (Doc. 97). Se acompaña «**Acta de recepción parcial de obras**», que se encuentran «*en buen estado y que se pueden entregar al uso público*», recibiendo las mismas con las condiciones incluidas en un Anexo, quedando convocados, para el 11 de mayo de 2009, con objeto de proceder a la **medición general de las obras** (Doc. 100). En dicho Anexo, consta que «*las obras se encuentran finalizadas*», si bien no se han podido realizar las pruebas necesarias de control y ajuste de las instalaciones eléctricas realizadas «*por no existir potencia eléctrica de suministro necesario para tal fin*». Se recibe la obra con diversas condiciones: se otorga un mes, una vez exista suministro eléctrico, para la puesta a punto y comprobación, en cuyo momento se firmará el **Acta de conformidad** y se iniciará el **plazo de garantía** del año; y se otorgan dos meses para subsanar y corregir diversas deficiencias que se enumeran (Doc. 99).
- 16- La contratista, con registro de 7 y de 26 de mayo de 2009, respectivamente, solicita que se expidan las Certificaciones núms. 6 y 7, correspondientes a los meses de marzo y abril 2009, que son aprobadas por la Alcaldía en mayo y octubre de 2009, respectivamente, con cuyo importe se agota la disponibilidad presupuestaria habilitada (Doc. 103, 106 y 115).
- 17- El Alcalde, mediante escrito de 5 de mayo de 2009, remite las alegaciones de la contratista para su informe a la Dirección de Obra, que lo emite el 19 de mayo siguiente. Reitera el contenido de los informes anteriores, en particular el de 13 de marzo de 2009; destaca, como causas posibles de los retrasos, la escasez o inexistencia de personal técnico en la obra y la falta de planificación adecuada; y valora cada una de las alegaciones de la contratista (Doc. 104 y 105).

- 18- La contratista, mediante escrito de 29 de junio de 2009, comunica al Ayuntamiento la finalización de las subsanaciones recogidas en el Acta de recepción de obras (Doc. 108).
- 19- La instructora del procedimiento de imposición de penalidades y Secretaria General del Ayuntamiento de Haro, el 30 de julio de 2009, eleva propuesta de resolución en la que, atendiendo a que el plazo de ejecución concluyó el 15 de marzo y la recepción de la obra se hizo el 5 de mayo, considera la demora culpable, y propone imponer una sanción de 355.000 euros, que podrá ser deducida de las certificaciones de obra o, en su caso, de la garantía definitiva. (Doc. 107). La Junta de Gobierno local aprueba dicha propuesta, en su sesión de 5 de agosto de 2009, que es notificada el 18 de agosto de 2009 (Doc. 109).
- 20- I., mediante escrito registrado el 14 de octubre de 2009, comunica al Ayuntamiento de Haro que ha recibido las autorizaciones administrativas de la Dirección General de Industria del Gobierno de La Rioja relativas a sendos centros de transformación y líneas subterráneas (de 31 de agosto de 2009). Da cuenta de que el importe de la obra a ejecutar (sustitución de conductor subterráneo de media tensión entre los CT's «V.» y «A. R.» y entre los CT's «A. R.» y «A.») asciende a 134.233,53 euros, IVA incluido, siendo el plazo de validez de la propuesta el de tres meses, contados desde la recepción del escrito (Doc. 112). El Alcalde, el 20 de octubre de 2009, traslada el contenido de este escrito a la contratista, advirtiéndole que su importe, consultado el Arquitecto municipal, «deberá ser asumido por su empresa» (Doc. 113)
- 21- La contratista, mediante escrito de 11 de diciembre de 2009, manifiesta su voluntad de ejecutar dicha partida. Entiende que estos trabajos se recogían en el Capítulo 9 del Proyecto, como «partida a justificar, por un valor de 6.000 euros», por lo que procederá aplicar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares [en concreto la cláusula 4.1.4.b) relativa a las unidades de obra cuyo precio no figure en los cuadros de precios]. Propone como precio contradictorio 173.967,34 euros que, al no poder ser recogido en la certificación final, por exceder del 10 por ciento del precio del contrato, habrá de tramitarse como nuevo modificado del mismo (Doc. 118). La Alcaldía, el 4 de enero de 2010, remite dicho escrito a la Dirección de Obra para informe (Doc. 119). La contratista, mediante escrito registrado el 11 de marzo de 2010, reitera que está a la espera de noticias respecto de las unidades de obra a ejecutar y de la aprobación del precio para su realización (Doc. 120).
- 22- La contratista, el 15 de marzo de 2010, presenta factura por importe de 50.333,15 euros correspondiente a unidades de obra realmente ejecutadas hasta la fecha de recepción parcial de la obra, que no va acompañada de la firma del Director de Obra. (Doc. 121). El Arquitecto municipal, advierte los defectos formales de la factura que corresponde a la certificación final de obras, la cual debe tramitarse de acuerdo con la legislación de contratos, mediante el certificado final de obras expedido por el

Director de las mismas y recepción de la ellas, con posterior certificación final, (Doc.122).

- 23- El Arquitecto municipal, en informe de 26 de abril de 2010, considera –en relación con los escritos de la contratista relativos al suministro eléctrico– que dicho gasto es de cuenta del contratista, de acuerdo con el artículo 4.6 del Pliego de cláusulas económico-administrativas, el cual, entre los «*Gastos e impuestos a cargo del adjudicatario*», incluye: «*los de acometidas eléctricas a satisfacer a la Cía. suministradora por la red de alumbrado público; tramitación de proyectos y boletines de instalaciones, sus acometidas, altas y recepción por parte de las empresas suministradoras de los servicios de telefonía, gas y red de distribución eléctrica; al pago de cuantos gastos puedan producirse en cumplimiento de las referidas obligaciones; cualquier otro gasto a que hubiere lugar para la realización de las obras objeto de contrato*». Así, concluye que el gasto exigido por I. debe ser asumido por el contratista y debe requerírsele para que cumpla el contrato firmado (Doc. 123).
- 24- El Alcalde, el 29 de abril de 2010, remite a la contratista los informes emitidos por el Arquitecto municipal, con indicación de las formalidades a realizar, previo cumplimiento de todas sus obligaciones contractuales, «*en caso contrario, este Ayuntamiento continuará con la tramitación del preceptivo expediente*» (Doc. 124). La contratista, en escrito de 5 de mayo de 2010, reitera que la factura librada corresponde a unidades de obra realmente ejecutadas hasta la fecha de recepción parcial de la obra, no debiendo deferir su pago a la recepción total de la obra y emisión de la certificación final. Asimismo, manifiesta que todavía no se han aprobado los precios contradictorios de las unidades a realizar, que requieren un nuevo incremento del precio de la obra (Doc. 125).
- 25- El Alcalde, mediante Decreto de 25 de mayo de 2010 y a los efectos de finalización y entrega de las obras contratadas, ante el silencio de la contratista y de la Dirección de Obra, fija fecha para la recepción formal de las obras, lo que se notifica debidamente a los interesados (Doc. 127 a 129). El acta manuscrita de la reunión se formaliza el 4 de junio de 2010 (como Doc. 134 consta una certificación mecanografiada de la Secretaria General del Ayuntamiento, expedida en noviembre de 2010). En ella, se trata sobre la elaboración de la certificación final con opiniones discrepantes y sobre el suministro eléctrico, sin el cual la obra no puede recibirse, manifestando el contratista que no tiene inconveniente en realizar las obras exigidas por I. siempre que se habilite la partida correspondiente. Asimismo, solicita que se considere que el plazo de garantía de las obras parcialmente recibidas ha concluido el 5 de mayo de 2010, debiendo devolverse el porcentaje correspondiente de la garantía. El Director de Obra se compromete a informar sobre el suministro eléctrico y sobre el estado de las obras recepcionadas el 5 de mayo de 2009 (Doc. 130).

