



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **95/2020**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 13 de abril de 2020, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Lorquí, mediante oficio registrado el día 6 de febrero de 2020, sobre resolución del contrato de obra de construcción de cubierta en pista polideportiva del Colegio Público Jesús García de Lorquí (expte. **28/20**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 8 de julio de 2019 se firma contrato administrativo de obra para la "Construcción de Cubierta en Pista Deportiva del Colegio Público Jesús García", entre el Ayuntamiento de Lorquí y la mercantil "TENADA NUEVA, S.L." (en adelante el contratista).

En el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP) se indica (cláusula 6) que *"La ejecución del contrato se llevará a cabo en el plazo de DOS meses, contados desde la fecha de notificación del acuerdo de adjudicación, sin posibilidad de prórroga o de ampliación"*; y, en cuanto al inicio de la ejecución, la cláusula 19 del contrato indica que *"La ejecución del contrato se iniciará con la comprobación del replanteo y la extensión de acta relativa al mismo. Esta comprobación se efectuará en presencia del adjudicatario o de su representante, de conformidad y con los efectos prevenidos por el artículo 237 de la Ley de Contratos del Sector Público, y artículo 139, 140 y 141 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"*.

En cuanto a la resolución del contrato, se indica (cláusula 26) que *"tendrá lugar en los supuestos contemplados por los artículos 221 y 245 de la Ley de Contratos del Sector Público, y se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, mediante procedimiento en el que se garantice la audiencia de éste, con los efectos previstos en los artículos 213 y 246 del mismo texto legal"*.

SEGUNDO.- Con fecha 14 de agosto de 2019, se emite informe por el Ingeniero Municipal Director de Obra, con las siguientes conclusiones:

"Primero.- Que, no existe por parte de este Director Facultativo de Obra, ninguna circunstancia esencial que, a fecha del presente, haga inviable la ejecución de la obra."

Segundo.- Que, no existe por parte de este Director Facultativo de Obra, ninguna circunstancia esencial que, a fecha del presente, justifique la demora en la ejecución de la obra.

Tercero.- Que, se pone en conocimiento del Responsable del Contrato y del Órgano de Contratación mediante el presente informe (Anexo I), las unidades de obra no contempladas en el proyecto, y que no se consideran esenciales para la ejecución del mismo.

Cuarto.- Que, se insta al Responsable del Contrato y en última instancia al Órgano de Contratación a adoptar las medidas que considere necesarias y suficientes, en relación a las circunstancias descritas en el presente informe".

TERCERO.- Con fecha 27 de agosto de 2019, por la Oficina Técnica Municipal se emite informe con las siguientes conclusiones:

"I. La nueva configuración geométrica propuesta se adapta a la parcela designada para la ejecución de las obras.

II. Aun así, sería conveniente trasladar la estructura en su conjunto 30cm transversalmente para optimizar su ocupación y no afectar a las aceras de los edificios existentes".

CUARTO.- Consta en el expediente remitido copia de un "Acta Suspensión Temporal" a solicitud de la adjudicataria "por la imposibilidad de asegurar la disponibilidad de los materiales necesarios" que no está firmada ni por el contratista ni por el Director de Obra.

Hay otra segunda "Acta Suspensión Temporal" a iniciativa de la dirección del centro educativo, para que las obras no interfieran en el comienzo del curso escolar, que tampoco está firmada ni por el contratista ni por el Director de Obra.

QUINTO.- Con fecha 24 de octubre de 2019, el contratista presenta escrito ante el Ayuntamiento en el que solicita la resolución del contrato con efecto inmediato y la indemnización legal prevista, con base en que:

