

En Logroño, a 12 de abril de 2021, el Consejo Consultivo de La Rioja, constituido telemáticamente (al amparo del art. 17.1 de la Ley 40/2015), con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. Pedro María Prusén de Blas y D^a Amelia Pascual Medrano, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José María Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

21/21

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Nájera, a través de la Consejería de Servicios Sociales y Gobernanza Pública del Gobierno de La Rioja, sobre la *resolución del contrato administrativo de obras celebrado entre el Ayuntamiento de Nájera y la empresa O.O.C.S.L., para la ejecución Proyecto de estabilización del talud de Peñaescalera; por incumplimiento y con oposición del contratista.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Preliminar

En el presente dictamen, se emplean las siguientes siglas y abreviaturas:

- AHA= Antecedentes de hecho, del asunto (de este dictamen)
- ap/s.= apartado/s.
- art/s.= artículo/s.
- CAR= Comunidad Autónoma de La Rioja.
- Cc= Código civil.
- CCP= Cuadro de características particulares.
- CGP= Consejería de Gobernanza pública del Gobierno de la CAR.
- CSS= Coordinación/Coordinador/a de seguridad y salud de las obras contratadas.
- CSSGP= Consejería de Servicios Sociales y Gobernanza Pública del Gobierno de la CAR.

- cl/s.= cláusula/s.
- CSTE= Consejería de Sostenibilidad y Transición Ecológica del Gobierno de la CAR.
- DFO= Director/a/es/as facultativo/a/s de las obras contratadas.
- DGI= Director/a/Dirección General de Infraestructuras del Gobierno de la CAR.
- doc/s= documento/s del expediente.
- fol/s.= folio/s, del expediente.
- ICCCP= Ingeniero/a de Caminos, Canales y Puertos.
- IVA= Impuesto sobre el valor añadido.
- JGL= Junta de Gobierno Local.
- LCAP'95= derogada Ley (estatal) 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.
- LCAP'00= derogada Ley (estatal) de Contratos de las Administraciones públicas, Texto refundido aprobado por RDLeg 2/2000, de 16 de junio.
- LCCR'01= Ley (de la CAR) 3/2001, de 31 de mayo de 2001, del Consejo Consultivo de La Rioja.
- LCG= Licenciado/a en Ciencias Geológicas.
- LCSP'17= Ley (estatal) 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público.
- Mpa= megapascal/es (unidad de presión)
- PCAP= Pliego/s de cláusulas administrativas particulares.
- PPT= Pliego/s de prescripciones técnicas.
- PSS= Plan de seguridad y salud de las obras contratadas.
- RCAP'01= Reglamento general de la derogada LCAP'95, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre; vigente en cuanto no se oponga a la LCSP'17.
- RCCR'02= Reglamento orgánico y funcional del Consejo Consultivo de La Rioja, aprobado por Decreto 8/2002 de 31 de mayo.
- RD= Real Decreto

Primero

En el expediente remitido para nuestra consideración constan los siguientes datos de hecho:

1. Actuaciones previas a la contratación.

-El 7 de febrero de 2020, se formalizó, entre el Gobierno de la CAR (a través de la CSTE) y el Ayuntamiento de Nájera, un **Convenio** de colaboración **para la ejecución de las obras** de *Estabilización del talud de Peñaescalera en Nájera (La Rioja)*, por el que la Administración autonómica se comprometía a entregar al Ayuntamiento el *Proyecto de estabilización del talud de Peñaescalera* y a asumir la dirección de la obra mediante personal cualificado adscrito a DGI; correspondiendo al Ayuntamiento de Nájera la obligación de ejecutar las obras contenidas en el mencionado Proyecto.

-Mediante Acuerdo de la JGL de 8 de mayo de 2020, se aprobó el expresado Proyecto (redactado por la DGI del Gobierno de La Rioja en virtud del Convenio mencionado en el párrafo anterior), con un presupuesto total, IVA incluido, de 168.617,54 euros; y se dispuso que se procediera al replanteo del mismo, que se llevó a cabo el 19 de mayo de 2020.

-El 20 de julio de 2020, se formalizó otro **Convenio** de cooperación, entre el Gobierno de La Rioja (a través de la CGP) y el Ayuntamiento de Nájera, **para la financiación**, en concepto de subvención nominativa, de la ejecución **de las referidas obras**, con un presupuesto base de licitación (incluido el IVA), de 168.617,54 euros; de conformidad con el Proyecto técnico redactado por el ICCP, D. D.H.A. Entre otras condiciones, el Convenio fija un plazo máximo de ejecución y justificación de la inversión que finalizaba el 30 de noviembre de 2020.

2. Procedimiento de adjudicación.

-Mediante Providencia de la Alcaldía de 16 de febrero de 2020, se dispuso el inicio del expediente de contratación administrativa de las referidas obras.

-Constan en el expediente el PCAP, que más bien contienen una suerte de teoría general sobre contratación administrativa, así como el CCP del mismo, ambas de 19 de junio de 2020.

3. Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Del **PCAP** importa ahora desatacar las siguientes cláusulas:

Cl. 32. Comprobación del replanteo y comienzo de las obras.

A. La Administración pondrá a disposición del contratista los terrenos necesarios para la ejecución de la obra descrita en el Proyecto, libres de cargas. Los retrasos en la puesta a disposición que afecten al inicio o al desarrollo de las obras no computarán a efectos de

retrasos en los plazos de finalización de obras.

B. En el plazo máximo de treinta días naturales a partir de la formalización del contrato, se efectuará la comprobación del replanteo de las obras hecho previamente a la licitación, en presencia del contratista o de su representante, extendiéndose acta del resultado que será firmada por el contratista, el DFO y un representante del órgano de contratación en caso de que DFO no sea personal propio de este. Se remitirá un ejemplar de la misma al órgano de contratación a través de la (Unidad de tramitación del contrato, todo ello de acuerdo con lo previsto en el art. 237 LCSP'17. En los casos de tramitación del expediente por el procedimiento de urgencia previsto en la cl. 11.B, la comprobación del replanteo deberá hacerse antes del plazo recogido en el apartado siguiente para el comienzo de las obras.

C. Las obras darán comienzo el día siguiente de la firma del acta de comprobación del replanteo de las mismas, o en su caso, de la notificación del acuerdo autorizando el inicio de las obras si hubo reservas al realizarse la comprobación del replanteo, todo ello de acuerdo con lo previsto en el art. 139.4 RCAP'01. Cuando el procedimiento seguido haya sido el de urgencia, las obras darán comienzo en todo caso en el plazo máximo de un mes contados desde la formalización (art. 119.2-c LCSP'17).

D. Cuando en el momento de comprobación del replanteo se constate la falta de disponibilidad de los terrenos, la inviabilidad del proyecto, o el contratista formule reserva al acto, quedará suspendida la iniciación de las obras, haciéndose constar en el acta. El órgano de contratación adoptará acuerdo autorizando el comienzo de las obras una vez superadas las causas que motivaron la suspensión, todo ello de acuerdo con lo previsto en el art. 139 RCAP'01.

E. El retraso o incumplimiento en la realización de la comprobación del replanteo será causa de penalización y resolución del contrato de acuerdo con lo previsto en las cls. 56 y 64 de este PCAP.

Cl. 64. Resolución anticipada del contrato

A. Causas de resolución.

Son causas de resolución del contrato, de acuerdo con lo con lo previsto en los arts. 211, 243.2 y 245 LCSP'17, las siguientes:

- 1. La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en este pliego en el caso de fusión de empresas en la cl. 46.B.*
- 2. Incurrir el adjudicatario en una causa sobrevenida de prohibición para contratar.*
- 3. Declaración del adjudicatario en concurso de acreedores o la declaración de insolvencia en cualquier procedimiento.*
- 4. El mutuo acuerdo entre el Ayuntamiento y el contratista. La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.*
- 5. La demora en la comprobación del replanteo por plazo superior a un mes desde la fecha de formalización por causa imputable al contratista, o superior a dos meses si es por*

causa del Ayuntamiento.