26- La Dirección de Obra redacta un informe, registrado el 22 de junio de 2010, en relación con el precio contradictorio (suministro eléctrico) de la obra de urbanización. Se recuerda que el Proyecto de Urbanización contenía, a modo de separata, un proyecto de suministro de energía eléctrica, para cuya redacción se solicitaron las condiciones de suministro a I.. De estas condiciones, han de diferenciarse las obras a ejecutar por el Ayuntamiento de Haro (en cuanto promotor de la UE-21 y **licitables**), que corresponden con las **obras «interiores»** al ámbito de la urbanización. Y las que debe ejecutar I. (y pagar el promotor, **no licitables**), para la conexión de la red de suministro interna con la general, esto es, son **obras «exteriores»**. Según escrito de I., estas obras exteriores consisten en *«sustitución del conductor subterráneo de media tensión entre los CT's "V." y "A. R." y entre los CT's "A. R." y "A."»*. En el Proyecto -se afirma- *«se incluyó una **partida alzada (a justificar)** del 6.000 euros, con un nombre semejante a las obras que se están esgrimiendo...Al no haberse ejecutado las obras que debe realizar I. en las certificaciones entregadas, la medición de esta partida ha sido cero»*. I., en su escrito de 8 de octubre de 2009, ha concretado las obras que le corresponde ejecutar a I. Distribución Eléctrica SAU, que ascienden a 115.718,56 euros, más IVA, importe que *«debe pagar(las) el promotor de la obra»* (que, en el caso del sistema de cooperación, repercutirá a los propietarios de la unidad de ejecución). En lo que interesa, concluye: *«lo lógico es que el Ayuntamiento de Haro, como gestor del sistema de cooperación contrate a la empresa I., para ejecutar dichas obras, repercutiendo posteriormente el coste a los propietarios, puesto que se trata de un coste que forma parte de la inversión de la unidad de ejecución, si bien **no forma parte de la obra licitada**»*. Continúa el informe manifestando que el precio de las unidades propuestas por I. parece superior a los precios habituales de mercado, si bien –según su experiencia profesional- las ofertas de estas empresas *«suelen llevar esa tónica»*. Incluso se advierte que I. no argumenta razonadamente la *«necesidad técnica de estas obras para el desarrollo de la unidad de ejecución 21 y su implicación directa e insalvable. Podría solicitarse a I. un análisis de dicha necesidad insalvable.....pero no confiamos en que dicha petición se traduzca en una rebaja de costes»* (Doc. 131).

27- I., mediante escrito registrado el 21 de junio de 2010, confirma al Ayuntamiento, entre otras cosas, que los proyectos eléctricos relativos a la UE-21, autorizados por el Servicio de Industria y Energía del Gobierno de La Rioja, fueron recibidos el 21 de agosto de 2009. Que su ejecución, por *«estrictos motivos de seguridad, deben ser realizadas por I. con cargo al **promotor** de la actuación»* (Doc. 132). En un escrito de la misma Compañía suministradora remitido al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Logroño, consta que los tres proyectos relativos a las obras de instalación eléctrica en la UE-21 *«fueron entregados en I., dos de ellos, con fecha 23-04-2009, y el otro, el 02-05-09, para su presentación y tramitación en el Servicio»* referido (folio 682 del expediente).



- 28- La contratista, mediante escrito registrado el 27 de octubre de 2010, reclama al Ayuntamiento el pago de la certificación número 8 (factura 441/10, por importe de 50.333,15 euros), más los intereses legales (Doc. 133).
- 29- La Secretaria General del Ayuntamiento elabora un informe, el 30 de noviembre de 2010, en relación con la resolución del contrato suscrito con O. C. y P., SA (Urbanización de la Unidad de Ejecución 21 del PGM de Haro), así como del suscrito con la empresa C. A. de I. SA (Redacción de proyecto de urbanización y eléctrico de la Unidad de Ejecución 21 del PGM de Haro y Dirección Facultativa y técnica de la obra). Tras un largo relato de hechos considera acreditado el incumplimiento culpable de ambos contratistas de “las restantes obligaciones contractuales esenciales” [art. 111.g) TRLCAP] y propone la resolución de ambos contratos, con incautación de las garantías definitivas correspondientes, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios que dicho incumplimiento ocasione a la Administración (Doc. 135). La Intervención municipal da su conformidad a dicho informe y lo hace suyo el 10 de diciembre de 2010 (Doc. 137).
- 30- La Junta de Gobierno Local, mediante acuerdo de 15 de diciembre de 2010 acuerda iniciar el procedimiento de resolución del contrato suscrito con O. C. y P. S.A., lo que se notifica a todos los interesados con citación para el acto de comprobación y medición de las obras a los efectos de su liquidación (Doc. 138, 139 141).
- 31- La contratista, por escrito registrado el 13 de enero de 2011, presenta alegaciones y se opone al procedimiento de resolución del contrato, que entiende nulo al no concretarse la causa del incumplimiento del contrato, cuya ejecución «*se encuentra suspendida “de facto” por pura desidia e inactividad de dicha Administración*», una vez que se ha procedido a la recepción parcial de las obras ejecutadas, pendiente del suministro eléctrico, sin el cual no se puede recibir definitivamente la obra. Sin embargo, para la ejecución de las obras necesarias para el suministro, la Administración no ha aprobado los precios contradictorios presentados, ni ha realizado las actuaciones necesarias para que la empresa suministradora pudiera autorizar el suministro, de manera que, en tanto no se han concretado estos aspectos no previstos en el proyecto inicial, era imposible su ejecución. Frente a la postura del Ayuntamiento de que la obra era a precio cerrado e incluía todo lo necesario para llevarla a cabo sin incremento de precio, considera, -al igual que la Dirección de Obra- que el proyecto no recogía las partidas de conexión con la red general de suministro de la Compañía. En conclusión, el motivo primordial del retraso es atribuible a las modificaciones introducidas en los proyectos de las instalaciones por parte de I., al no contemplarse nuevas unidades de obra, cuya ejecución hubiera requerido la tramitación de un modificado del proyecto inicial (Doc. 141).
- 32- La Dirección de Obra, el 21 de enero, presenta la Certificación-Liquidación de obra por importe de 50.333.15 euros, importe coincidente con la factura presentada por la

