



Dictamen nº 126/2022

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 31 de mayo de 2022, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Secretaria General de la Consejería de Educación (por delegación de la Excm. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 28 de abril de 2022 (COMINTER 122302 2022 04 28-08 43), sobre resolución de contrato de obras de instalaciones de mejora para el ahorro y eficiencia energética en el IES Miguel Espinosa de Murcia, formalizado con la empresa FULTON, SA (exp. 2022_145), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Consejería de Educación y Cultura se propuso ejecutar las instalaciones de mejora para el ahorro y eficiencia energética de centro educativo Instituto de Educación Secundaria “IES Miguel Espinosa”, en aras a dar respuesta al conjunto de conclusiones técnicas útiles (medidas de ahorro) indicadas en el estudio energético realizado con fecha 2017, así como al estudio básico de las necesidades de climatización y ventilación, para la mejora del confort y el rendimiento térmico, realizado en 2018. A tal fin, con base en el proyecto aprobado por Orden de 10 de noviembre de 2020, convocó una licitación por procedimiento abierto y valor estimado de 700.613,09 euros (847.741,84 euros con IVA incluido). Resultó adjudicataria la empresa “Fulton, S.A.” (en lo sucesivo “el contratista”), formalizándose el contrato de “Obras de instalaciones de mejora para el ahorro y eficiencia energética en el IES “Miguel Espinosa” de Murcia” (e l contrato) el día 29 de junio de 2021, con un precio de 569.927,10 euros (689.611,79 euros con el IVA incluido), y un plazo de ejecución de 8 semanas.

La cláusula 10.2 del Pliego de cláusulas administrativas particulares PCAP) establece “La ejecución del contrato comenzará con el acto de comprobación del replanteo que se realizará en el plazo máximo de un mes desde la fecha de la formalización del contrato. La comprobación del replanteo de las obras se efectuará en presencia del adjudicatario o de su representante, de conformidad y con los efectos previstos por los artículos 237 de la LCSP y 139, 140 y 141 del RGLCAP”.

La cláusula 18 dispone “La resolución del contrato tendrá lugar en los supuestos señalados en los artículos 211 y 245 de la LCSP y se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista, en su caso, mediante procedimiento establecido en los artículos 191 de la LCSP y 109 del RGLCAP, en el que se garantizará la audiencia al contratista, y con los efectos previstos en los artículos 212, 213 y 246 de la LCSP y 110 a 113 y 172 del RGLCAP.

También será causa de resolución del contrato el incumplimiento de cualquiera de las consideradas por este pliego obligaciones esenciales del contrato y calificadas como tales al amparo de lo dispuesto en los artículos 76.2 y 202.3 de la LCSP, artículos relativos a la dedicación o adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios personales o materiales, y a las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden, respectivamente, y que, en caso de existir, deberán estar enumeradas en el

apartado N del Anexo I”.

SEGUNDO.- El plan de seguridad y salud redactado por el contratista e informado favorablemente por el coordinador de seguridad y salud, fue aprobado por Orden de 20 de julio de 2021. El siguiente día 29 se procedió a comprobar el replanteo con la asistencia del contratista. De ella se levantó acta “viable” que no quiso firmar el contratista por los motivos que se hicieron constar en ella, considerados insuficientemente justificados por el director de la obra. Consta en el reverso del acta que la negativa a firmar obedece a que no consideraban viable la obra por las causas expuestas en los informes que facilitaban presentados al director de obra los días 16 y 27 de julio respectivamente. En el informe de 16 de julio cuantificaba económicamente la obra demostrando que era muy superior al que arrojaría la posible liquidación que hubiera de realizarse incluyendo los porcentajes de exceso permitidos por la ley y que, el plazo de ejecución se había fijado en dos meses partiendo de que se realizara en época estival, con el centro cerrado, pero el hecho de ejecutarse fuera de ese periodo, implicaría la necesaria coincidencia con el alumnado, con la negativa influencia que habría de producir en los ritmos de ejecución de la obra.