6. No comenzar la ejecución de las obras en el plazo de un mes desde su formalización si el contrato se tramitó por el procedimiento de urgencia previsto en la cl.11.B, salvo que el retraso se deba a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la correspondiente resolución motivada.

7. La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses por parte del Ayuntamiento.

8. La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el programa de trabajo contrato por un plazo superior a un tercio del plazo previsto en éste.

9. Reincidir en incumplimientos contractuales tipificados de muy graves en este pliego, incluido el incumplimiento las obligaciones contractuales esenciales señaladas en la cl.40. En el caso de infracciones muy graves, el órgano de contratación podrá instar la resolución del contrato directamente si, a la vista de lo actuado, se estima que la penalización no será suficiente para compeler al contratista a subsanar la deficiencia que la motiva, o si la infracción lo es de una condición especial de ejecución de carácter social o medioambiental o de las reglas establecidas en este pliego para la subcontratación. Si opta por imponer la penalización prevista, iniciará el procedimiento de resolución si en el plazo máximo de diez días a contar desde la notificación de la misma no realiza las actuaciones necesarias para tal subsanación.

10. No remediar las deficiencias detectadas al realizar la recepción en el plazo o plazos concedidos al efecto.

11. El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la ejecución de la obra, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.

12. La necesidad de acometer modificaciones en el proyecto que no sea legal mente posible encajar en una modificación contractual de acuerdo con lo establecido en la cl. 44.

13. En los contratos plurianuales cofinanciados, no recibir el Ayuntamiento la subvención prevista para la anualidad correspondiente o recibir una cantidad sensiblemente inferior a la prevista. No obstante, en este supuesto, ambas partes pueden pactar la suspensión de la ejecución del contrato o la modificación del plan de trabajo para adaptarlo a la financiación efectivamente disponible.

14. La demora en el pago por parte del Ayuntamiento por plazo superior a ocho meses.

15. La suspensión de las obras por un plazo superior a seis meses acordada por el órgano de contratación.

16. El desistimiento de la ejecución del contrato acordado por el Ayuntamiento.

17. El incumplimiento por el adjudicatario de la obligación de guardar sigilo respecto a los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios estén relacionados con el objeto del contrato, de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo, salvo que el órgano de contratación, atendiendo a la naturaleza y circunstancias del contrato, no lo estime aconsejable (art. 112 RCAP'01).

18. El incumplimiento de las obligaciones que le incumbieren en materia de protección de datos personales a los que hubiera tenido acceso con ocasión del contrato.

La resolución del contrato podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, aunque en los supuestos de modificaciones que excedan el 20% del precio inicial del contrato, la Administración también pueda instar la resolución. La resolución se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento establecido en el apartado siguiente.

B. Aplicación de las causas de resolución y procedimiento para acordarla.

1. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento dará siempre lugar a la resolución del contrato.

2. Dará también lugar siempre a la resolución del contrato las modificaciones del contrato en los casos en que no se den las circunstancias legalmente establecidas y recogidas en la cláusula 44 de este pliego. Las modificaciones no previstas en el contrato cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en cuantía que exceda del 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido, serán potestativas para la Administración y para el contratista.

3. El impago por parte del contratista de los salarios de los trabajadores, se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista. No obstante, cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 % del precio de adjudicación del contrato, la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio.

4. En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diera lugar a la misma.

5. La resolución del contrato será acordada, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 109 del RGLCAP, por el **procedimiento** siguiente:

a) Informe del DFO indicando la causa de resolución y la parte que considera responsable de la misma. Con el conforme del Conejal Delegado al Área que promueve la obra, se considerará iniciado de oficio el expediente de resolución.

b) Audiencia al contratista por plazo de **diez días naturales** para que formule las alegaciones que considere oportunas. El mismo plazo de audiencia se concederá al avalista si se prevé la incautación de la garantía definitiva del contrato.

c) Informe a las alegaciones por parte del DFO y de la Unidad encargada del seguimiento y ejecución del contrato sobre la concurrencia de causa de resolución y qué parte se considera responsable de la misma.

d) Informe de la Asesoría Jurídica.

e) Acuerdo de resolución por parte del órgano de contratación.

f) Sometimiento de la cuestión al Consejo Consultivo... si se formuló oposición por parte del contratista.

g) Resolución final y ejecutiva por parte del órgano de contratación, sin perjuicio de la interposición de los recursos que estime oportuno el contratista.

4. Cuadro de características particulares (CCP).

Del CCP destacan las siguientes cláusulas:

-A.5. Necesidades a satisfacer con este contrato: Se han realizado numerosas actuaciones para intentar estabilizar este talud y, en la última de esas actuaciones, en el año 2005, se realizó una protección superficial, mediante un proyectado de gunita con fibras metálicas, que no ha dado buen resultado pues, a partir de los diez años de antigüedad, los desprendimientos han ido a más, hasta el punto de que, en el año 2018, se ha recurrido al corte total del tráfico ante los desprendimientos producidos y el evidente riesgo que se aprecia en los bloques agrietados del talud. Consecuencia del cierre al tráfico, el acceso al municipio de Nájera a través de ese acceso permanece cerrado, siendo imprescindible la búsqueda de una solución definitiva.

-A.7 Lotes: No se estima conveniente la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato ya que estamos ante una unidad funcional...

-D.1. Procedimiento de contratación: Procedimiento abierto simplificado, con varios criterios de adjudicación.

-E. Plazo de ejecución: Inicial, tres meses. Prórrogas posibles, no.

-H.2. Trabajos que se exigen sean ejecutados directamente por el licitador o uno de los miembros de la UTE: Todas las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, dada la especial relevancia para la ejecución de los mismos.

-L.1. Criterios evaluables de forma automática: 1) oferta económica, 75 puntos; 2) compromiso de mantenimiento sin coste adicional para el Ayuntamiento de Nájera, 15 puntos; 3) ampliación del plazo de garantía, 10 puntos.

-O. Partidas sobre las que no se permite la subcontratación: Las indicadas en el apartado H.2.

-U. Plazo de garantía mínimo: un año.

5. Adjudicación.

-La Mesa de contratación, el 21 de julio de 2020, acordó proponer a la JGL la adjudicación del referido contrato de obras a la mercantil señalada en el encabezamiento.

-La JGL, el 10 de agosto de 2020, acordó adjudicar el citado contrato a la expresada mercantil por el precio de 115.545,56 euros, más 24.264,56 euros en concepto de IVA; lo que supone un total de 139.810,12 euros.

6. Formalización del contrato.

-Una vez constituida la garantía definitiva por el adjudicatario, por importe de 5.777,28 euros, mediante firma electrónica (que, por lo que respecta a la adjudicataria, se realizó el 19 de agosto), se firmó el contrato administrativo de obras para la ejecución del expresado Proyecto. Del indicado contrato, merecen ser destacadas las siguientes cláusulas:

-Segunda. La mercantil (adjudicataria) se compromete a la ejecución del contrato...con estricta sujeción al Proyecto técnico redactado por (el ICCP precitado)...La citada mercantil se compromete así mismo, al cumplimiento de lo establecido en el PCAP que figuran en el expediente y que forman parte integrante del presente contrato, así como la oferta presentada por el proponente adjudicado, documentos contractuales que adopta incondicionalmente y sin reserva alguna y de lo que deja constancia firmando en este acto su conformidad.

-Cuarta. Precio del contrato. El adjudicatario se obliga a ejecutar el contrato por el precio máximo de... 115.545,56 euros, más el IVA (24.264,56 euros), lo que supone un total de 139.810,12 euros. El contratista tiene derecho al abono, conforme al precio convenido, de la obra real y debidamente ejecutada, a satisfacción de la Administración.

-Sexta. Duración del contrato y prórrogas. Las obras se ejecutarán en el plazo de tres meses, contados a partir de la firma del acta de comprobación del replanteo. No se contemplan prórrogas. El acta de comprobación del replanteo se efectuará antes del 4 de septiembre de 2020.