contratista con fecha 15 de marzo de 2010 (Doc. 144), al que acompaña un informe sobre la misma. Entre los «Antecedentes» de este Informe, se pone de manifiesto que: *«con fecha octubre de 2009, los técnicos de C. y O. realizamos comprobación de las mediciones realmente ejecutadas por la segunda. De hecho, se trasladaron estas mediciones al formato habitual de certificaciones y, ante la negativa verbal del Ayuntamiento (en reunión entre C. y Ayuntamiento), al no poder denominar a esta certificación como “Certificación 8” ni como “Certificación Final”, ésta no llegó a ser entregada en Registro, si bien sí que fue entregada en mano al Ayuntamiento en la citada reunión. En la reunión de enero de 2011 (aparece recogida como Doc. 145) a la que fuimos citados por el propio Ayuntamiento, el arquitecto municipal nos ha dado indicaciones de que creen conveniente denominarla “Certificación Liquidación”, por lo que se entrega con la citada modificación, sin alterar las mediciones ni el presupuesto»*. Afirma que el proyecto de urbanización ha sido plenamente ejecutado, salvo en la corrección de dos de las concretas deficiencias señaladas en el acta de recepción parcial (mayo 2009), cuya valoración estima en 750 euros y en la comprobación del funcionamiento del **servicio de energía eléctrica**. Respecto de esta última cuestión, afirma que *«existe un condicionante previo, que no depende de O., que es que el propio Ayuntamiento contrate a I. para que realice las obras de las condiciones de suministro; que, como hemos explicado en varios informes, solo podrá ejecutar I. y **no están incluidas**, por razones ya justificadas en los mencionados informes, en el **proyecto aprobado, licitado y adjudicado por el propio Ayuntamiento**. Solo una vez que I. ejecute dichos trabajos, O. podría comprobar el buen funcionamiento de las instalaciones eléctricas ejecutadas por la contratista»*.

- 33- La Secretaria General del Ayuntamiento de Haro, el 15 de marzo de 2011, redacta la Propuesta de resolución, en la que, tras valorar las alegaciones de la contratista, propone desestimar las mismas, declarar resuelto el contrato referido, por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de las garantías definitivas presentadas correspondientes al contrato principal (48.242,08 euros) y a la *Addenda* (9.446,89 euros), con fundamento en lo expuesto en la Propuesta y en los informes de Secretaría de 30 de noviembre y de 10 de diciembre de 2010, así como aprobar la liquidación del contrato por un importe de 50.333,15 euros (Doc. 146).
- 34- El Arquitecto municipal, el 15 de marzo de 2011, informa favorablemente la Certificación-Liquidación presentada que *“se corresponden con la realidad ejecutada”*, así como la cuantía de la corrección de las deficiencias apreciadas.
- 35- La Junta de Gobierno Local, mediante acuerdo de 16 de marzo de 2011, eleva al Pleno la Propuesta de resolución presentada por la Secretaria General de la Corporación para la resolución del referido contrato y su *Addenda*, en los términos señalados y al objeto de que solicite el correspondiente dictamen de este Consejo Consultivo, lo que

acuerda en su sesión de 30 de marzo de 2011, previamente informada por la Comisión Municipal Informativa de Obras, Urbanismo y Vivienda el 21 de marzo de 2011.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito de 6 de abril de 2011, registrado de entrada en este Consejo el día 8 de abril de 2011, el Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado por el Ayuntamiento de Haro sobre el asunto referido.

#### **Segundo**

Mediante escrito de fecha 8 de abril de 2011, registrado de salida el día 11 de abril de 2011, 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.

#### **Cuarto**

Es de reseñar que la empresa contratista solicitó, por escrito de 15 de febrero de 2011, registrado de entrada el día 22 de febrero de 2011, que se le diera vista y audiencia en este expediente por parte del Consejo Consultivo, petición que fue desechada por comunicación de la Secretaría General del Consejo de fecha 22 de febrero de 2011, registrada de salida el mismo día, por no haber tenido entonces todavía entrada la consulta correspondiente. Dicha petición fue reiterada nuevamente por la contratista mediante escrito de 19 de abril de 2011, registrado de entrada el 27 de abril de 2011, y fue nuevamente desechada, mediante escrito de la Presidencia del Consejo de 28 de abril de 2011, registrada de salida el mismo día, por no estar previsto dicho trámite en la normativa reguladora del Consejo, sin que tampoco procediera acordarlo de oficio.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.**

Estamos ante una resolución de un contrato administrativo iniciada por el Ayuntamiento de Haro, por entender que ha existido un incumplimiento culpable del contratista, la que el contratista manifiesta su oposición, en particular, a la calificación de «culpable», por lo que es preceptiva la emisión del presente dictamen conforme a lo previsto en los artículos 96.1, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (LCAP) y 109.1.d), del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP), aplicables a este caso en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), 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.

### **Segundo**

#### **Normativa aplicable al presente expediente de resolución.**

Como ya hemos indicado, el presente expediente ha de resolverse conforme a las prescripciones del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP), 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), al haberse adjudicado el contrato cuya resolución se propone con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), ley actualmente vigente; todo ello conforme a lo establecido en la Disposición Transitoria Primera.2 de esta última Ley. Esto es, como quiera que su entrada en vigor se produjo el 1 de mayo de 2008 (seis meses desde la publicación que tuvo lugar el 31 de octubre de 2007) y la adjudicación del contrato fue acordada por la Junta de Gobierno Local el 11 de marzo de 2008, la normativa aplicable es la anteriormente referida y no la actualmente vigente.

En consecuencia, son aplicables a la ejecución de este contrato sometido a resolución las disposiciones establecidas en los arts. 94 a 96 LCAP (de la ejecución de los contratos), desarrollados por los arts. 94 a 100 del Reglamento General de la Ley, aprobado por el R.D.1098/2001, de 12 de octubre, en adelante RCAP; el art. 110 LCAP (cumplimiento de los contratos); los arts. 111, 112, 113 LCAP (resolución de los contratos); art. 147 LCAP (recepción y plazo de garantía en el contrato de obras), desarrollados por los arts. 163 a 169 RCAP, así como otros preceptos relativos a

devolución de la garantía definitiva (art. 4 LCAP) o los generales relativos a las prerrogativas de la Administración (art. 59 LCAP).