TERCERO.- El 30 de julio de 2021 el contratista presentó un escrito de alegaciones ante la consejería acompañando los informes de 16 y 27 de julio reseñados en el acta de comprobación del replanteo en los que se denunciaba el incumplimiento del reglamento de instalaciones térmicas en edificios (RITE) y el reglamento electrónico de baja tensión (REBT) junto con el hecho de que la dilación en la firma del contrato y la comprobación del replanteo motivaban la imposibilidad de ejecutar las obras en periodo vacacional obligando al contratista a ejecutar parte de ellas con el centro en funcionamiento dificultando la programación y ejecución de los trabajos. Aludía a la necesidad de modificar el proyecto a fin de subsanar las deficiencias advertidas habida cuenta de que el exceso detectado no podría compensarse con los previstos en el artículo 242.4. i LCSP.

CUARTO.- El Servicio de Contratación de la Consejería solicitó con comunicación interior de 9 de septiembre de 2021 la emisión de un informe por la Unidad Técnica de Centros Educativos (UTCE) sobre las alegaciones formuladas por el contratista.

El informe fue emitido el siguiente día 13 concluyendo que, a su juicio, se consideraban infundadas las alegaciones de la empresa adjudicataria. A esa conclusión se llegaba tras un análisis de las diferentes actuaciones que habían tenido lugar a raíz de la firma del contrato, entre las que destacaba el informe remitido el 16 de julio poniendo de manifiesto las carencias del proyecto relativas a los incumplimientos de los reglamentos de aplicación y respecto al coste de las obras, con una diferencia de 109.204, 87 € sobre el presupuesto de ejecución y de 127.918,07 € sobre el presupuesto de ejecución por contrata, así como la imposibilidad material de comenzar las obras en agosto por falta de suministros y no poder ejecutarse enteramente en periodo estival.

Se indica en el informe que las carencias fueron puestas en conocimiento del equipo de proyectistas que negaron la existencia de tales deficiencias y que, por tanto, no se comprometía el coste del proyecto. Tras una segunda reunión presencial en la sede de la consejería se recibió el día 27 de julio un nuevo informe cuestionando todos los puntos del informe del equipo de proyectistas.

El director de la obra consideraba que los problemas de suministro denunciados ya existían en la fecha de la firma del contrato; que consideraba posible la ampliación de la duración del contrato a la vista de las fechas en las que se debía iniciar, coincidentes en parte con periodo de funcionamiento del centro escolar; y que en cuanto a la desviación del coste no se consideraba justificada siendo legalizables las obras y no estimando que las no conformidades que se admitían no comprometían la viabilidad económica del proyecto.

El informe de la UTCE fue remitido al Servicio de Contratación el 15 de septiembre de 2021, sirviendo de base para el dictado de la Orden del siguiente día por la que se acordó considerar infundadas las reservas manifestadas por el contratista, no quedando suspendida la iniciación de las obras y ordenando que se iniciara su ejecución sin necesidad de dictar nuevo acuerdo.

La orden fue comunicada a la UTCE y notificada al contratista el 20 de septiembre de 2021.

QUINTO.- Con escrito de 4 de octubre de 2021 el contratista solicitó copia del informe, reiterada el día 8 siguiente. El informe le fue remitido el día 21 de octubre de 2021.

SEXTO.- El coordinador de seguridad y salud evacuó un informe el 5 de octubre de 2021 en el que consideraba

que, consultada la dirección del centro sobre la posibilidad de reorganizar las aulas liberando zonas de forma que se pudiera organizar los trabajos sin comprometer la seguridad de los usuarios, medida que había sido rechazada por imposibilidad material, estimaba que las obras debían aplazarse hasta un periodo no lectivo, al menos parcialmente, para permitir la adecuada organización de las obras.

Ante ello, el director de la obra informó favorablemente el 7 de octubre de 2021 la suspensión temporal total de la ejecución del contrato hasta que no hubiera presencia del alumnado durante la realización de los trabajos. Tras ello, al día siguiente se levantó acta de suspensión temporal total de la obra con la conformidad del contratista.

SÉPTIMO.- El 11 de octubre de 2021 la UTCE envió al Servicio de Contratación una copia del acta de suspensión temporal total de la obra, del informe sobre el acta de suspensión de la obra, y un segundo informe de no inicio de obras con centro ocupado.