-Octava. Subcontratación. El contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación, en el plazo de diez días desde la formalización del contrato, la intención de celebrar subcontratos, en los términos y con los requisitos previstos en las cl. 47 PCAP y H.2 CCP, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contrato y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el art. 71 LCSP'17.^

-Novena. Demora en la ejecución del contrato, resolución y efectos. Si el adjudicatario, por causas imputables al mismo, incurriera en demora respecto al cumplimiento del plazo contractual, la Administración podrá optar por la resolución del contrato con pérdida de la garantía o por la imposición de las penalidades previstas en el art. 193 LCSP'17. El importe se hará efectivo mediante la deducción de las mismas en la correspondiente factura. En todo caso, la garantía responderá de su efectividad. El pago de las penalidades no incluye la indemnización a que la Administración pueda tener derecho por daños y perjuicios (art. 99 RCAP'01). Asimismo, cabrá la resolución del presente contrato en los supuestos previstos en los arts. 211 y 245 LCSP'17 y en la cl. 64 PCAP.

-Décima. Garantías. Para responder del cumplimiento de este contrato se ha constituido a favor del Ayuntamiento de Nájera una garantía definitiva por importe de ...5.777,2 euros...

-Undécima. Plazo de garantía del contrato. De acuerdo con lo establecido en la cl. 62.2 PCAP y teniendo en cuenta la oferta presentada por el adjudicatario del contrato, se establece un plazo de garantía para el presente contrato de obras, de seis años, a contar desde la fecha de formalización del acta de recepción de las mismas, de acuerdo con lo señalado en el PCAP.

-Décima Quinta. Normativa de aplicación. El contrato que se regula por las presentes cláusulas, tiene naturaleza administrativa, y como tal, las cuestiones que se planteen se dilucidarán en esta vía. Una vez agotada quedará expedida la vía contencioso-administrativa. El órgano del Ayuntamiento competente para contratar, ostenta la prerrogativa legal para interpretar el contrato, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razón de interés público o acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley...sin perjuicio de la obligada audiencia al adjudicatario y de la responsabilidad e indemnizaciones a que hubiera lugar. El contratista presta su conformidad al PPCA y al CCP que, junto con el Proyecto de obra, rigen el presente contrato.

7. Incidencias posteriores.

-Mediante Acuerdos de 14 de agosto de 2020 de la JGL, se procedió a nombrar, entre los técnicos propuestos por la DGI: i) como DFO, a D^a E.A.G. (ICCP) y a D^a L.M.M. (LCG), pertenecientes a la CSTE; y ii) como CSS, a D^a G.A.F. (ICCP).

-El 24 de agosto de 2020 la empresa contratista presentó el PSS que, tras la tramitación correspondiente, fue aprobado por la JGL mediante Acuerdo de 28 de agosto de 2020. Dicho PSS incluye los trabajos de saneo y demolición por medios manuales.

-El 1 de septiembre de 2020, se realizó la primera visita a la zona de la obra con la empresa adjudicataria, que manifestó no tener personal para ejecutar directamente las obras y propuso la subcontratación de determinadas partidas.

-El órgano de contratación (en aras a no demorar el inicio de las obras, dentro de sus potestades de interpretación del contrato administrativo, y pese a que el PCAP prevé que las tareas críticas, entre las que se incluyen todas las prestaciones objeto del contrato, tienen que ser ejecutadas directamente por el licitador), decidió permitir que la empresa adjudicataria presentase la documentación relativa a la subcontratación que pretendía realizar, para valorar la procedencia de la misma; y, así, el 3 de septiembre de 2020, se le requirió para que presentase, de manera oficial y a través de la sede electrónica, la documentación relativa a la subcontratación prevista en la cl. 47 PCAP.

-Atendiendo a este requerimiento, la empresa presentó, el 3 de septiembre de 2020, diversa documentación relativa a la capacidad y solvencia de la empresa subcontratista propuesta (M.R.M.S.L.), si bien, quedó por presentar gran parte de la documentación requerida.

-El 4 de septiembre de 2020, el Ayuntamiento volvió a requerir oficialmente a la empresa contratista para que: i) aportase toda la documentación que faltaba (y así poder valorar la parte de prestación que se pretende subcontratar y su importe); y ii) completase o adaptase la documentación del PSS aprobado por la JGL el 28 de agosto de 2020.

-La contratista, el 8 de septiembre de 2020, presentó parte de la documentación requerida por el Ayuntamiento, y, en la misma, planteó una previsión de subcontratación, que suponía un porcentaje del 16,17%; pero no aportó documentación relativa al Anexo del PSS.

-Comprobada la documentación por los técnicos municipales, se advirtió que el citado porcentaje estaba calculado de manera que inducía a error, al no tener en cuenta los precios totales de las partidas que se proponía subcontratar, sino solo parte de ellas. Como resultando de lo anterior, el porcentaje real que la empresa pretendía subcontratar era mucho mayor y alcanzaba a las prestaciones principales del objeto del contrato (como el saneo de taludes, la colocación de malla y red de cable y la colocación de bulones).

-El mismo 8 de septiembre de 2020, se realizó una segunda visita a la zona de la obra, a la vista de que la empresa contratista estaba planteando ejecutar los trabajos de saneo y demolición con maquinaria pesada. Esa modificación requería modificar el PSS ya aprobado, pues la DFO no estaba de acuerdo en permitir la ejecución del saneo y demolición con maquinaria pesada.

-Con la finalidad de acercar las posturas (entre los responsables de la DFO y la CSS, el Ayuntamiento de Nájera y la empresa contratista), se celebró una reunión, el 14 de septiembre de 2020, en la CSTE y junto con el DGI, en la que la DFO interpretó el Proyecto e insistió en que los trabajos de saneo y demolición debían hacerse de manera manual, tal y como figura en el PSS presentado por la empresa y aprobado por la JGL. La empresa contratista, presente en la reunión de manera telefónica, señaló varios errores de Proyecto: i) que aparece una pequeña reseña a trabajos manuales, pero no hay detalle ni presupuesto de dichos trabajos manuales. ii) que figura una máquina retroexcavadora en el precio descompuesto del saneo y en la descripción de ejecución de trabajos de saneo en el Estudio de seguridad y salud del Proyecto; y iii) que el Estudio geotécnico es de 2003 y recomienda poner gunita, cuando el Proyecto pretende eliminarla. La reunión concluyó con el acuerdo de solicitar a la empresa, una justificación del cambio del método de trabajo y un Anexo al PSS aprobado que refleje los cambios propuestos.

-El 15 de septiembre de 2020, la empresa contratista: i) remitió una documentación que pone de manifiesto la existencia de red de cables y malla anclados con bulones en la parte superior del talud, como justificación para modificar el modo de trabajo; ii) presentó otra documentación solicitando la definición de nuevas unidades de obra no contempladas en el Proyecto, las cuales incluyen la demolición y retirada al vertedero de la gunita, reforzada con red de cables y anclajes bulonados al terreno; y iii) aportó una documentación gráfica con esquemas de trabajo por medios mecánicos y el documento denominado *Anexo I-Saneos con excavadora*.

-El 19 de septiembre de 2020, se cumple el plazo de un mes desde la formalización del contrato para firmar el Acta de comprobación del replanteo. Ante las discrepancias surgidas entre la DFO y la empresa contratista y la falta de subsanación de los requisitos municipales, que no permiten conocer el procedimiento de trabajo de la empresa, no se firmó dicha Acta.

-El 22 de septiembre de 2020, la empresa contratista: i) remitió una documentación complementaria relativa a la modificación del modo de trabajo para el saneo y demolición; ii) adjuntó una nota técnica (elaborada por la empresa S.S.L. y firmada por un ICCP y un LCG); y iii) volvió a solicitar que se definiese correctamente una nueva unidad de obra no contemplada en el Proyecto, así como un procedimiento de ejecución seguro.

-El 24 de septiembre de 2020, mediante correo electrónico, se recordó a la empresa contratista que tenía pendiente de corrección la documentación presentada, e igualmente pendiente de modificación el Anexo del PSS para detallar la situación y maquinaria prevista en las partes superior e inferior del talud.