### **Tercero**

#### **Improcedencia de la resolución del contrato.**

##### **1. Consideraciones generales.**

Antes de entrar a examinar la cuestión de fondo que suscita el presente informe llama la atención que se inste en marzo de 2011 la resolución de un contrato de obras cuyo plazo de ejecución concluyó el 15 de marzo de 2009, esto es, dos años más tarde. 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 buscaba satisfacer en el momento para el que fue concebido. Las fechas y lapsos temporales con que se suceden las actuaciones evidencian que no siempre se ha actuado con la diligencia necesaria para evitar la disfuncionalidad producida, cuya causa radica, principalmente, en el retraso –calificado como culpable– con el que la contratista ha ejecutado sus obligaciones contractuales.

Adelantando a este momento la conclusión que será objeto de razonamiento posterior, no cabe la resolución de un contrato alegando el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales (suministro eléctrico a la zona urbanizada) cuando esa específica obligación no estaba incluida en el objeto del contrato, pues ha sido definida, en fecha posterior a la redacción y aprobación del Proyecto técnico, por la Compañía suministradora de electricidad. Pese a la demora culpable de la contratista, el proyecto de urbanización ha sido ejecutado en su totalidad, propiciado por las cuantiosas penalidades impuestas. Y, aunque el Proyecto técnico previó una partida alzada a justificar por importe de 6.000 euros, que daba cobertura a una posible participación de la misma en las obras para la conexión del suministro eléctrico, el importe final exigido por la Compañía suministradora de energía eléctrica no fue conocido ni tenido en cuenta por la contratista en su oferta económica, al ser una condición nueva y no licitable, según criterio del Proyectista y Director de obra, según se verá, y que, por tanto, ha de correr a cargo del Ayuntamiento.

A la vista de todo ello, lo que procede es la liquidación del contrato y el abono de los saldos resultantes. A mayor abundamiento, cabe aquí traer a colación la doctrina legal del Consejo de Estado, que considera que, habiéndose procedido a la recepción de la obra (con las salvedades y singularidades inherentes, incluida la subsanación de deficiencias),

no cabe, con posterioridad, resolver el contrato, sino liquidarlo (Dictámenes 2510/2004, 1274/2005, 1276/2005).

## **2. Incidencias en la ejecución del contrato.**

La Administración municipal propone resolver por incumplimiento culpable de las obligaciones contractuales esenciales [art. 111.g) LCAP] sendos contratos suscritos con O. C. y P., S.A. (la contratista), consistentes en la «Urbanización de la Unidad de Ejecución 21 del PGM de Haro», así como la «*Addenda* al Proyecto de Urbanización y eléctrico de la UE 21 del PGM de Haro», que habían sido formalizados el 15 de abril y el 11 de julio de 2008, respectivamente. La Administración municipal considera que la obra de urbanización ha sido finalmente ejecutada, pero no se ha podido comprobar el funcionamiento de las instalaciones eléctricas (a excepción del alumbrado público que tiene suministro provisional) por carecer de la imprescindible conexión al suministro eléctrico, carencia calificada como una obligación esencial, no cumplida por la contratista y que tiene cobertura en la causa resolutoria establecida en el art. 111.g) LCAP.

El plazo de ejecución de ambos contratos era de cinco meses y 15 días, por lo que su finalización concluía el 30 de septiembre de 2008. En los Antecedentes de Hecho hemos dado cuenta de las incidencias que han condicionado y alterado la buena marcha de su ejecución y de las sucesivas prórrogas solicitadas por la contratista, autorizadas por el órgano de contratación. Estas prórrogas retrasaron la fecha de finalización de los contratos hasta el 15 de marzo de 2009, en respuesta a la solicitud de nueva prórroga presentada el 18 de diciembre de 2008, debiendo destacar que el órgano contratante tardó tres meses en responder, cuando, de acuerdo con el art. 100.1 párrafo segundo RCAP, debería haberlo hecho en los quince días siguientes a la terminación del plazo (que era el 30 de diciembre de 2008).

Ésta última prórroga fue autorizada por la Junta de Gobierno Local mediante Acuerdo de 18 de marzo de 2009, advirtiendo a la contratista que sería improrrogable y que, a partir de 16 de marzo de 2009, se le aplicarían las penalidades diarias establecidas en el Pliego de cláusulas económico-administrativas para los casos de incumplimiento de los plazos, total, parciales o de obra semanal (Cláusula 2.5). En ese momento, era obvio, para el órgano contratante, que el objeto del contrato no estaría realizado en su totalidad al término del nuevo plazo de ejecución del contrato que, en realidad, finaba retroactivamente.

Pero al margen de estas disfunciones temporales –que han sido una constante a lo largo de la gestión de este contrato– debemos recordar ahora 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 interposición o

intimación previa por parte de la Administración, como establecía el art. 95.2 LCAP aplicable al contrato, salvo que el retraso no se hubiere producido por causas imputables a la contratista.

### **3. Demora culpable del contratista con imposición de penalidades.**

En el procedimiento de imposición de penalidades, el órgano de contratación ha considerado culpable la demora de la contratista y este Consejo Consultivo considera suficientemente acreditada y fundada esta valoración, a la vista de las circunstancias detalladas en los Antecedentes de Hecho y, en particular, las resultantes de los informes de la Dirección Facultativa de la Obra pues, con independencia de la demora que la contratista atribuye a la actuación de la empresa suministradora de energía (I.) en la determinación de las condiciones de suministro (tardanza incentivada por la propia contratista, pues ha subcontratado la tramitación y gestión de los proyectos eléctricos y no ha sabido ni ha querido gestionarlos, según valoración de la Dirección Facultativa de la Obra, pasividad acreditada por la tardanza en la presentación de los proyectos de suministro que se produce en abril y mayo de 2009, esto es, cuando había transcurrido con creces el plazo de ejecución del contrato, antecedente de Hecho Único, apartado 27) y de las malas condiciones climáticas, ha existido un retraso generalizado en la ejecución de las obras de urbanización que, unido a la falta de personal técnico competente, explican la demora temporal en el cumplimiento del objeto del contrato. La calificación culpable de la demora que este Consejo Consultivo asume debe quedar supeditada, no obstante, a la que en su día pueda establecer el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues, el acto de imposición de penalidades (355.000 euros) por demora culpable ha sido impugnado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Logroño, sin que hasta la fecha se haya dictado sentencia.