OCTAVO.- El 25 de noviembre de 2021 el director de obra elaboró un informe propuesta de modificación de las obras en el capítulo de instalaciones de climatización referida a la nueva instalación de refrigeración y calefacción, propuesta que no suponía incremento de costes y que, en cuanto a la duración, partiendo de la intención de reactivar la obra en enero de 2022 se consideraba que el plazo de entrega de materiales y por lo tanto de fabricación de los equipos necesarios que estaban estandarizados, supondría una ampliación del plazo de cinco meses lo que implicaba que el plazo total de ejecución de las obras fuera de siete meses considerando que solo por las tardes no había presencia de alumnos, motivo de suspensión temporal total de la obra.

Remitida la propuesta al Servicio de Contratación éste, mediante comunicación interior de 3 de diciembre de 2021 contestó que como el órgano de contratación había acordado el 16 de septiembre de 2021 no suspender las obras, el plazo de ejecución ya había finalizado, puesto que él no había autorizado la suspensión ni la ampliación del plazo. Por tales razones no procedía la tramitación de un modificación, debiendo informar sobre si procedía la resolución. A ello contestó la Subdirección General de Infraestructuras y Promoción Educativa remitiendo una copia del acta de suspensión e insistiendo en la necesidad de tramitar una modificación del proyecto, afirmando desconocer la posible causa de resolución imputable de entre las previstas en el artículo 245 LCSP.

NOVENO.- Mediante escrito de 9 de febrero de 2022 el contratista solicitó la resolución del contrato por demora superior a cuatro meses en el inicio de las obras debiendo ser indemnizada con el 3% del precio de adjudicación y acordada la devolución de la garantía depositada.

En relación con dicha solicitud el director de la obra evacuó un informe dirigido al Servicio de Contratación el día 24 siguiente indicando que se tenía constancia del acuerdo de inicio de las obras el 16 de septiembre de 2021, del acta de suspensión acordada el 8 de octubre de 2021, pero no de que tal suspensión hubiese sido autorizada por el órgano de contratación, en cuyo caso, si las obras no estaban suspendidas, el contratista habría incurrido en demora en la ejecución procediendo la resolución del contrato por incumplimiento suyo y la propuesta de imposición de penalidades a razón de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido. No era este el criterio de la dirección de la obra ni del contratista que seguían a la espera de la autorización de la suspensión y, que, en caso de no obtenerla, supondría la resolución del contrato, cuestión no abordada por el Servicio de Contratación. A continuación, sostenía que la comprobación del replanteo de las obras se efectuó el 29 de julio de 2021 y su iniciación no se produjo hasta el 16 de septiembre siguiente, siendo esa demora imputable al contratista causante del retraso en base a unas causas infundadas.

Como consecuencia entendía que la causa invocada por el contratista no debía ser la prevista en el artículo 245 b) sino en la letra c) de ese mismo precepto, no por retraso en el inicio de las obras sino por suspensión, pero teniendo en cuenta que al no alcanzar los ocho meses tampoco sería aplicable. Sí era aplicable, a su criterio, la prevista en el artículo 193.3 LCSP según el cual se apreciaría demora en la ejecución "Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido". Terminaba estimando que procedería la resolución por aplicación de tal precepto si así lo acordaba el órgano de contratación.

DÉCIMO.- A la vista del escrito del contratista solicitando la resolución del contrato por aplicación del artículo 245. b) LCSP, el Director General de Centros Educativos e Infraestructuras elevó un informe propuesta de resolución del contrato el día 7 de marzo de 2022 al amparo del artículo 211.1 d) LCSP por demora en el cumplimiento de los

plazos por parte del contratista.