"...de acuerdo al artículo 245 de la Ley 9/2017, la demora injustificada en la comprobación del replanteo es causa de resolución. En este sentido, el artículo 237 define la comprobación del replanteo como un proceso que finaliza con un acta firmada por ambas partes donde se muestra el resultado de la comprobación del replanteo. La falta de acta supone que el procedimiento de comprobación del replanteo no se ha realizado correctamente. El acta que ahora se nos ofrece firmar es de fecha 23 de septiembre aunque se nos remite en fecha 15 de octubre (y se pretende que se firme sin personarnos en el lugar de ejecución de la obra). En cualquier caso esas fechas sobrepasan por mucho el mes de plazo máximo que establece la Ley. Pero es que, además, esta parte no va a firmar una acta de replanteo con modificaciones en el proyecto sin que antes haya mediado la redacción y firma de la correspondiente acta de 5 de agosto donde debe constar el resultado de la comprobación inicial del replanteo que es de donde han surgido las modificaciones que ahora nos obligan a firmar en un acta de fecha muy posterior como viables".

SEXTO.- Con fecha 6 de noviembre de 2019, la Secretaria General del Ayuntamiento de Lorquí emite informe en el que, a la vista de la cláusula vigesimosexta del PCAP (anteriormente transcrita), hay que tener en cuenta que el

artículo 211 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), establece entre las causas de resolución el incumplimiento de la obligación principal del contrato y en el caso que nos ocupa el contratista no ha iniciado la ejecución de la obra y no hay causa que lo justifique, por lo que propone iniciar el procedimiento para la resolución del contrato.

SÉPTIMO.- A la vista de dicho informe, el Concejal de Hacienda y Contratación con esa misma fecha propone a la Junta de Gobierno Local la adopción de los siguientes acuerdos:

"PRIMERO.- INICIAR un procedimiento para resolver el contrato de obra denominado "CONSTRUCCIÓN DE CUBIERTA EN PISTA DEPORTIVA DEL COLEGIO PÚBLICO JESÚS GARCÍA DE LORQUÍ", formalizado con la mercantil TENADA NUEVA, S.L., por no iniciar la ejecución de la obra, considerándose que está incumpliendo la obligación esencial del contrato, art 211, letra f) de la Ley de Contratos del Sector Público..."

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, en sesión extraordinaria del día 7 de noviembre de 2019, adoptó acuerdo en los términos expuestos anteriormente.

OCTAVO.- Con fecha 21 de noviembre de 2019, el contratista presenta escrito de alegaciones en el que, en síntesis, indica:

Que el día 5 de agosto se pone en contacto con el Ayuntamiento, citándose en el lugar en el que debe ejecutarse la obra, observándose que las mediciones no son adecuadas y que el proyecto contiene defectos que hay que subsanar, lo que acepta el Ayuntamiento, pero no redacta el acta de comprobación del replanteo que debía firmarse como no viable hasta que se subsanaran las deficiencias, indicándose por la Concejalía de Urbanismo que no era obligatorio firmar el acta. Se pretende, por lo tanto, modificar un documento contractual como es el proyecto sin que se establezca la causa de la que surge dicha subsanación. Además se reconoce en el expediente que las unidades de obra no previstas no son esenciales.

Que durante el mes de agosto se mantienen diversas conversaciones con el responsable del contrato y con la dirección facultativa. Se nos presentan los planos modificados y se nos ofrece firmar más adelante un acta de replanteo que recoja las modificaciones, mientras nosotros insistimos que debía firmarse un acta de replanteo como inviable de fecha 5 de agosto.

Que tras haber transcurrido prácticamente 3 meses desde la firma del contrato se nos plantea por el Ayuntamiento hacer un nuevo replanteo y firmar una nueva acta que recoja las modificaciones y se firme como viable con fecha 23 de septiembre (remitida con fecha 15 de octubre), a la vez que nos envían un acuerdo de suspensión del inicio de las obras por haberse iniciado ya el curso escolar.

Que, por tanto, el Ayuntamiento ha incumplido el artículo 237 LCSP al no haber cumplido correctamente con el procedimiento del replanteo, por lo que ha solicitado la resolución del contrato ex artículo 245 de la citada Ley, no pudiendo alegar ahora el Ayuntamiento incumplimiento esencial del artículo 211.f) de dicha Ley y evitar las responsabilidades que le corresponden, no pudiendo exigir el inicio de la ejecución de la obra por no existir acta de replanteo firmada y haber sido el expediente objeto de irregularidades.