Producida la demora –culpable, como hemos señalado– la Administración puede **optar** indistintamente, de acuerdo con el art. 95.3 LCAP, por la **resolución** del contrato o por la imposición de **penalidades** diarias en las cantidades que haya establecido el Pliego de Cláusulas económico-administrativas. Esta imposición de penalidades por día de demora –cuya naturaleza no es ejercicio de la potestad sancionadora, como correctamente ha advertido la jurisprudencia (STS de 6 de marzo de 1997, STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 2006, entre otras) es un medio de coerción, manifestación de los poderes de dirección, inspección y control que tiene la Administración contratante (una modalidad de la autotutela administrativa) para asegurar, en todo caso y en un nuevo plazo, el cumplimiento del objeto del contrato, en garantía del interés público que se vería perjudicado si se entra en un proceso de resolución del contrato y nueva adjudicación de la parte incumplida. Se trata, como queda señalado, de una opción discrecionalmente acordada por el órgano contratante que, a la vista de las circunstancias concurrentes (en particular, el grado de ejecución del contrato) se inclinará por una u otra opción, sin límites cuantitativos (en la normativa vigente al presente contrato no figura el 20 por ciento del presupuesto total de la obra como límite de las penalidades a imponer, pues,

superado ese tope, procede la resolución, como establecía el art. 138 del Reglamento General de Contratación de 1975, antecedente del art. 95 LCAP).

La opción de la imposición de penalidades supone, pues, el otorgamiento de una nueva prórroga (así lo establece expresamente el art. 98 RCAP, que obliga a la Administración a conceder «*la ampliación del plazo que estime resulte necesaria para la terminación del contrato*»), con la particularidad, en ese caso, de que el contratista será el primer interesado en ejecutar cuanto antes su obligación contractual y no agotar, en cuanto sea posible, el plazo, librándose así de las penalidades diarias que puedan serle impuestas. Esta opción –a diferencia de la resolución, cuyos efectos extintivos y liquidativos de la relación contractual son patentes– persigue, para la mejor satisfacción del interés público, que el contratista cumpla la totalidad del objeto del contrato. Por esa razón, debe ser ejercitada de manera inmediata, como así ha ocurrido en este caso (el mismo día que se otorga, a plazo vencido, la prórroga y puede serlo con ocasión del incumplimiento de los plazos parciales –cuando su demora «*haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total*» o demora en la ejecución parcial de las prestaciones del contrato, como establece el art. 95.5 y 6 LCAP), si bien el acuerdo final de imposición de penalidades ha tardado cinco meses en adoptarse, esto es el que media entre la iniciación del procedimiento adoptada por el Alcalde el 18 de marzo de 2009 y el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, adoptado el 18 de agosto de 2009.

#### **4. Recepción de las obras.**

Las farragosas incidencias que se suceden a partir de ese momento han quedado recogidas en el Antecedente de Hecho Único. En lo que ahora interesa y sin perjuicio de la valoración que merezca al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo la imposición de penalidades (su carácter culposo y la cuantía de la penalidad impuesta, condicionada por la fecha final de cómputo), el 5 de mayo de 2009 se redacta la denominada «**Acta de recepción parcial de obras**».

Como ha quedado recogido en el Antecedente de Hecho Único, apartado 15, en dicha Acta consta que las obras «*se encuentran en buen estado y que se pueden entregar al uso público*», recibándose las mismas con las condiciones incluidas en un Anexo, quedando las partes asistentes convocadas para el 11 de mayo de 2009 para proceder a la «**medición general de las obras**», (Doc. 100). En dicho Anexo, consta que «*las obras se encuentran finalizadas*», si bien no se han podido realizar las pruebas necesarias de control y ajuste de las instalaciones eléctricas realizadas, «*por no existir potencia eléctrica de suministro necesario para tal fin*». Se recibe la obra con diversas condiciones, concretadas en la concesión, por un lado, de un mes, una vez exista suministro eléctrico, para la puesta a punto y comprobación, en cuyo momento se firmará el **Acta de conformidad** y se iniciará el **plazo de garantía** del año; y, por otro, de dos meses, para subsanar y corregir diversas deficiencias que se enumeran (Doc. 99).



Adviértase que la recepción se califica de «**parcial**» (al faltar la conexión eléctrica que permita comprobar el buen estado de las instalaciones eléctricas, cuestión clave sobre la que luego volveremos porque a ella se refiere el «*incumplimiento de obligaciones esenciales*» alegado por la Administración municipal para resolver el contrato); y, en coherencia con ello, se habla de una posterior «**Acta de conformidad**» (la recepción formal de las obras) y del **plazo de garantía** posterior, de acuerdo con las previsiones legales y reglamentarias aplicables (arts. 110 y 147 LCAP). Pero, al mismo tiempo, se habla de «*medición general de las obras*», instrumento característico de la fase de extinción de los contratos de obra que precede a la «*certificación final de las obras*» y a la **liquidación** del contrato, una vez transcurrido el plazo de garantía, abonando, en su caso, el saldo resultante de la misma a la parte que resulte acreedora (arts. 166 y 169 RCAP).

El 29 de junio de 2009, la contratista comunica al Ayuntamiento que han quedado subsanadas las deficiencias recogidas en el Acta de recepción de obras, pero lo cierto es que, a partir de esas fechas, la relación contractual se estanca totalmente y entra en una fase absolutamente disfuncional: i) se presentan certificaciones de la obra realizada hasta la recepción parcial, cuyo pago efectivo se retrasa o no se tramita por defectos formales, o bien la Administración municipal se niega a admitir la documentación presentada; ii) se acuerda la imposición de penalidades por importe de 355.000 euros (un 24 por ciento del precio del contrato); iii) I. comunica, en octubre de 2009, las condiciones del suministro eléctrico de las que resulta que el importe de las obras que la Compañía suministradora tiene que realizar a cargo del promotor ascienden a 134.233,53 euros, importe que la Administración municipal entiende debe asumir la contratista, en aplicación de la Cláusula 4.6 del Pliego, y que ésta está dispuesta a realizar si se modifica, en igual importe, el precio del contrato, lo que exige una modificación contractual al ser su precio superior al 10 por ciento del precio del contrato. Y así transcurren los meses sin que se resuelva eficazmente la contraposición de intereses de las partes contratantes, en particular, sin que la Administración municipal ejercite sus prerrogativas contractuales (concretamente la potestad de interpretación del contrato, que tiene carácter ejecutivo *ex art. 59 LCAP*), para solventar la cuestión central sobre la que existe discrepancia (el suministro eléctrico y quién debe pagarlo) y las ejerciera tan pronto se manifestara esta discrepancia.

No se ha hecho así, si bien, para salir del bloqueo, el Alcalde, el 25 de mayo de 2010, convoca a las partes interesadas a la «**recepción formal de las obras**», que se formaliza en Acta de 4 de junio de 2010, que, de nuevo, refleja la contraposición de pareceres sobre el alcance y naturaleza de la certificación final de obras y sobre el suministro eléctrico, planteándose que el plazo de garantía (1 año, según la cláusula 2.7 del Pliego, en relación con el art. 147.2 LCAP) de la obra recibida ha de entenderse finalizado el 5 de mayo de 2010. El Director de Obra se compromete a informar sobre la cuestión del suministro eléctrico de la obra urbanizada realizada y sobre el estado de las

obras, una vez transcurrido el plazo de garantía, para la posible devolución parcial de las garantías constituidas.