UNDÉCIMO.- Por Orden de 14 de marzo de 2022, ante la existencia de una propuesta de resolución presentada por el contratista al amparo del artículo 245 b) LCSP y otra del director de la obra en aplicación del artículo 211.1.d) LCSP, considerando procedente la tramitación de un único procedimiento de resolución por causa imputable al contratista, se acordó el inicio, de conformidad con la propuesta de la Dirección General de Centros Educativos e Infraestructuras, de un procedimiento de resolución del contrato por demora en los plazos de ejecución conforme al artículo 211.1.d) LCSP, dando audiencia al contratista y a la entidad financiera avalista, y solicitar el informe del Servicio Jurídico una vez evacuada dicho trámite. La Orden se notificó al contratista el día siguiente, y a la entidad avalista el 16 de marzo de 2022.

DUODÉCIMO.- El contratista presentó un escrito de alegaciones el día 21 de marzo de 2021. En él se parte de considerar la correcta actuación en el acto de comprobación del replanteo formulando reservas que constaron en el acta de acuerdo con lo establecido en el artículo 139 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 (RGLCAP) por lo que no se le podía responsabilizar del retraso en el inicio de las obras. En cuanto a la viabilidad del proyecto es vuelta a poner en cuestión a la vista de la aceptación de la Administración de la imposibilidad de ejecutarlo en periodo no vacacional, sin que a ella fuera imputable la falta de dictado del acto del órgano de contratación suspendiendo las obras puesto que el contratista está obligado a actuar siguiendo las instrucciones del director de las obras y del coordinador de seguridad y salud, quienes habían suspendido la ejecución. Tales circunstancias justificaban que, a ese día, no se hubiera iniciado la ejecución de las obras por su incompatibilidad con la presencia del alumnado, resultando improcedente imputarle responsabilidad alguna por el incumplimiento del plazo. Terminaba solicitando la resolución del contrato por retraso en el inicio de las obras por plazo superior a cuatro meses con todas las consecuencias legales.

DECIMOTERCERO.- La Jefa del Servicio de Contratación propuso el día 28 de marzo de 2022 la resolución del contrato por aplicación del artículo 211.1.d) LCSP al concurrir el incumplimiento de la obligación principal del contratista, procediendo incautar la garantía definitiva. La propuesta fue remitida al Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería para la evacuación de su informe.

DECIMOCUARTO.- Con comunicación interior del 4 de abril de 2021 se remitió el informe del Servicio Jurídico que mostró su plena conformidad con la propuesta formulada.

DECIMOQUINTO.- En la fecha y por el órgano designado en el encabezamiento del presente se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, con remisión de una copia del expediente y del extracto e índice reglamentarios.

El 3 de mayo de 2022 tuvo entrada una comunicación interior remitiendo copia de la Orden dictada el 20 de abril anterior por el que se suspendía el plazo máximo para resolver, notificada electrónicamente al contratista ese mismo día.

El 19 de mayo se recibió en el Consejo Jurídico un escrito del contratista con el que solicitaba la tramitación del procedimiento de resolución contractual que debía haberse instruido a raíz de su solicitud de 9 de febrero de 2022, acumulándose al procedimiento tramitado por la Consejería consultante.

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 esta Comunidad Autónoma habiendo formulado el contratista su oposición a la causa invocada en la propuesta.

Con la referida oposición del contratista concurre el supuesto establecido en el artículo 190.3, a) 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).

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

II. 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 13 de abril de 2021, 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.

Sin embargo, la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021) produce como efecto la no aplicabilidad de este plazo a los expedientes tramitados por nuestra Comunidad Autónoma, como hemos señalado en distintos Dictámenes (por todos el Dictamen 24572021) y en consecuencia, dado el poco tiempo transcurrido desde la publicación de la comentada STC y ante la ausencia de jurisprudencia sobre la supletoriedad del derecho estatal en esta materia, y en aras del principio de seguridad jurídica, sería aplicable al presente supuesto la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico de que, ante la ausencia de plazo de resolución en estos procedimientos, y dado que la propia LCSP establece la subsidiariedad de la LPACAP a los procedimientos regulados en aquélla (Disposición final cuarta), debemos entender más seguro y prudente que el plazo de resolución del procedimiento sea el de tres meses que establece su artículo 21.3.

Iniciado el presente expediente por Orden de 14 de marzo de 2022, y habiendo hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el procedimiento objeto de Dictamen se encontraría en plazo para resolver.