-El 25 de septiembre de 2020, la empresa contratista presentó un escrito en el que, sin aportar la documentación solicitada por el Ayuntamiento y la CSS, solicitó: i) definir en el Proyecto el estado actual real, ii) definir y valorar las unidades de obra nuevas necesarias, y iii) definir el procedimiento de trabajo más adecuado para ejecutar dichas unidades de obra. En dicho escrito, indicó, además, que los trabajos de demolición, en ningún caso, podrían ser manuales.

-El 29 de septiembre de 2020, se remitió a la DFO la documentación presentada por la empresa, para la emisión del correspondiente informe.

-Mediante Acuerdo de 16 de octubre de 2020, la JGL, como órgano de contratación, renunció a la DFO nombrada, para poder nombrar otra que continuase con los trámites necesarios en la ejecución del contrato de obras y así poder cumplir los plazos previstos en la legislación y en el Convenio formalizado para la financiación de las obras, y, en suma, agilizar la realización de los trabajos de estabilización del talud.

-En sesión de la misma fecha, la JGL adjudicó un contrato menor de servicios de DFO al ICCP colegiado, D. N.N.C.

-La CSS, mediante correo electrónico remitido el 15 de octubre de 2020, recordó a la empresa: i) que el PSS aprobado y vigente contemplaba el saneo del talud por medios manuales; ii) que dicho PSS también contemplaba la colocación de malla, red de cables y bulonado con trabajos verticales; iii) que en caso de utilizar otro procedimiento de trabajo, debería redactarse un Anejo, antes del inicio de la obra, que recogiera el procedimiento de trabajo que fuera utilizado; y iv) que la documentación que, en materia preventiva, tenía que enviar la empresa antes del inicio de los trabajos era la que la propia CSS indicaba y detallaba.

-El 23 de octubre de 2020 se celebró una reunión (en el Ayuntamiento de Nájera, con representantes y funcionarios de la Corporación, el DFO y representantes de la empresa contratista), con la finalidad de concretar los aspectos necesarios para comenzar las obras. La empresa reiteró su postura sobre la existencia de fallos graves en el Proyecto y solicitó la redacción de un modificado. Finalmente, y tras un acercamiento de las posturas: i) la empresa se comprometió a remitir al DFO, el próximo 6 de octubre, una estimación del incremento de presupuesto que consideraba necesario para ejecutar la obra; y ii) el Ayuntamiento prometió que estudiaría la posibilidad de tramitarlo dentro de los límites legales previstos en la LCSP'17.

-El 27 de octubre de 2020, la empresa contratista solicitó la resolución del contrato, así como una indemnización del 2% del precio de adjudicación, IVA excluido (2.310,91 euros),

por considerar que concurría la causa de resolución prevista en el art. 245-a) LCSP'17, por “*demora injustificada en la comprobación del replanteo*”; y que esta demora era imputable al Ayuntamiento de Nájera.

-En sesión ordinaria celebrada el 12 de noviembre de 2020, la JGL acordó: i) incoar la resolución del contrato de obras por la causa prevista en el art. 245-a) LCSP'17, imputable a la Administración, a instancia de la empresa contratista; ii) incoar de oficio la resolución del contrato de obras por causas imputables al contratista; iii) solicitar la emisión de informe por los servicios técnicos; y iv) dar audiencia al contratista y al avalista o asegurador. Este Acuerdo fue notificado a los interesados.

-Dentro del plazo concedido al efecto, el 3 de diciembre de 2020, la empresa contratista presentó alegaciones contra el precitado Acuerdo de la JGL, en las que, sucintamente: i) indica que “*el escrito de alegaciones pone de manifiesto una grave conculcación del principio de la reformatio in peius (pues) no es posible la incoación de otro procedimiento de oficio relativo a la resolución del contrato de obras*; ii) añade que *el Acta de comprobación del replanteo es un acto administrativo, responsabilidad de la Administración y el Ayuntamiento, al no realizarlo, ha incumplido, de forma grave y culpable, el contrato*”; iii) asegura que la empresa propuso la subcontratación y el Ayuntamiento de Nájera la admitió; iv) aduce graves errores en el Proyecto; y v) solicita la resolución del contrato de obras por causas imputables al Ayuntamiento, así como una indemnización de 2.310,91 euros.

-Consta, a continuación, el informe técnico, de 4 de diciembre de 2020, emitido por la CSS (la ICCP antes expresada) que, tras realizar una cronología precisa de los hechos, concluye señalando que:

“A la vista de los antecedentes señalados, tanto en el Acuerdo municipal como en el presente informe, no se considera que la demora a la firma del Acta de comprobación de replanteo, y, por tanto, en el inicio de las obras, se haya producido por causas imputables, ni a la Administración, ni a la DO, ni a la CSS que suscribe, como parece alegar la empresa contratista. Por el contrario, se entiende que el incumplimiento de plazos fijados por la normativa se ha producido por la empresa contratista... que no ha procedido a aportar la documentación que se le ha requerido en multitud de ocasiones, según consta en los antecedentes señalados”.

-Igualmente consta el informe técnico, emitido por la Arquitecto municipal el 9 de diciembre de 2020, que analiza con detalle el asunto de la subcontratación, analiza los aspectos técnicos más relevantes para el expediente y extrae las siguientes conclusiones:

Primero. *El retraso en el inicio de las obras, en ningún caso, puede imputarse a la Administración actuante, así el técnico que suscribe entiende que no procede la causa de resolución solicitada por la empresa prevista en el art. 245-a) LCSP'17, puesto que...no hay demora injustificada en la firma del Acta de comprobación del replanteo atribuible a la Administración.*

Segundo. *En cuanto a la consideración recogida en el Acuerdo de la JGL de 13 de noviembre de 2020, relativa al inicio de expediente de resolución por otras causas, se entiende que sería*

preciso depurar responsabilidades e, incluso, llegado el caso, imputar a la empresa contratista la demora en el incumplimiento del plazo de la firma del Acta de comprobación del replanteo; y, aún más, del incumplimiento de la obligación principal del contrato, que era ejecutar las obras. En este sentido, el técnico que suscribe entiende que el contrato que nos ocupa..., debería resolverse de oficio por las causas previstas en las letras d) y f) del art. 211.1 LCSP'17, es decir, "demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista" e "incumplimiento de la obligación principal del contrato".

-El 28 de enero de 2021, la Secretaria General de la Corporación emite un informe-propuesta de resolución, en el sentido de que procede:

-Desestimar las alegaciones presentadas por la empresa contratista contra el Acuerdo de la JGL de 13 de noviembre de 2020, de conformidad con los fundamentos expuestos en los informes emitidos por la CSS, por la Arquitecto municipal y los expresados en el informe.

-Desestimar la causa de resolución del contrato de obras solicitada por la empresa prevista en el art. 245-a) LCSP'17, puesto que, como queda acreditado en la instrucción del expediente y en los informes emitidos al respecto, no hay demora injustificada en la firma del Acta de comprobación del replanteo imputable a la Administración.

-Continuar el procedimiento de resolución del contrato de obras iniciado de oficio mediante Acuerdo de la JGL de 13 de noviembre de 2020, por las causas previstas en las letras d) y f) del art. 211.1 LCSP'17, imputables al contratista, con los efectos previstos en el art. 213.3 LCSP'17, y en consecuencia incautar la garantía definitiva.

-Remitir el expediente al Consejo Consultivo de La Rioja, requiriéndole la emisión del preceptivo dictamen, al haber formulado oposición el contratista a la resolución del contrato.

-(Recordar que), a la vista del Dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja y de los informes emitidos durante la instrucción del expediente la Junta de Gobierno Local, como órgano de contratación, adoptará el acuerdo relativo a la resolución del contrato de obras para la ejecución del Proyecto de estabilización del talud de Peñaescalera en Nájera.

-Sobre la base de ese informe, la JGL, el 29 de enero de 2021, adoptó, por unanimidad, los siguientes acuerdos:

Primero.- Desestimar las alegaciones presentadas por la empresa contratista..., contra el Acuerdo de la JGL de 13 de noviembre de 2020, de conformidad con los fundamentos expuestos en los informes emitidos por la CSS, por la Arquitecto municipal y los expresados en el informe de Secretaría General de 28 de enero de 2021.