Con independencia ahora de la singularidad formal de la denominada «**Certificación-Liquidación de obra**», de 21 de enero de 2011 (formato exigido por el Arquitecto Municipal al Director Facultativo de Obra, según consta en el Acta de la reunión celebrada el 21 de enero de 2011, de reconocimiento de las obras realizadas en la UE 21 y no certificadas hasta ese momento, instrumento mixto en el que se combinan elementos característicos del cumplimiento y extinción ordinaria de los contratos de obras –la certificación final–, como resulta de los arts. 147.1 LCAP y 166 RCAP, con los propios de la resolución –anticipada– del contrato, de acuerdo con el art. 151. LCAP y de la extinción ordinaria por cumplimiento del contrato, de acuerdo con el art. 169 RCAP), es relevante que a ella se adjunta un informe del Director de Obra sobre el **estado de las obras ejecutadas**, según el cual las obras de urbanización (incluidas las instalaciones eléctricas, salvo el suministro) se ha realizado conforme al proyecto: «*el proyecto de urbanización ha sido plenamente ejecutado, salvo en la corrección de dos de las concretas deficiencias señaladas en el acta de recepción parcial (mayo 2009), cuya valoración estima en 750 euros, y en la comprobación del funcionamiento del servicio de energía eléctrica*». Afirmación que ha de referirse temporalmente al estado de las obras recibidas **parcialmente** el 5 de mayo de 2009, pero que, en realidad, se corresponden con la **totalidad** de las obras a ejecutar, salvo las necesarias para el suministro eléctrico a realizar por I. a costa del promotor, como luego se razonará. Que las obras ejecutadas de acuerdo con el proyecto se corresponden con las recibidas el 5 de mayo de 2009, cabe deducirlo del mismo procedimiento de imposición de penalidades, que toma como fecha final de las mismas, la de 5 de mayo de 2009, dado que, si en esa fecha no se hubieren recepcionado, el plazo de penalidades se hubiera prolongado en el tiempo. Esto es, la propia Administración municipal considera ejecutadas las obras de urbanización (incluido el alumbrado y energía), salvo el suministro de energía.

## **5. Discrepancia sobre la previsión, el importe y a quién incumbe el pago de los gastos de las instalaciones exteriores de conexión a la red eléctrica.**

### **A) Planteamiento de la cuestión.**

En conclusión, la única discrepancia, en cuanto al cumplimiento del objeto del contrato, se refiere al **suministro eléctrico** y, en particular, al pago de los gastos para la «*sustitución de conductor subterráneo de media tensión entre los CT's "V." y "A. R." y entre los CT's "A. R." y "A."*», que I. requiere ejecutar para el suministro a la nueva UE

21, pues otras condiciones técnicas que afectan a las instalaciones «interiores» de la unidad de ejecución han sido ejecutadas y recibidas el 5 de mayo de 2009.

Estas específicas condiciones y exigencias de I. se comunicaron al Ayuntamiento el 14 de octubre de 2009. Días más tarde, el Alcalde las traslada a la contratista, advirtiéndole que debe asumir su coste. Esto es, varios meses más tarde de que finalizara el plazo de ejecución del contrato (incluidas sus prórrogas y plazo con imposición de penalidades), cuyas obras habían sido ya recibidas. Como es obvio, no pudieron tenerse en cuenta con total concreción y especificidad en la redacción del proyecto técnico elaborado por C.. En la “*Separata de energía eléctrica*” del Proyecto de Urbanización de la UE 21, se ha incorporado la contestación dada por I. a la C. (Redactora del Proyecto técnico, en su fase de redacción), en solicitud de condiciones de suministro eléctrico, de 25 de abril de 2007, donde se afirma que:

*“las actuaciones necesarias en instalaciones en servicio, así como la puesta en servicio final de las instalaciones, serán realizadas por I. Distribución Eléctrica, S.A., previa solicitud del promotor y aceptación del presupuesto correspondiente”.*

Y, en Anexo a dicho escrito, se indican los puntos de conexión y las instalaciones necesarias para el Proyecto referido (sustitución de conductor subterráneo de media tensión; línea subterránea de media tensión de alimentación a los nuevos CT’s; 2 CT’s interiores; red subterránea de baja tensión hasta la caja general de protección; y proyectos de legalización de L.M.T., CT’s y R.S.B.T). En relación con éstas, se dice literalmente:

*“Asimismo, indicarles que la parte de obra que deberá ser realizada por I., que incluye el conjunto de actuaciones precisas en instalaciones en tensión, se determinará una vez acordada la ubicación de los nuevos CT’s y estará formado por sustitución del conductor subterráneo de media tensión entre los CT’s ‘V.’ y ‘A. R.’ (aproximadamente 46 metros) y entre los CT’s ‘A. R.’ y ‘A.’ aproximadamente 180 metros), las conexiones en C.T. ‘M.’, la construcción de la arqueta para empalmes en M.T., los empalmes a la L.S.M.T., la tramitación de los proyectos y la puesta en servicio de la nueva instalación”*

Pues bien, a la vista de estas condiciones (algunas necesitadas de concreción posterior), C., en la citada “*Separata de energía eléctrica*” (2007), Anejo 5, Justificación de precios, listado de unidades de obra, constan, con el número de referencia 26, “**Conexión a Red existente**”, sin descomposición, 24.000 euros; y con el número 27, “**Partida alzada a justificar, para sustitución del conductor subterráneo de media tensión entre los CTs V. y A. R. y entre los CTs A. R. y A., de acuerdo con las indicaciones de la compañía eléctrica I.**”, sin descomposición, 6.000 euros. Y estos conceptos y precios se reiteran en: i) el Documento 4, Presupuestos, Cuadro de precios; ii) Cuadro de precios, 2; iii) Presupuesto, Energía eléctrica; y iv) Resumen de Capítulos (ejecución material).

Estos datos figuran en el Proyecto técnico de referencia para la fase de adjudicación del contrato y, con esa relativa indeterminación, fueron conocidos y tenidos en cuenta por los licitadores en sus ofertas económicas. Adviértase que, el coste económico de la ejecución de las instalaciones necesarias (interiores y exteriores a la UE 21) sólo se ha concretado con posterioridad, en fases avanzadas de ejecución del contrato de urbanización (caso de las nuevas condiciones exigidas para los Centros de Transformación) o cuando la contratista ya había incurrido en mora (sustitución del conductor subterráneo de media tensión, necesario para permitir el suministro de energía, conocido en octubre de 2009).

No debe mezclarse, sin embargo, la cuestión del coste de las instalaciones necesarias para el suministro eléctrico a la nueva zona urbanizada (y la cuestión jurídica de quién debe asumirlo) con la tardanza en su determinación atribuible en exclusiva a la contratista que, como ya se ha señalado, se retrasó en la presentación de los proyectos técnicos necesarios para su supervisión por los servicios de energía de la Comunidad Autónoma de La Rioja y la determinación del condicionado de conexión exigido por la Compañía suministradora (ante la que fueron presentados en abril y mayo de 2009, autorizados por la Administración regional en agosto, y comunicadas las condiciones en octubre de 2009), tardanza a la que ha contribuido I.