III. En el expediente se ha optado por la tramitación conjunta de la propuesta de resolución formulada por el contratista en su escrito de 9 de febrero de 2022 y la solicitada por el Director General de Centros Educativos e Infraestructuras, de 7 de marzo de 2022. Se dice “[...] lo que, de conformidad con la doctrina del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, sería procedente tramitar dos procedimientos separados, uno a instancia de parte y otro iniciado de oficio, si bien el objeto es el mismo, siendo incompatible que ambos prosperen, ya que se alegan causas incompatibles entre sí”. Pero, como dijimos en nuestro Dictamen 283/21 *“Desde el punto de vista material, ambos procedimientos guardarían una íntima conexión, lo que permitiría su acumulación en un único procedimiento (artículo 57 LPACAP), pero para ello es necesario que por el órgano gestor se acuerde de forma expresa tal acumulación”*, lo que se entiende producido por la expresa referencia que en tal sentido se formula en el preámbulo de la Orden de inicio. Ahora bien, para dar cumplida satisfacción al deber que sobre la Administración pesa de resolver todas las cuestiones que se susciten en él (Art. 88.1 LPACAP) se deberá incluir una conclusión en la que se manifieste el criterio de la Administración respecto de la petición formulada por el contratista.

IV. Una última consideración resulta pertinente a la vista de las discrepancias surgidas en el seno de la propia Administración entre sus órganos en cuanto al alcance y efectos de sus respectivas competencias. Es manifiesta la distinta interpretación que el Servicio de Contratación y la UTCE y la dirección de obra han mantenido sobre la forma de proceder ante los inconvenientes surgidos desde un momento anterior incluso a la formalización del contrato, y las consecuencias que podrían producirse según uno u otros. Esas discrepancias se han hecho valer por el contratista en sus alegaciones hechas el 21 de marzo de 2021, al inicio del procedimiento de resolución, indicando que *“Esta parte resulta ajena a la distribución de competencias de esa Administración y, sin perjuicio de que el Órgano de Contratación haya obviado dictar la preceptiva resolución de suspensión de las obras, esta contratista está sujeta contractual y legalmente a las instrucciones del Director Técnico y del Coordinador de Seguridad y Salud de la Obra designados por la Administración, consecuentemente no podía iniciar las obras si estos le habían indicado expresamente que no debía hacerlo, tal y como ha ocurrido”*. Es una afirmación que bien podría entenderse basada en el principio de confianza legítima. Sin embargo, como bien señala, el contratista está obligado a ejecutar su prestación con sujeción contractual y legalmente a las instrucciones del director de obra y del coordinador de seguridad y salud, y, correlativamente, no puede obviar, de un lado, que tales instrucciones no

pueden dictarse al margen de los límites que para ello establezcan la normativa aplicable -aspecto al que más adelante nos referiremos- y, de otro, no le es permitido ignorar que en su propia alegación hay un reconocimiento expreso de su conocimiento de dichas normas. Así, en ellas se refiere a que “ [...] *sin perjuicio de que el Órgano de Contratación hay a obviado dictar la preceptiva resolución de suspensión [...]*”. Viene con ello a demostrar la conciencia de la irregularidad cometida. Por eso, no puede admitirse que la firma del acta de suspensión pudiera amparar su conducta si conocía que, para que tal efecto se produjera, se precisaba del dictado de un acto del órgano de contratación autorizándola. Como dijo ya el Tribunal Supremo en la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de febrero de 1999 (RJ 1999\163), el principio de confianza legítima no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico.

TERCERA. Sobre el fondo del asunto.

Entrando ya en la consideración sobre el fondo de la consulta planteada, la cuestión se centra en determinar si procede o no acordar la resolución del contrato objeto de la presente consulta con base en el incumplimiento que se le imputa a la empresa contratista.

El Servicio de Contratación ha formulado propuesta de resolución contractual por la causa legal de carácter general prevista en el artículo 211.1.f) LCSP, de acuerdo con el cual, es causa de resolución de los contratos públicos, *“el incumplimiento de la obligación principal del contrato”*.