Por todo ello solicita la resolución del contrato con efecto inmediato y la indemnización correspondiente al 2% del precio de adjudicación sin IVA.

NOVENO.- Con fecha 5 de febrero de 2020, la Secretaria General del Ayuntamiento emite informe en el que concluye que la empresa adjudicataria ha incurrido en el incumplimiento de obligaciones esenciales como es la formalización del acta de replanteo y no ha iniciado la ejecución de la obra no existiendo causa que lo justifique, por lo que concurre la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 211.f) consistente en "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato; siendo de aplicación a las consecuencias de la resolución lo dispuesto en el artículo 213 de la LCSP.

DÉCIMO.- La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria del día 5 de febrero de 2020, conforme al informe de la Secretaria General del Ayuntamiento anteriormente referido, acuerda:

"PRIMERO: DESESTIMAR las alegaciones presentadas por el contratista, pues del informe emitido por el Director de la obra, ninguna de las circunstancias puestas de manifiesto por el contratista en la reunión previa a la formalización del acta de replanteo, hacían inviable la ejecución de la obra, ni justificaba que no se iniciara la ejecución de la obra.

SEGUNDO: Proponer la resolución del contrato, por causa imputable al contratista, por incumplir la obligación de formalizar el acta de comprobación del replanteo, e iniciar la ejecución de la obra, considerándose que ello supone el incumplimiento de una obligación esencial, en base a lo establecido en el art 211 de la LCSP y la cláusula vigésimo sexta del pliego de condiciones administrativas que forma parte del contrato de obras.

TERCERO: SOLICITAR DICTAMEN AL CONSEJO JURÍDICO DE LA REGIÓN DE MURCIA, al ser preceptivo el mismo en base a lo establecido en el art 191 de la LCSP y el art 109 del RD 1098/2001, así como el artículo 14 de la Ley 2/1997, del Consejo jurídico de la Región de Murcia, debiendo cumplir, en la remisión del expediente lo establecido en el art 46 del decreto 15/1998.

CUARTO: ACORDAR LA SUSPENSIÓN del procedimiento y del plazo para resolver y notificar la resolución, por el tiempo que medie entre la petición del dictamen, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos".

UNDÉCIMO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente e índice reglamentarios.

Por otro lado plantea la siguiente consulta de carácter facultativo: ¿Es posible adjudicar el contrato de obra al licitador que quedó en segundo lugar en el procedimiento de licitación?

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un procedimiento en el que se pretende declarar la resolución de un contrato administrativo suscrito por un Ayuntamiento de esta Comunidad Autónoma habiendo formulado el contratista su oposición a la propuesta municipal.

Con la referida oposición del contratista concurre el supuesto establecido en el artículo 190.3, a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), precepto adjetivo aplicable al procedimiento que nos ocupa por estar vigente en la fecha de su iniciación (como ha señalado este Consejo Jurídico en anteriores y numerosos Dictámenes, vgr. el nº 150/2014, de 26 de mayo, o el nº 253/2018, de 1 de octubre). La preceptividad del Dictamen se deriva, asimismo, del artículo 12.7 de la Ley regional 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Lo anterior justifica que el presente Dictamen se centre, esencialmente, en la procedencia o no de acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista y la incautación y pérdida de la garantía definitiva.

En segundo lugar, la consulta realizada con carácter facultativo viene amparada en el artículo 11 LCJ.

SEGUNDA.- Régimen jurídico aplicable, procedimiento y plazo máximo de resolución del procedimiento.

I. Como hemos reiterado en numerosos Dictámenes (por todos, el nº 150/2014, de 26 de mayo), el régimen sustantivo aplicable a la resolución de un contrato administrativo es el vigente en la fecha de su adjudicación, mientras que el régimen adjetivo o sobre procedimiento es el vigente en la fecha de iniciación de éste. Por tanto, en el presente caso en ambos aspectos es aplicable LCSP y el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP) aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre.