Es cierto que, si en la fase de redacción del proyecto, I. hubiera concretado sus condiciones de suministro con un compromiso firme, incluido el coste económico, no se hubiera planteado este problema. Lo cierto es que la indeterminación relativa de las condiciones impuestas por las Compañías eléctricas, que operan en un régimen de práctico monopolio, obliga, en la ejecución de estos proyectos de urbanización, a reajustar el presupuesto, máxime cuando se trata de cuantías importantes. En este contexto, su determinación posterior en el tiempo (al margen ahora de que la contratista haya incurrido en mora culpable, por la que ha sido penalizada) no obvia la necesidad de asumir o tomar en consideración el coste real de un gasto cuya determinación no podía concretarse en la fase de Proyecto. Aquí radica la *quaestio iuris* de este dictamen.

Para la Administración local contratante, de acuerdo con el informe del Arquitecto municipal, el gasto de suministro eléctrico (coste de la instalación necesaria para la conexión) debe ser asumido íntegramente por la contratista en aplicación de lo dispuesto en la Cláusula 4.6 del Pliego de condiciones, cuyo contenido hemos reproducido en el apartado 23 del Antecedente de Hecho Único. La contratista ha manifestado su voluntad de ejecutar y asumir el gasto, a condición de que se modifique al alza el precio del contrato y se apruebe, en consecuencia, un modificación del contrato, al superar el 10 por ciento del precio del contrato. En tal sentido, ha presentado una propuesta de precios contradictorios por importe de 173.967,67 euros (IVA incluido), montante superior a la propuesta de I. (parece que resultado de sumar a ésta los porcentajes de gastos generales y beneficio industrial, lo que no parece justificado).

Ante esta discrepancia, el órgano contratante no ha ejercido, con el rigor y formalidad debidas, sus prerrogativas de interpretación unilateral del contrato para hacer efectivo el criterio sostenido por los servicios técnicos municipales, dado el carácter ejecutivo de sus actos, de conformidad con el art. 59.1 LCAP. En esta contrapuesta interpretación, está la clave de la resolución contractual que ahora pretende ejercer la Administración municipal. Ésta considera que la falta de suministro eléctrico constituye el incumplimiento de una obligación contractual esencial, como establece el art. 111.g) LCAP, y propone, en consecuencia, la resolución del contrato.

### **B) Criterio de la Dirección Facultativa de las Obras.**

En el Antecedente de Hecho Único, apartado 26, ha quedado expuesta la posición del Director Facultativo de la Obra (además de redactor del Proyecto Técnico, vinculado contractualmente con el Ayuntamiento de Haro), respecto de la cuestión del suministro eléctrico. En dicho informe, diferencia las instalaciones eléctricas «**interiores**» de la UE 21, a cargo del promotor –Ayuntamiento de Haro- y **licitables** (obras que han sido ejecutadas, pese a ciertos cambios introducidos por I. respecto de las condiciones inicialmente exigidas y tenidas en cuenta para la redacción del Proyecto) y las instalaciones «**exteriores**» de conexión, también a cargo del promotor –Ayuntamiento de Haro- y **no licitables**, pues sólo I. se encarga de su ejecución.

En tal sentido, justifica el sentido y naturaleza de la «*partida alzada a justificar*» por importe de 6.000 euros que figura en el Proyecto específico de alumbrado y energía, por un concepto semejante a las obras exigidas por I.. Y señala en su informe que, “*al no haberse ejecutado las obras que debe realizar I., en las certificaciones entregadas la medición de esta partida ha sido cero*”.

Al margen ahora de que el importe exigido por I. para su realización le parezca superior a los precios de mercado e incluso que le suscite dudas la necesidad de las mismas (que esta conexión sea aprovechada por la Compañía suministradora para hacer mejoras de sus instalaciones generales), a juicio del Director de Obra, «*lo lógico es que el Ayuntamiento de Haro, como gestor del sistema de cooperación, contrate a la empresa I. para ejecutar dichas obras, repercutiendo posteriormente el coste a los propietarios, puesto que se trata de un coste que forma parte de la inversión de la Unidad de Ejecución, si bien no forma parte de la obra licitada*».

En definitiva, para la Dirección de Obra, las instalaciones para garantizar el suministro eléctrico *no son licitables*, al tener que ser realizadas por la propia Compañía suministradora (I.) y corresponde al Ayuntamiento su encargo (en realidad, su pago, al tratarse de un precio por conexión o acometida, que supone para la Compañía eléctrica la necesidad de realizar mejoras fuera de la UE 21, que sólo a ella corresponde ejecutar, directamente o por medio de empresas especializadas).

Esta apreciación se reitera en el Informe adjunto a la Certificación-liquidación de obras, de 21 de enero de 2011, recogida en el apartado 32 del Antecedente de Hecho Único, donde se afirma que: *«existe un condicionante previo que no depende de O., que es que el propio Ayuntamiento contrate a I. para que realice las obras de las condiciones de suministro que, como hemos explicado en varios informes, sólo podrá ejecutar I. y **no están incluidas**, por razones ya justificadas en los mencionados informes, en el **proyecto aprobado, licitado y adjudicado por el propio Ayuntamiento**. Solo una vez que I. ejecute dichos trabajos, O. podría comprobar el buen funcionamiento de las instalaciones eléctricas ejecutadas por la contratista»*.

Si esa específica obligación no estaba incluida en el proyecto aprobado, licitado y adjudicado —a juicio del autor del Proyecto y Director de la Obra—, la consecuencia a deducir en términos jurídicos es que la contratista no ha incumplido “*las restantes obligaciones contractuales esenciales*” (art. 111.g) LCAP) concretadas por la Administración municipal en el “suministro eléctrico”; y, en consecuencia, no concurre causa para la resolución del contrato, el cual debe considerarse cumplido en los términos ya referidos. La demora de la contratista en el cumplimiento del plazo contractual ya ha sido “penalizada” con notable rigor (su importe supone un 24 por ciento del precio del contrato) por la Administración municipal, sin perjuicio de estar, en este extremo, a resultas del recurso contencioso-administrativo presentado por la contratista. Pero este es un tema zanjado y distinto de la causa de resolución ahora alegada que, como hemos dicho, no concurre en el presente caso.

La Secretaria General en su extenso informe de 30 de noviembre de 2010 (apartado 29 del Antecedente de Hecho Único), común para los dos expedientes de resolución contractual (el de urbanización, suscrito con O. y el de redacción de proyecto y dirección de obra, suscrito con C.) entiende, para fundamentar la connivencia de la Dirección facultativa con la contratista y su común incumplimiento culpable de sus respectivos contratos, que ha cambiado su postura en el tema del suministro eléctrico, pues ya se aprobaron unos precios contradictorios para recoger las condiciones de I. y la obligación de la contratista respecto de la Compañía eléctrica.