Por su parte, la empresa contratista ha expresado su oposición a la resolución del contrato por esta causa, considerando que no concurre, sino que, procediendo la resolución, ha de basarse en la existencia de otra distinta, la del artículo 245.b) LCSP, por la suspensión del inicio de la ejecución por plazo superior a cuatro meses.

La propuesta de resolución hace un pormenorizado análisis de ambas causas, llegando, acertadamente, a la conclusión de que no procede la invocada por el contratista y sí la aducida por el Director General. Veamos por separado ambas.

I. El artículo 245 LCSP establece que *“Son causas de resolución del contrato de obras, además de las generales de la Ley, las siguientes [...] b) La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses”*.

El inicio de la ejecución del contrato, según la cláusula quinta del contrato, debía producirse en el plazo máximo de un mes, a contar desde la firma del acta de comprobación del replanteo, para lo cual, esa misma cláusula, concedía un plazo de un mes desde la formalización del contrato, regulación plenamente coincidente con lo establecido en LCSP (Art. 237). La comprobación del replanteo se realizó dentro de plazo, el día 29 de julio de 2021. El contratista no mostró su conformidad con dicha comprobación formulando reservas al amparo de los dos informes que había remitido previamente a la Administración en los días 16 y 27 de julio anteriores, reservas que afectaban, según él, a la viabilidad del proyecto, extremo este con el que el director de la obra mostró su discrepancia reflejando en el documento que se trataba de una comprobación de replanteo viable. Así consta expresamente en el encabezamiento del acta.

Las reservas formuladas por el contratista fueron consideradas injustificadas por el director de obra en su informe de 13 de septiembre de 2021 y, a su amparo, se dictó la Orden del órgano de contratación del siguiente día 16, con idéntica consideración, disponiendo además la no suspensión del inicio de las obras.

Esa Orden no hizo más que aplicar la previsión del artículo 139.5 RGLCAP, según el cual *“Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará igualmente cuando el contratista formule 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”*. En consecuencia, el inicio de la ejecución de las obras debía entenderse producido al día siguiente de la comprobación del replanteo, siendo el día 30 de septiembre el último del plazo de ejecución a partir del cual se podría admitir que estaría incurso en demora el contratista en caso contrario, si bien no habría existido inconveniente a su ampliación, tal como recogía el informe antes citado, como forma de salvar los efectos perjudiciales para el contratista derivados del retraso habido en la resolución del incidente. Esa misma ampliación pudo ser solicitada por el contratista al recibir el 20 de septiembre la Orden del día 16 anterior considerando injustificadas sus reservas y ordenando la no suspensión del inicio.

La lectura de la documentación integrada en el expediente permite vislumbrar el propósito último del contratista que, como bien señala el Servicio de Contratación, era el de que se acordara una modificación del contrato, con un incremento de su precio cifrado en 127.918,07 euros, lo que suponía un aumento del 18,54%, cantidad que excedía del 10% admitido legalmente como máximo a incluir en la liquidación de la obra. Tal comportamiento sugiere que ya de principio el contratista estaba procurando recuperar el 18,65% de baja que suponía su oferta respecto del presupuesto inicial. La dirección de obra llegó a proponer una modificación del contrato, pero sin incremento de costes, posibilidad descartada al haber transcurrido el plazo de ejecución según el informe del Servicio de Contratación de 3 de diciembre de 2021, toda vez que el órgano de contratación no había autorizado la suspensión de las obras ni tampoco la ampliación del plazo de ejecución, motivo por el que el inicio de la ejecución debió producirse inmediatamente de conocer la Orden de 16 de septiembre de 2021. En la propuesta de resolución se cita expresamente el Dictamen 208/2015, del Consejo Consultivo de Canarias sobre un asunto en el que se había producido reservas del contratista a la comprobación del replanteo, reservas que fueron consideradas infundadas por el órgano de contratación, ante lo que dice *“Conforme al art. 139 RGLCAP y a la cláusula tercera del contrato, este pronunciamiento del Consejero sobre las reservas formuladas en el acta de comprobación del replanteo determinó que el plazo de cuatro meses para la ejecución de la obra empezara a correr desde el 16 de enero de 2015, fecha de la firma del acta de comprobación del replanteo, por lo que las obras debían estar culminadas el 16 de mayo de 2015. La contratista se ha negado a iniciar las obras. Esta negativa ha determinado la imposibilidad del cumplimiento del plazo total para la ejecución de las obras”*