II. En cuanto a la tramitación realizada a los fines de declarar la resolución del contrato, no hay objeción sustancial que señalar, pues se han emitido los informes preceptivos y otorgado a los interesados el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, en el cual han podido obtener copia de los documentos que estimasen oportunos y han alegado lo conveniente en defensa de sus intereses.

III. La vigencia de la nueva LCSP -desde el 9 de marzo de 2018- al momento en que se acuerda incoar el procedimiento de resolución el 7 de noviembre de 2019 hace que le sea aplicable la regla contenida en su artículo 212.8, en cuya virtud los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses.

Dicho plazo puede ser suspendido con fundamento, entre otras causas, en la solicitud a este Consejo Jurídico de su Dictamen cuando resulte preceptivo, como sucede en el presente caso. Así, el artículo 22.1,d) de la Ley

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) establece que se podrá acordar tal suspensión del plazo *"cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento"*. Tal suspensión fue acordada mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria celebrada el día 5 de febrero de 2020, notificada a los interesados vía correo electrónico respecto de la que no consta su recepción, siendo efectiva en la fecha de registro de salida de la petición del Dictamen, como asimismo hemos indicado en reiterados Dictámenes.

TERCERA.- De la causa de resolución invocada: el incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales.

La propuesta de resolución considera que procede la resolución del contrato porque la empresa adjudicataria ha incurrido en el incumplimiento de obligaciones esenciales, en concreto, la falta de formalización del acta de replanteo y no haber iniciado la ejecución de la obra, no existiendo causa que lo justifique.

El contratista, por su parte, también solicita la resolución del contrato, al haber incumplido el Ayuntamiento su obligación de firmar el acta de replanteo.

La finalidad de la comprobación del replanteo es la de asegurar la ejecución del contrato al objeto de que puedan realizarse los trabajos sin demora si las obras fuesen viables, y, si no lo fueran, posibilitar la introducción de las modificaciones necesarias en el proyecto que permitan ejecutar los trabajos cuanto antes o, en último extremo, iniciar el procedimiento para poner fin a una relación contractual imposible de cumplir por estar mal preparada. La relevancia de aquella actuación, que marca el inicio en la ejecución de las obras, determina que la demora en su realización sea causa legal de resolución del contrato, atendidos los perjuicios que de tal retraso pueden derivarse tanto para la Administración como para el propio adjudicatario, a quien la tardanza en el comienzo de los trabajos puede ocasionarle mayores costes.

En el caso que analizamos, resulta incontrovertible que la comprobación del replanteo, a falta de la firma del acta, se ha producido según lo señalado en el artículo 237 LCSP, esto es, en presencia del contratista, como él mismo reconoce, el día 6 de agosto de 2019.

Ahora bien, según se expone en el informe, de 14 de agosto de 2018, del Ingeniero Municipal Director de Obra, *"durante el encuentro, se exponen por parte de los representantes de la mercantil TENADA NUEVA S.L., las dudas que les habían surgido del proyecto aprobado por esta Administración, dudas que son resueltas con ínfimas modificaciones del proyecto, tanto por parte de D. X, como técnico redactor del Proyecto, como por parte de quién aquí suscribe. No obstante, la empresa nos indica la negativa de la firma del Acta de Comprobación de Replanteo, hasta que esas ínfimas modificaciones (bajo mi criterio no sustanciales para la ejecución del contrato), queden plasmadas en un plano. Finalmente, aflora en la reunión la necesidad de desviar una canalización de pluviales que queda por debajo de la cota base de la zapatas y de las vigas riostras del lateral derecho (según se mire hacia el norte), circunstancia que no se considera sustancial para la ejecución del proyecto, en tanto en cuanto, durante la demolición, excavación y vaciado para la ejecución de zapatas y de las vigas riostras del lateral derecho, esa canalización queda eliminada, previéndose su desvío mediante un nuevo trazado. Esta circunstancia, conlleva la aparición de nuevas unidades de obra, que son descritas, valoradas, y medidas en el Anexo I que se adjunta al presente informe, de modo que se pueda iniciar el trámite regulado en el artículo 242.2 de la Ley de Contratos del Sector Público."*

(...)