En relación con ello, hemos de señalar que la referencia hecha, por el informe de la Dirección de Obra registrado el 17 de marzo de 2009, a la Cláusula 4.6 del Pliego, se refiere exclusivamente a la obligación que tiene la contratista respecto de la **tramitación formal** de los proyectos (como hemos recogido en el apartado 8 del Antecedente de Hecho Único). De otro lado, los precios contradictorios aprobados por la Junta de Gobierno Local, el 11 de marzo de 2009, se refieren exclusivamente a las condiciones impuestas por I. en las instalaciones eléctricas que la Dirección de Obra califica, con todo acierto, como “interiores” de la UE 21 (véase la descripción de los nuevos precios en los folios 379, 380 y 381 del expediente, referidos a la características de los nuevos centros de transformación y otras exigencias, que nada tiene que ver con la “sustitución del conductor de media tensión”, exigido por I. en octubre de 2009 para el suministro

eléctrico). A juicio, pues, de este Consejo Consultivo, el informe de la Secretaria General del Ayuntamiento no contrarresta con argumentos técnicos y jurídicos el criterio defendido por la Dirección de Obra en relación con el suministro eléctrico.

### **C) Otras alternativas anteriores que hubieran podido adoptarse.**

La autorizada interpretación del Projectista y Director de obra respecto de las partidas del presupuesto relativas al suministro eléctrico reitera que tales partidas no estaban concebidas en el Proyecto para dar cobertura al coste de las instalaciones a realizar por la Compañía eléctrica a cargo del promotor, sino para, en su caso, dar cobertura a los gastos de conexión de la red interior con la exterior, así como para colaborar parcialmente a la financiación de las obras que las Compañías suministradoras suelen exigir a la empresas contratistas en la realización de las instalaciones de conexión), puede merecer una interpretación distinta, apegada a la literalidad de los conceptos de unidades de obra descritos en el presupuesto de la “*Separata de energía eléctrica*” (“conexión a red existente, 24.000 euros; “partida alzada a justificar para sustitución de conductor...”, 6.000 euros), que constituye una posición intermedia ente las extremas mantenidas por la Administración municipal y la contratista.

En el proyecto, existía una previsión de 30.000 euros para unidades de obra que guardan relación con el suministro eléctrico, coste por ese concepto que, como mínimo — a la vista de los usos de las Compañías eléctricas—, tuvo en cuenta la contratista al hacer su oferta económica con una baja de un 14,27 por ciento sobre el precio de licitación. Si, con posterioridad, I. cuantifica el coste de conexión del suministro eléctrico en 134.233,53 euros (prescindiendo ahora de si ese importe es el ajustado al mercado y si esas obras son las necesarios) y, según el criterio municipal, debe asumirla la contratista, a esta cantidad ha de restársele el importe de las unidades de obra previstas en el presupuesto, incluida la baja de la licitación referida. Esto es,  $134.233,53 - (30.000/14,27\%) = 134.233,53 - 25.719 = 108.514,53$  euros. Quiere ello decir, que el mayor coste del suministro eléctrico debe ser compensado a la contratista por el Ayuntamiento (previa certificación de su realización), solo en el exceso de lo que ya estaba presupuestado y la baja de la licitación.

Esta interpretación pudiera haberla defendido la Administración municipal en defensa del interés público local, sin obviar la imprescindible modificación contractual, al exceder, con otra anterior, el 10 por ciento del precio del contrato. Pero nada se hizo formalmente para sostener esta interpretación, que es inviable en la actualidad dado que la oferta económica de I. ha caducado, pues su validez estaba limitada al plazo de tres meses (enero de 2010).

### **D) Criterio del Consejo Consultivo.**

A la vista de lo señalado, el contrato -cuya resolución se ha propuesto, pero que dictaminamos negativamente- debe entrar en fase de liquidación, procediendo, de conformidad con el art.169 RCAP, al abono de los saldos resultantes: pago de

certificaciones debidas, incluidos los intereses por demora correspondientes; compensación de la penalidad impuesta con cargo a las certificaciones de obra giradas, caso de que no se hubiera practicado con anterioridad; corrección de las deficiencias valoradas en 750 euros o compensación con el saldo a favor de la contratista de la certificación-liquidación final por importe de 50.333,15 euros; así como compensación, con cargo a dicho saldo, de la cantidad de 25.719 euros (importe de la partida presupuestada para conexión, menos la baja de la licitación, en los términos señalados); y devolución de las garantías constituidas. Todo ello sin perjuicio de las consecuencias, en su caso, que puedan derivarse de lo que decida la jurisdicción contencioso-administrativa sobre las penalidades impuestas.

Por lo demás, cabe recordar que la oferta de condiciones hecha por I. tenía una validez de tres meses, que el transcurso del tiempo ha invalidado. El Arquitecto municipal ha confirmado que se han solicitado a I. unas nuevas condiciones. Tal vez sea la ocasión de negociar estas condiciones (su cuantía y necesidad). En ese contexto, lo más conveniente para los intereses municipales es proceder a la liquidación contractual en los términos señalados, asumiendo el Ayuntamiento, como promotor de la UE 21, el nuevo coste que proponga I., debidamente negociado para que se ajuste a las necesidades reales de la UE 21 y a las generales del suministro al municipio de Haro. Dicha opción será más rápida y funcional que imponer ejecutivamente ese coste a la contratista, pues siempre tendrá ésta derecho a la compensación íntegra del mismo, en los términos señalados, lo que obligaría a un expediente de modificación contractual.

## **CONCLUSIONES**

### **Única**

Por todo lo expuesto, este Consejo Consultivo entiende que no concurre causa de resolución contractual, sino que el contrato debe entrar en fase de liquidación, procediendo, de conformidad con el art.169 RCAP, al abono de los saldos resultantes: pago de certificaciones debidas, incluidos los intereses por demora correspondientes; compensación de la penalidad impuesta con cargo a las certificaciones de obra giradas, caso de que no se hubiera practicado con anterioridad; corrección de las deficiencias valoradas en 750 euros o compensación con el saldo a favor de la contratista de la certificación-liquidación final por importe de 50.333,15 euros; así como compensación, con cargo a dicho saldo, de la cantidad de 25.719 euros (importe de la partida



presupuestada para conexión, menos la baja de la licitación, en los términos señalados); y devolución de las garantías constituidas. Todo ello sin perjuicio de las consecuencias, en su caso, que puedan derivarse de lo que decida la jurisdicción contencioso-administrativa sobre las penalidades impuestas; y asumiendo el Ayuntamiento, como promotor de la UE 21, el nuevo coste de las instalaciones exteriores de conexión de dicha UE 21 a la red eléctrica que proponga, o se negocie, con I.

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