Segundo.- Desestimar la causa de resolución del contrato de obras solicitada por le empresa prevista en el art. 245-a) LCSP'17, puesto que, como queda acreditado en la instrucción del expediente y en los informes emitidos al respecto, no hay demora injustificada en la firma del Acta de comprobación del replanteo imputable a la Administración.

Tercero.- Resolver el contrato de obras para la ejecución del Proyecto de estabilización del talud de Peñaescalera en Nájera, por las causas previstas en las letras d) y f) del art. 211.1 LCSP'17, imputables al contratista. Queda acreditado en el expediente que la demora en el incumplimiento del plazo de la firma del Acta de comprobación del replanteo es imputable al contratista por no

presentar documentación adecuada y solvente que avalase el cambio del método de trabajo en el PSS aprobado. En consecuencia, se ha incumplido también la obligación principal del contrato que era ejecutar las obras.

Cuarto.- Incautar la garantía definitiva, de conformidad con lo previsto en el art. 213.3 LCSP'17, y no fijar indemnización de daños y perjuicios.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 8 de febrero de 2021 y registrado de entrada en este Consejo de 9 de febrero de 2021, el Excmo. Sr. titular de la Consejería competente en materia de Administración local (CSSGP) remitió, al Consejo Consultivo de La Rioja y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 10 de febrero de 2021, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta y a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la misma 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

Legislación aplicable al contrato y preceptividad de nuestro dictamen

1. La vigente LCSP'17 establece: i) en su DT 1^a.1, que “*los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior*”; y ii) en su DT.1^a.2, 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, por la normativa anterior”.

En este caso, la Resolución de inicio del expediente de contratación (dictada el 15 de junio de 2020), la aprobación del expediente de contratación (de 19 de junio de 2020) y la Resolución adjudicatoria del contrato (de 10 de agosto de 2020) se dictaron bajo el imperio temporal de la LCSP'17, que estaba vigente desde el 9 de marzo de 2018 (DF 16^a).

En definitiva, la LCSP'17 es la legislación aplicable tanto al fondo de la cuestión sometida a nuestro dictamen, como al procedimiento para el ejercicio de la facultad resolutoria, siendo también aplicable, como Reglamento de contratación, el todavía vigente RCAP'01, en cuanto no se oponga a lo establecido en la LCSP'17.

2. El art. 191.1 LCSP'17, en relación con el art. 190 LCSP'17, establece que, con carácter previo al ejercicio de la potestad de resolución contractual, el órgano de contratación debe conferir audiencia al contratista. Por otro lado, el art. 191.3-a) LCSP'17 determina la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma cuando el contratista se oponga a la resolución.

En iguales términos, pueden citarse el art. 195.1 LCSP'17, y los arts. 109.1-a) y 109.1-d) RCAP'01 y nuestra normativa reguladora (arts. art. 11-i LCCR'01 y 12-i RCCR'02).

Por lo tanto, como quiera que ha existido oposición de la contratista, nuestro dictamen resulta preceptivo en este caso.

Segundo

Consideraciones formales sobre la tramitación del expediente

1. Debe recordarse que, el 27 de octubre de 2020, tiene entrada en el Ayuntamiento de Nájera escrito de la contratista en el que se indica que:

El Ayuntamiento de Nájera no ha procedido a la realización del Acta de comprobación del replanteo, lo cual conduce a que este contratista tenga derecho a solicitar la resolución de este contrato administrativo, pues el art. 245-a) LCSP'17 tipifica como causa de resolución la demora injustificada en la comprobación del replanteo. Además, esta resolución deberá conllevar, por todos los conceptos, a una indemnización equivalente al 2 % del precio de la adjudicación, IVA excluido, lo cual eleva esta indemnización a la cuantía de 2.310,91 euros.

2. Por su parte, la cl. 32.2 PCAP indica que:

*“En el plazo máximo de treinta días naturales a partir de la formalización del contrato, se efectuará la **comprobación del replanteo** de las obras..., en presencia del contratista o de su representante, extendiéndose acta del resultado, que será firmada por el contratista, el DFO, y un representante del órgano de contratación en caso de que DFO no sea personal propio de este”.*

3. Tras el informe de la Secretaria General del Ayuntamiento, la JGL, el 13 de noviembre de 2020, acordó, entre otras cuestiones:

-Incoar el procedimiento solicitado por la empresa contratista para acordar, si procede, la resolución del contrato..., por la causa prevista en el art. 245-a) LCSP'17, imputable a la Administración.

-Incoar de oficio el procedimiento de resolución del contrato..., para acordar, si procede, la resolución por causas imputables al contratista.

-Que se emita informe por los Servicios técnicos, tanto por la responsable del contrato, la Arquitecto municipal, como por la CSS, para que se pronuncien sobre los antecedentes mencionados en este Acuerdo, los hechos que pueden ser causa de resolución y sobre efectos de la misma.

-Dar audiencia al contratista por plazo de 10 días naturales y, por el mismo plazo, dar audiencia al avalista o asegurador, al proponerse la incautación de la garantía definitiva.

4. Notificados los interesados, la contratista presentó un escrito de alegaciones en el que manifiesta que:

Resulta inaudito en Derecho, y gravemente ilegal, que ante el escrito de esta empresa solicitando que “se proceda a declarar la resolución del contrato administrativo de obras... y, en consecuencia, se proceda a indemnizar a esta empresa en la cantidad de 2.310,91 euros”, este Ayuntamiento no procede únicamente a incoar el correspondiente procedimiento administrativo, que debiera tramitarse y luego resolverse en Derecho, sino que procede a incoar de oficio el procedimiento de resolución del contrato, para acordar, si procede, la resolución por causas imputables al contratista”.

5. Además, en cuanto a la resolución pretendida por el Ayuntamiento, la contratista añade que:

*1º. En cuanto a la **subcontratación**: La cl. 8ª del contrato establece expresamente que: “el contratista deberá comunicar por escrito al órgano de contratación, en el plazo de diez días desde la formalización del contrato, la intención de celebrar subcontratos”. Y, en el ejercicio legítimo de esta fórmula contractual, esta empresa propuso la subcontratación de la parte correspondiente a la mano de obra de ciertas partidas, pero nunca ha propuesto subcontratar partidas completas. Y el Ayuntamiento de Nájera admitió dicha subcontratación.*

*2º En cuanto a los graves **errores contenidos en el Proyecto** elaborado por el Ayuntamiento de Nájera..., el Proyecto fue redactado en el año 2018, basado en un informe geotécnico del año 2003. Sin embargo, la realidad es que, en la coronación del talud, a más de 30 m de altura, hay una red de cables y malla con bulones sobre la primera capa de gunita recubierto todo ello por una segunda*

capa de gunita. Este hecho, hace inviable, por motivos de seguridad, su demolición por medios manuales, y esta empresa propone su demolición mediante retroexcavadora, desde la parte superior del talud. Esto supone una modificación sustancial en el proceso constructivo, por lo que presentamos una modificación al PSS, que recoge dicha modificación. La DFO, la CSS y la Arquitecta municipal se negaron en redondo a cualquier modificación. Se encargó la redacción de una Nota técnica a un Geólogo especialista y, tras ello, reconocen la existencia de dicha red de cables, malla y bulones. Ante esta situación, el Ayuntamiento decide cambiar de DFO y la nueva DFO reconoce la existencia de esta red de cables, malla y bulones y admite que se demuela por medios mecánicos, pero se niega a recoger estos cambios en un Modificado de Proyecto. En este momento se procede a solicitar la resolución del contrato

6. En base a lo anterior, la contratista interesa:

-Declarar la resolución del contrato administrativo de obras... por causas imputables al Ayuntamiento...

-Indemnizar a esta empresa en la cantidad de 2.310,91 euros

-Que no se de curso o tramite al procedimiento incoado de oficio por supuestas causas imputables al contratista, hasta que se tramite y resuelva el procedimiento instado por esta empresa en su escrito de fecha 26 de octubre de 2020, por lo que nos oponemos expresamente a su tramitación.