Octavo.- Que, con fecha 9 de Agosto de 2.019, se le remite vía correo electrónico a TENADA NUEVA S.L., los citados planos, emplazándoles telefónicamente a la firma del Acta de Replanteo, no obteniendo hasta la fecha del presente respuesta alguna.

CONCLUSIÓN:

Primero.- Que, no existe por parte de este Director Facultativo de Obra, ninguna circunstancia esencial que, a fecha del presente, haga inviable la ejecución de la obra.

Segundo.- Que, no existe por parte de este Director Facultativo de Obra, ninguna circunstancia esencial que, a fecha del presente, justifique la demora en la ejecución de la obra.

Tercero.- Que, se pone en conocimiento del Responsable del Contrato y del Órgano de Contratación mediante el presente informe (Anexo 1), las unidades de obra no contempladas en el proyecto, y que no se consideran esenciales para la ejecución del mismo.

Cuarto.- Que, se insta al Responsable del Contrato y en última instancia al Órgano de Contratación a adoptar las medidas que considere necesarias y suficientes, en relación a las circunstancias descritas en el presente informe".

Por el contrario, el contratista expone en su escrito de alegaciones sobre el particular que "Allí (por el lugar donde debe ejecutarse la obra) se observa que las mediciones no son las adecuadas y que el proyecto contiene defectos que hay que subsanar. El Ayuntamiento nos dice que se harán las modificaciones oportunas, sin embargo, no redacta el acta de comprobación de replanteo donde debían manifestarse nuestras disconformidades y firmarse como no viable hasta que se subsanaran las deficiencias del proyecto. Por parte de la mercantil se insiste en preguntar por qué no se redacta el acta a lo que nos contesta la concejala de urbanismo que no es obligatorio firmar el acta de replanteo. Este es un defecto importantísimo y esencial en el procedimiento de contratación pública, sin acta de replanteo no se puede iniciar la ejecución de la obra por tanto sí es obligatoria.

(...)

Cabe concluir que no hay razones para tardar más de un mes en firmar el acta de comprobación del replanteo. La formalización se hizo el 8 de julio y correspondía haber firmado el acta de comprobación de replanteo como máximo el 8 de agosto de 2019".

Como vemos, Ayuntamiento y contratista nos ofrecen dos versiones totalmente contradictorias; el primero afirma que en el acto de comprobación del replanteo el adjudicatario se niega a firmar el acta hasta que no se corrijan las deficiencias observadas y que una vez corregidas e instado el mismo a la firma del acta no se obtiene respuesta; y el contratista afirma que es el Ayuntamiento el que no redacta el acta de replanteo.

Ante esta situación, y a falta de otra prueba, debe prevalecer la versión no interesada recogida por el Ingeniero Municipal Director de Obra en su informe, dada la imparcialidad y objetividad que se presupone en su actuación. Y a esta conclusión no obstan los correos electrónicos que aporta el contratista junto con su escrito de alegaciones, pues, en primer lugar, éstos son posteriores al informe del Director de Obra de 14 de agosto, cuando ya el contratista conoce que aquél ha puesto de manifiesto su negativa a firmar el acta de replanteo y, en segundo lugar, porque en esos correos electrónicos lo único que se pone de manifiesto es su insistencia en que la inicial acta de replanteo se firme como no viable.

Pues bien, de conformidad con la cláusula 7 PCAP, el plazo total de ejecución de las obras es de dos meses y

comenzará a computarse "desde la fecha de notificación del acuerdo de adjudicación, sin posibilidad de prórroga o ampliación". Por su parte, la cláusula 19 previene que la ejecución del contrato "se iniciará con la comprobación del replanteo y la extensión del acta relativa al mismo", previsión esta que se adecua a lo dispuesto en el artículo 237 LCSP, a cuyo tenor *"La ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato, que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato"*.

Tal y como establece el artículo 140.1 RLCAP, *"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"*.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, en el supuesto examinado, dicha acta no fue firmada por la contratista, que, tal y como se ha indicado, formuló en el momento previsto para la firma diversos reparos al proyecto de la obra, alegando que hacían inviable su ejecución.

El artículo 139 RLCAP, establece:

"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 director de la obra 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 artículo 129.2 de la Ley 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 director de la obra 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 el artículo 149, párrafo b), de 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".

La ausencia del acta de comprobación del replanteo dificulta la determinación del momento a partir del cual debió comenzar a ejecutarse el contrato y, por ende, del momento a partir del cual se produjo la demora en el cumplimiento de los plazos de ejecución.

En estas circunstancias, cabe entender aplicable la previsión contenida en el artículo 139.5 transcrito, pues, en efecto, en el supuesto examinado el órgano de contratación consideró que los reparos formulados por la adjudicataria carecían de fundamento y no impedían la ejecución de la obra. Esta debía, por tanto, ejecutarse en los términos inicialmente aceptados por el contratista.

La empresa adjudicataria, sin embargo, desatendió dicha obligación, la primera y más elemental de cuantas la vinculaban una vez formalizado el contrato. Su falta de voluntad de cumplir con lo pactado se puso de manifiesto en el acto mismo de comprobación del replanteo, al plantear objeciones supuestamente impeditivas de la ejecución de la obra, y se confirmó cuando, con posterioridad, remitió un escrito solicitando que se acordase la resolución del contrato por causa no imputable a ella.

Tales objeciones fueron consideradas infundadas por la Dirección de la obra, cuyo criterio técnico debe prevalecer sobre las alegaciones presentadas por el contratista. A este respecto, ha de recordarse que el director de la obra es la persona "que ejercerá las funciones de coordinación, dirección, inspección, comprobación y vigilancia necesarias para la correcta ejecución de la obra contratada" (cláusula 20 PCAP).

Pese a ello, el contratista siguió insistiendo en que debía firmarse una acta en la que se recogiese la inviabilidad de la ejecución de la obra, una causa cuya concurrencia había sido expresamente rechazada por la Administración, al considerar que no existía ningún defecto técnico que impidiese la ejecución. Ello acredita una vez más la resistencia infundada por parte del contratista al cumplimiento de una obligación básica, la que define el objeto del contrato, que no es otra que ejecutar la obra.

Al parecer, lo que subyace en este asunto son razones económicas. Según se indica en el informe de la Secretaria General del Ayuntamiento que obra en el expediente, *"lo que realmente impide la formalización del acta de replanteo es que según ella hay un problema de entrada a la obra por el estrechamiento de sus calles, y se plantean por parte de TENADA NUEVA S.L. dos soluciones; redactar un nuevo proyecto con otro tipo de cubierta o asumir el coste de la grúa por parte del ayuntamiento, lo cual ninguna de esas soluciones, son viables ni necesarias, según se desprende los informes obrantes en el expediente, tanto del Director de la obra y responsable del contrato"*.

A la vista de todo ello debe concluirse que concurre en el asunto examinado causa de resolución del contrato prevista en el artículo 211 LCSP, pero no la prevista en el segundo párrafo del apartado f) de dicho artículo invocada en la propuesta de resolución, consistente en "el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo", que exigen para que puedan ser apreciadas que concurren los dos requisitos siguientes:

1º. Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2º. Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

En el PCAP del contrato que nos ocupa, se establecen como obligaciones del contratista:

"El contratista está obligado a llevar a cabo el objeto del presente contrato a su riesgo y ventura, con sujeción a lo establecido en el proyecto y en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la contratación, de conformidad con la oferta presentada, y siguiendo las instrucciones y recomendaciones que, en interpretación técnica de aquéllos, le diere el Director de Obra, desarrollando

sus cometidos con la profesionalidad y calidad técnica necesarias para la correcta ejecución del contrato. En todo caso, se dará cumplimiento a las medidas en materia de prevención de riesgos laborales contenidas en el Plan de Seguridad y Salud aprobado por el Ayuntamiento.