7. Así las cosas, hemos de indicar que, a nuestro juicio, el hecho de acumular en un mismo expediente tanto el iniciado a instancia de la contratista con el iniciado de oficio por el Ayuntamiento, y que ambos expedientes se tramiten conjuntamente, por cuestiones de economía procesal, no supone irregularidad invalidante de ningún tipo, pues la contratista ha podido realizar alegaciones a la pretensión de resolución contractual defendida por la Corporación local, habiéndose dado traslado también a la entidad que prestó la garantía en su día.

En suma, habiendo podido alegar a la pretensión municipal, no se ha generado indefensión y, por otra parte, el hecho de optar el Ayuntamiento por la resolución por causa imputable a la contratista, supone desestimar implícitamente la pretensión de la contratista de resolver el contrato por causa imputable al Ayuntamiento por el retraso en la firma del acta de comprobación del replanteo de las obras.

Ello no obsta a observar, en el orden de resolución del expediente acumulado, lo establecido en el art. 211.2 LCSP'17 a propósito de la concurrencia de diversas causas de resolución del contrato, supuesto en el que deberá atenderse primero a aquella que hubiese aparecido en el tiempo con prioridad; razón por la que comenzaremos por analizar si hubo o no el retraso que alega la empresa contratista en la comprobación del replanteo.

Tercero

Sobre si, en la comprobación del replanteo, existió o no un retraso injustificado e imputable al Ayuntamiento

1. En el expediente, no se discute que no se había procedido a la firma del acta de comprobación del replanteo, pese a haber transcurrido en exceso el plazo señalado para ello. La cuestión controvertida radica en determinar si, como afirma el contratista ello se debió a causa imputable a la Administración contratante, o si, por el contrario, han existido razones que han justificado de alguna manera ese retraso. Como fácilmente puede advertirse, tal cuestión es de naturaleza esencialmente fáctica, por lo que habremos de resolverla sobre la base del material probatorio incorporado al expediente que nos ha sido remitido.

2. Al respecto, lo primero que debe advertirse, por obvio que resulte, es: i) que el CCP definió con total precisión el objeto de la prestación (las obras de estabilización del talud de *Peñaescalera*, con arreglo al Proyecto realizado en colaboración con el Gobierno de la CAR, con las características técnicas y unidades de obra en el mismo recogidas), que había de ejecutar, en el plazo de **tres meses**, quien resultara adjudicatario del contrato; y ii) que, según el PCAP, el plazo para la firma del Acta de comprobación del replanteo era el de **30 días naturales**, tras la formalización del contrato (que tuvo lugar el día 19 de agosto de 2020); por lo que, cuando la contratista solicita la resolución del contrato (el 27 de octubre de 2020), ya había transcurrido con exceso ese plazo.

Por otro lado, no parece que pueda considerarse que ese retraso haya sido imputable a la Administración contratante. Está acreditado que, tras la firma del contrato, surgieron discrepancias respecto del Proyecto de obras, pues la contratista consideraba que, por estar basado en un estudio geotécnico del año 2003, no recogía la situación real del talud, ya que en el año 2005 se actuó sobre dicho talud.

Por tal motivo, considera la contratista que la actuación de saneo por medios manuales a que alude el Proyecto no puede ir referida a la demolición del recubrimiento de gunita y mallas de triple torsión con sus anclajes y cables de sujeción colocados en 2005, pues la resistencia de la misma supera la fuerza que se puede ejercer mediante los medios manuales, por lo que la actuación exigida entraña riesgos inasumibles.

Entiende así la contratista que el Proyecto está incompleto y que debiera incluirse una nueva unidad de obra, que incluya la demolición mecánica y la retirada a vertedero de esa zona de gunita con malla de triple torsión, cables y anclajes. Esa nueva partida, además, debería contemplar la utilización de medios mecánicos y, en concreto, de una retroexcavadora equipada con martillo rompedor.

3. El art. 245-a) LCSP'17 establece como causa de resolución del contrato de obras, *la demora injustificada en la comprobación del replanteo*. Esta comprobación se concibe como un elemento esencial del contrato de obras, está sujeta a plazo, es de carácter bilateral y determina el comienzo de la ejecución del contrato.

La comprobación del replanteo tiene como finalidad acreditar (a juicio del DFO y sin reserva por parte de la contratista) la disponibilidad de los terrenos de conformidad con el replanteo hecho con carácter previo a la licitación; es decir, comprobar la posesión y disposición real de los terrenos sobre los que va a ejecutarse la obra, su idoneidad y la viabilidad del Proyecto sobre el que se ha licitado. La finalidad de este trámite es entregar al contratista el terreno para que inicie las obras, garantizando la inexistencia de obstáculos materiales y técnicos que puedan impedir esa iniciación. La comprobación del replanteo se instrumenta mediante el levantamiento de un acta que acredita su realización.

4. Sobre la comprobación del replanteo, los arts. 139 y 140 RCAP'01 establecen, en lo que afecta al caso, lo siguiente:

Artículo 139. Comprobación del replanteo.

La comprobación del replanteo ... se sujetará a las siguientes reglas:

1.ª Si el contratista no acudiere, sin causa justificada, al acto de comprobación del replanteo, su ausencia se considerará como incumplimiento del contrato con las consecuencias y efectos previstos en la Ley.

2.ª Cuando el resultado de la comprobación del replanteo demuestre, a juicio del DFO y sin reserva por parte del contratista, la disponibilidad de los terrenos y la viabilidad del Proyecto, se dará por aquél la autorización para iniciarlas, haciéndose constar este extremo explícitamente en el acta que se extienda, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla, y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta (...).

3.ª Cuando se trate de la realización de alguna de las obras a que se refiere el art. 129.2 de la Ley (se refiere a la LCAP'00, cuyo art. 129.2 alude a las obras de infraestructuras hidráulicas, de transporte y carreteras, que no son del caso) se estará a lo dispuesto en el mismo en cuanto a la disponibilidad de terrenos pudiendo comenzarse las obras si estuvieran disponibles los terrenos imprescindibles para ello y completarse la disponibilidad de los restantes según lo exija la ejecución de las mismas.

4.ª Cuando no resulten acreditadas las circunstancias a que se refiere el apartado anterior o el DFO considere necesaria la modificación de las obras proyectadas quedará suspendida la iniciación de las mismas, haciéndolo constar en el acta, hasta que el órgano de contratación adopte la resolución procedente dentro de las facultades que le atribuye la legislación de contratos de las Administraciones públicas. En tanto sea dictada esta resolución, quedará suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, computándose a

partir de dicha fecha el plazo de seis meses a que se refiere...la Ley, sin perjuicio de que, si fueren superadas las causas que impidieron la iniciación de las obras, se dicte acuerdo autorizando el comienzo de las mismas, notificándolo al contratista y computándose el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la notificación.

5.ª Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará igualmente cuando el contratista formulase reservas en el acto de comprobación del replanteo. No obstante, si tales reservas resultasen infundadas, a juicio del órgano de contratación, no quedará suspendida la iniciación de las obras ni, en consecuencia, será necesario dictar nuevo acuerdo para que se produzca la iniciación de las mismas y se modifique el cómputo del plazo para su ejecución.

Artículo 140. Acta de comprobación del replanteo y sus efectos.

1. El acta de comprobación del replanteo reflejará la conformidad o disconformidad del mismo respecto de los documentos contractuales del Proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato.

2. A la vista de sus resultados, se procederá en los términos previstos en el art. anterior. Caso de que el contratista, sin formular reservas sobre la viabilidad del Proyecto, hubiera hecho otras observaciones que puedan afectar a la ejecución de la obra, la DFO, consideradas tales observaciones, decidirá iniciar o suspender el comienzo de la obra, justificándolo en la propia acta.

3. Un ejemplar del acta se remitirá al órgano de contratación, otro se entregará al contratista y un tercero a la dirección.