Junto con esta obligación principal y las demás derivadas del régimen jurídico de la contratación pública, corresponde también al adjudicatario:

a) Aportar los medios personales y materiales que precise para la ejecución del contrato. El Excmo. Ayuntamiento de Lorquí no tendrá ningún tipo de vinculación (laboral o de otro tipo) con el personal aportado por la empresa contratista.

b) Cumplir las disposiciones vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y prevención de riesgos laborales, así como las previsiones del Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo. El incumplimiento de estas obligaciones por parte del adjudicatario no implicará responsabilidad alguna para la Administración contratante.

c) Satisfacer el importe de la confección y colocación de los carteles indicativos, temporales o permanentes, de las instituciones que han participado en la financiación de la obra, bajo instrucciones de la dirección técnica, así como las señales precisas para indicar el acceso a la obra, la circulación en la zona que ocupen los trabajos y los puntos de posible peligro debido a la marcha de aquellos, tanto en dicha zona como en sus límites e inmediaciones, con el visto bueno del Director de Obra".

Por tanto, entre las restantes obligaciones esenciales no está la formalización del acta de replanteo y no haber iniciado la ejecución de la obra no existiendo causa que lo justifique, como indica la propuesta de resolución, sino que se trata del incumplimiento de la obligación principal del contrato, que no es otra que llevar a cabo el objeto del mismo, consistente en "la ejecución de la obra denominada Construcción de Cubierta en pista deportiva del Colegio Público Jesús García". Al no haber llevado el contratista a cabo la ejecución que constituye el objeto del contrato, la causa de resolución será la prevista en el párrafo primero del apartado f), consistente en "El incumplimiento de la obligación principal del contrato".

Por lo que se refiere a las consecuencias de tal resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 213.3 LCSP, a cuyo tenor *"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", que se determinarán en expediente contradictorio instruido al efecto.

CUARTA.- Sobre la consulta facultativa.

En su solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico, además de la consulta de carácter preceptivo, el Ayuntamiento de Lorquí "plantea la siguiente consulta de carácter facultativo y que surge como consecuencia de la resolución del anterior contrato: ¿Es posible adjudicar el contrato de obra al licitador que quedó en segundo lugar en el procedimiento de licitación?"

El artículo 36 -Perfección de los contratos-, apartado 1, LCSP, establece que *"Los contratos que celebren los poderes adjudicadores, a excepción de los contratos menores y de los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición a los que se refiere el apartado 3 de este artículo, se perfeccionan con su formalización.*

Por su parte, el artículo 153 -Formalización de los contratos- del mismo texto legal establece:

"1. Los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación.

(...)

4. Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado...el contrato se adjudicará al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas, previa presentación de la documentación establecida en el apartado 2 del artículo 150 de la presente Ley, resultando de aplicación los plazos establecidos en el apartado anterior".

En nuestro caso, el contrato administrativo se había perfeccionado al formalizarse en documento administrativo con fecha 8 de julio de 2019, por lo que no cabe hacer uso de la previsión contenida en el apartado 4 del artículo 153 transcrito, que sí permite, cuando el contrato no se hubiere formalizado por causas imputables al adjudicatario, adjudicarlo al siguiente licitador.

Estamos ante un caso de un contrato formalizado respecto del que se pretende su resolución, por lo que deberemos acudir al régimen jurídico específico de la resolución de los contratos. En concreto, el apartado 6 del artículo 123 ?Efectos de la resolución- LCSP establece:

"Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo 211, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos".

En nuestro caso, la causa de resolución se ampara en la letra f) del artículo 211 LCSP, por lo que la previsión expresa que contiene la norma para el caso de la resolución del contrato no es la de su adjudicación al siguiente licitador en el procedimiento de contratación, sino la iniciación de un nuevo procedimiento de contratación para la adjudicación de dicho contrato.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El órgano de contratación del Ayuntamiento consultante puede declarar la resolución del contrato "Construcción cubierta en pista deportiva del Colegio Público Jesús García" de Lorquí, por causa del incumplimiento culpable por el contratista de la obligación principal del mismo, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En cuanto a la consulta facultativa realizada, no procede la adjudicación del contrato al siguiente licitador en el procedimiento de contratación, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.