4. El acta de comprobación del replanteo formará parte integrante del contrato a los efectos de su exigibilidad.

5. Es claro que, en este caso, no se levantó acta de ningún tipo y que tampoco consta en el expediente que el Ayuntamiento requiriera a la contratista para proceder a la comprobación del replanteo. Pero constan otras circunstancias, como:

-La realización de diversas visitas a la zona de la obra, con asistencia de todos los implicados en las que se intentaron salvar las objeciones indicadas por la contratista.

-Se produjo el cese de la DFO y el nombramiento de una nueva DFO, aunque el expediente no contiene más información al respecto y tampoco consta la opinión de la nueva DFO respecto de esas objeciones.

-Formalizado el contrato de obras el 19 de agosto de 2020, la JGL, como órgano de contratación, aprobó, el 24 del mismo mes, el PSS que había presentado la propia contratista; y ese PSS contemplaba el saneado manual y trabajos verticales.

-Es la propia contratista quien, en contra del parecer de la DFO, solicitó el cambio de método de trabajo, que exigía la tramitación de una modificación del citado PSS, que no llegó a tramitarse.

Por lo tanto, siendo cierto que no se procedió a la firma del acta de comprobación del replanteo, sin embargo, considera este Consejo, que ese retraso no se ha debido a causas injustificadas, tal y como exige el art. 245-a) LCSP'17, por lo que no procede estimar la petición de la contratista de atribuir ese retraso al Ayuntamiento actuante.

6. Otra cuestión es si ese retraso puede ser atribuido a la propia contratista, cuestión que analizamos a continuación.

Cuarto

Sobre la existencia de incumplimiento culpable de las obligaciones contractuales por parte de la contratista.

1. Conforme al art. 189 LCSP'17, *“los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones públicas”*. Este precepto constituye una manifestación jurídico-positiva del principio *pacta sunt servanda*, en el que se funda la eficacia vinculante que los contratos despliegan para quienes consienten en obligarse a través de ellos.

Ese principio, que también inspira los arts. 1254, 1258 y 1278 Cc, se complementa, en el ámbito de la contratación pública, con las prerrogativas del órgano de contratación para definir unilateralmente el contenido y el objeto del contrato mediante la aprobación de los PCAP y PPT, que definen la prestación y regulan la licitación y la propia vida del vínculo contractual.

Por ello, según el art. 139.1 LCSP'17, *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los Pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

2. La cláusula 64ª PCAP se remite a las causas generales de resolución contractual previstas por la LCSP'17; y, así, los arts. 211.1.d), f) y g) LCSP'17 disponen que son causas de resolución de los contratos administrativos *“la demora en el cumplimiento de plazos por el contratista”*, *“el incumplimiento de la obligación principal del contrato”* y *“la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los arts. 204 y 205”*.

Además, en los contratos de obras, constituye una causa específica de resolución la tipificada por el art. 245-b) LCSP'17: *“la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses”*; suspensión que puede ser debida a causa imputable al contratista o a la Administración, pues el precepto no distingue, a diferencia del art. 245.c)

LCSP'17, que determina como causa de resolución “*la suspensión de las obras por plazo superior a ocho meses por parte de la Administración*”.

Para concluir, el art. 211.2 LCSP'17 establece un orden temporal de prelación de causas, pues “*en los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo*”.

3. Como ya hemos indicado, está acreditado que, tras la firma del contrato, surgieron discrepancias respecto del Proyecto de las obras, pues la contratista consideraba que el mismo se basaba en un estudio geotécnico del año 2003 el cual no recoge la situación actual del talud que deriva de una actuación efectuada en el año 2005 recubriéndolo de gunita y mallas de triple torsión con sus anclajes y cables de sujeción.

Por tal motivo considera la contratista que la proyectada actuación de saneo por medios manuales y trabajos verticales no puede ir referida a la demolición del referido recubrimiento de gunita y mallas de triple torsión con sus anclajes y cables de sujeción, pues la resistencia de la misma supera la fuerza que se puede ejercer mediante los medios manuales, entrañando por tanto la actuación exigida riesgos inasumibles.

Por ello entiende la contratista que el Proyecto está incompleto y que debiera incluirse una nueva unidad de obra, que incluya la demolición mecánica y la retirada a vertedero de esa zona de gunita con malla de triple torsión, cables y anclajes. Esa nueva partida, además, debería, según la contratista, contemplar la utilización de medios mecánicos y, en concreto, de una retroexcavadora equipada con martillo rompedor.

4. A este respecto, debemos hacer referencia al informe de la DFO (obrante, como doc. núm. 66, en los fols. 1023 a 1029, ambos inclusive del expediente), en el que hemos distinguido dos partes:

A) En una primera parte, la DFO alude a los siguientes antecedentes del debate:

Ante la posibilidad expuesta, fue informado por esta DFO de que dicha alternativa no se encontraba contemplada en ningún momento en el Proyecto de obras, así como también fueron justificadas las razones por las que no era posible contemplar dicho cambio de metodología en los trabajos (el Proyecto está planteado para ser realizado por especialistas en estabilización de taludes, cuyos métodos habituales de trabajo y formación permiten realizar los trabajos con una disciplina muy clara, permitiendo de este modo un saneo más controlado y un reperfeado del talud, limpiando así bloques sueltos que puedan quedar tras la retirada de la gunita. La experiencia acumulada en el Servicio de Carreteras ha demostrado que la solución adoptada en el Proyecto es la procedente en este tipo de trabajos, y según se ha conocido a través de la información facilitada por la CSS, también la contenida en el PSS aprobado.

Es ante este último escollo cuando la empresa adjudicataria remite una serie de documentos al Ayuntamiento de Nájera, los cuales han sido remitidos a esta DFO el día 29 de septiembre de 2020, tal y como ha sido expuesto en los primeros párrafos de los que trae causa el mismo. Así (la contratista) refiere ahora supuestas carencias del Proyecto de obra para mantener la necesidad de actuar en la cabecera del talud mediante medios mecánicos.

En concreto argumenta que ha sido omitido en el Proyecto de obra que la parte superior del talud a que se refiere como zona más inaccesible y peligrosa, se encuentra en la actualidad revestido por una red de cables y malla, anclado con bulones al terreno de 2 metros aproximados de longitud y todo ello gunitado posteriormente, aportando documentación gráfica de la zona y los cables. Por ello propone, no sólo que se defina una nueva unidad de obra que incluya la demolición y retirada a vertedero de esta zona de gunita reforzada con red de cables y anclajes bulonados al terreno, sino también propone, como procedimiento para esta supuesta unidad de obra, realizar los trabajos con una retroexcavadora equipada con martillo rompedor, que trabajará en una primera fase ubicada en la parte superior del talud y, posteriormente, en una segunda fase, en la parte inferior del mismo, mediante un brazo largo.

Por último, indica que se ha producido una contradicción en el Proyecto, ya que el informe geotécnico que data del año 2003, en el que se basa el mismo, recomienda, como solución, el gunitado, cuando el Proyecto trata de la retirada del gunitado y posterior protección con red de cables y mallas.

B) En una segunda parte, la DFO contesta a las alegaciones de la contratista, lo siguiente:

*En **primer lugar**, en lo que se refiere a la supuesta omisión del Proyecto, en el que, a juicio de la empresa, ha sido omitida la presencia de una malla en la parte superior del talud fruto de las actuaciones ejecutadas por el Ayuntamiento de Nájera en el año 2013, cabe indicar lo siguiente:*

-El Ayuntamiento de Nájera, quien realizó dichas obras, recibió asesoramiento del Servicio de Carreteras, a través de un documento en el que se indicaban los antecedentes (seguimiento, estudio y búsqueda de soluciones realizados por D. J.M.M.V, ICCP, y D^a L.M.M., LCG; así como la solución a adoptar al respecto, estando en ese momento (ésta última) en situación de baja laboral de larga duración.

-Las obras fueron ejecutadas en base a lo expuesto por el Ayuntamiento de Nájera, y consistieron en un saneo manual previo y posterior colocación de gunita con un espesor de 3 centímetros por malla de triple torsión sujeta al terreno por bulones cortos realizados por medios manuales.

-De la documentación aportada por el Ayuntamiento de Nájera y de lo expuesto anteriormente se desprende que el tipo de malla de triple torsión instalado no se corresponde, en absoluto, con la imagen de la malla facilitada por (la contratista), pues las características divergen sustancialmente de la finalmente colocada.

*En **segundo lugar**, y puesto que la empresa considera que el hecho de no haber mencionado dicha actuación en el Proyecto motiva que haya de definirse una nueva unidad de obra a ejecutar por medios mecánicos,(es de) indicar que:*

-La gunita de todo el talud se encuentra reforzada, en su gran mayoría, por fibras de acero tipo Drámix, ocupando la malla triple torsión unos 700m², es decir, una superficie inferior al 10% del talud. Las propiedades que transfieren las fibras Drámix al hormigón constituyen una armadura muy efectiva debido a que el acero de las fibras posee un módulo de elasticidad de 10.000 Mpa, lo que hace que confieran a la gunita los siguientes efectos: i) mejora del comportamiento ...; ii) incremento de la resistencia a la rotura; iii) reducción de la deformación bajo cargas mantenidas; iv) aumento de la resistencia a la tracción; v) fuerte incremento en la resistencia a impacto y choque; y vi) gran resistencia a fatiga dinámica.

-Teniendo en cuenta los datos de resistencia a tracción y demás propiedades que las fibras confieren a la gunita, que permite incluso disminuir el espesor del hormigón, podría concluirse que, tanto las fibras como la malla triple torsión, son dos métodos de refuerzo de gunita de taludes asimilables. Se trata de métodos de refuerzo superficial cuya retirada no implica cambio de proceso constructivo ni de esfuerzo necesario para su retirada.

-Por dicha razón, y sin perjuicio de que no fuera relatado expresamente en el Proyecto el antecedente cronológico, la actuación, por el contrario, fue considerada en el presupuesto contenido en el Proyecto, ya que fueron valorados los rendimientos asimilables de ambos componentes en el mismo talud, al precisar ambos de un proceso constructivo equiparable.

Y en tercer y último lugar, la indicada contradicción que el contratista argumenta que existe entre el Proyecto y el informe geotécnico en que se basa la misma, no es tal, puesto que, en la Memoria del Proyecto, se hace constar expresamente dicha circunstancia; es decir, que se trata de un estudio geotécnico que describe y se refiere al talud en su estado natural, antes de ser sometido a ninguna actuación; y, precisamente, es lo buscado en este tipo de trabajos, ya que conviene partir de estos datos para no distorsionar las características del talud a que se refiere el Proyecto.

5. Es obvio que este informe de la DFO desmonta todos los argumentos de la empresa contratista; por lo que, como quiera que el art.190.1 LCSP'17 determina que: *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta”* debemos concluir que el retraso en la firma del acta de comprobación del replanteo, en realidad, se debió a la actuación de la propia contratista que estuvo demorando dicha actuación, alegando las cuestiones que, como hemos indicado, fueron desestimadas por la DFO.

6. Con posterioridad a la emisión de ese informe de la DFO y dadas las evidentes diferencias surgidas entre la misma y la contratista, la JGL, en Acuerdos de 16 de octubre de 2020, procedió a renunciar a la DFO y a designar una nueva DFO. Ciertamente es que el expediente no recoge la opinión de este nuevo DFO sobre los hechos hasta ahora relatados. Así las cosas, el Ayuntamiento de Nájera pudiera haber actuado de manera diferente a la forma en la que lo ha hecho; por una parte, podría haber procedido a modificar el contrato en los términos de los arts. 204 y 205 LCSP'17, incluso podría haber

acudido al procedimiento de suspensión de los contratos, establecido en el art. 208 LCSP'17.

Sin embargo y como consecuencia del devenir de los hechos, nos encontramos con que ambas partes están de acuerdo en la resolución del contrato, por lo que mantener su vigencia carece de sentido. En este punto, y a la vista de la situación relatada, lo más coherente hubiese sido una resolución del contrato de común acuerdo por ambas partes, sin penalización de ningún tipo y con restitución de la garantía prestada en su día; y ello como consecuencia de los hechos relatados en el cuerpo de este dictamen.

7. Sin embargo, no ha sido así y del relato de hechos a que nos hemos referido, se desprende con claridad: i) que el contrato no se ha llevado a cabo en las condiciones y plazos pactados; y ii) que el retraso en el inicio de las obras ha sido debido a la actuación de la propia contratista.

En efecto, debe repararse en que la cl. 7-A) PCAP habilita, a todos licitadores interesados en la adjudicación del contrato, para que, **antes** de proceder a la presentación de sus ofertas y de la adjudicación y firma del contrato y, por tanto, antes de plantearse siquiera la procedencia de replantear o no el Proyecto, puedan **visitar** la zona de las obras previstas para comprobar su estado y así poder, con conocimiento de causa, formular conscientemente su oferta económica.

Pero la contratista efectuó su primera visita el 1 de septiembre de 2020 (cfr. AHA 1.7), cuando ya se había adjudicado y firmado el contrato; por lo que, como hemos señalado, respecto a un caso muy similar, en nuestro reciente D.19/2021, debemos conferir una especial relevancia a este hecho.

En efecto, la contratista realizó dicha visita **después** de la adjudicación y no la realizó **antes** de optar a la adjudicación, que era cuando debería haber hecho un examen minucioso y detallado del Proyecto y, en definitiva, de la obra que debía ejecutar; lo que revela que no se trata tanto de que las obras sean **imposibles** de acometer desde una óptica material o constructiva; sino que al contratista le suponen un **coste mayor** del que él inicialmente había estimado; circunstancia ésta que es bien diferente y que no constituye una causa de resolución por causa imputable a la Corporación local, la cual, como se ha señalado, siempre puso a disposición de todos los interesados la documentación necesaria para examinar el Proyecto y se ofreció a facilitarles cualquier información o aclaración adicional que necesitaran.

8. A partir de ahí, es claro: i) que la celebración del contrato obliga al adjudicatario a cumplir lo pactado con la Administración; ii) que la ejecución del contrato debe tener lugar “*a riesgo y ventura del contratista*” (art. 197 LCSP'17); y iii) si, como ha sucedido en este caso, la contratista no sólo no comenzó la ejecución de las obras en el plazo

previsto contractualmente, sino que tampoco ha realizado ninguna prestación contractual; lo cual supone una causa de resolución imputable al contratista, dado que no está probado que el adjudicatario se haya encontrado con ninguna circunstancia objetiva que le haya impedido iniciar tal ejecución y las prestaciones propias del contrato firmado.

En este sentido, debe señalarse que las apreciaciones realizadas por la primera DFO no han sido desvirtuadas por ningún elemento de prueba, y que tampoco resulta del expediente remitido a este Consejo Consultivo que la segunda DFO haya emitido un parecer contrario o de sentido distinto al manifestado por la primera DFO.

Concurren, pues, las causas de resolución previstas en los arts. 245-a); 211.1d) y 211.1-f) LCSP'17 por *“la demora injustificada en comprobación del replanteo”*; *“la demora en el cumplimiento de plazos por el contratista”*; y *“el incumplimiento de la obligación principal del contrato”*, respectivamente; siendo la primera la prioritaria en el tiempo y prevista en las cls. 9ª del contrato y 64 PCAP.

9. En todo caso, según el art. 213.3 LCSP'17, *“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”*.

En el presente caso, la cl. 10ª del contrato revela que se constituyó una garantía definitiva por importe de 5.777,2 euros; si bien, del expediente remitido a este Consejo, no se desprende que se hayan irrogado daños y perjuicios de cuantía superior al importe de esa garantía, que justifiquen que el contratista haya de indemnizar al Ayuntamiento con una cantidad adicional.

CONCLUSIONES

Única

A juicio de este Consejo Consultivo, en el presente caso, procede la resolución del contrato administrativo de obras celebrado entre el Ayuntamiento de Nájera y la empresa contratista referida en el encabezamiento para la ejecución del Proyecto de estabilización del talud de *Peñaescalera*, con incautación de la garantía prestada en su día.

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