Consta en el expediente la firma de un acta de suspensión de la obra el día 8 de octubre de 2021, pero no el acuerdo del órgano de contratación autorizándola como resultaba preceptivo. Ya el Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado, de aplicación supletoria, estableció en su cláusula 64 que *“Siempre que la Administración acuerde una suspensión temporal, parcial o total, de la obra, o una suspensión definitiva, se deberá levantar la correspondiente acta de suspensión, que deberá ir firmada por el Director y el contratista, y en la que se hará constar el acuerdo de la Administración que originó la suspensión, definiéndose concretamente la parte o partes o la totalidad de la obra afectadas por aquélla”*. Es decir, primero ha de acordarse la suspensión y luego levantar el acta, en la que debe dejarse constancia de dicho acuerdo. En el acta de 8 de octubre de 2021 no se recoge esa referencia, sencillamente porque no se produjo el acuerdo previo. Así, ha interpretado correctamente el Servicio de Contratación en su propuesta de resolución que tal suspensión no se llegó a producir, no habiendo quedado suspendido el inicio de la obra, enervado la causa alegada por el contratista como justificativa de la resolución del contrato. La cita del Dictamen 44.460, de 30 de septiembre de 1982, del Consejo de Estado da pleno apoyo a la interpretación. En él se analiza la competencia del director de la obra señalando que *“El Director Facultativo de la obra carece de la facultad de acordar la suspensión, ni aunque tenga la conformidad del contratista. Esta facultad corresponde a la autoridad que celebró el contrato. El Director de la obra solo puede formular propuesta.(...)”*. La necesidad del acuerdo previo también se deduce del tenor literal del artículo 208 LCSP que comienza señalando *“Si la Administración acordase la suspensión del contrato [...]”*.

En virtud de lo dicho se concluye que no concurre la causa alegada por el contratista debiendo ser desestimada expresamente en la resolución que ponga fin a este procedimiento.

II. La Administración considera que se ha producido un incumplimiento de la obligación principal del contratista al no haber ejecutado la obra. Es este un hecho incontestable. A fecha de hoy el contratista no ha ejecutado la obra. Es más, se podría deducir de su comportamiento que se ha negado a ejecutarla. No otra cosa puede pensarse a la vista de las objeciones que ya desde un primer momento planteó puesto que, desde la adjudicación por Orden de 17 de junio de 2021, y la formalización del contrato el siguiente día 29, su actitud no ha sido la de prestar su máxima colaboración para realizar la obra a plena satisfacción de la Administración. Lo demuestra el hecho de que, el 16 y 27 de julio de 2021, antes incluso de la comprobación del replanteo, ya remitió sendos informes sugiriendo la necesidad de una modificación del contrato, amparándose en posibles incumplimientos de la normativa que impedirían la *“legalización del proyecto”*, y solicitando un incremento del precio del contrato, y la negativa incidencia que sobre la ejecución tendría el hecho de que se efectuara ya en periodo lectivo, con la presencia de los alumnos en el centro. Las razones expuestas no gozaron de la conformidad de la dirección de la obra ni del órgano de contratación, sin perjuicio de la posibilidad ofertada por la primera de ampliación del plazo de ejecución, de la que no se hizo eco el contratista. Hay que tener en cuenta que, a pesar de que la presencia de los alumnos en el centro dificultaba tal ejecución, motivo por el que la propia Administración terminó por estimarla conveniente, no la impedía. Prueba de ello es que, una de las empresas licitadoras, *“Vivendio”*, incluyó en su oferta tal previsión, como queda reflejado en el documento 28 (folio 160, página 1370 del fichero informático) integrado en la documentación del sobre 2, relativo a los criterios de adjudicación cuya evaluación dependía de un

juicio de valor presentado por dicha empresa.

El efecto de las dilaciones habidas ha sido el incumplimiento de la obligación principal del contratista, por tanto, la concurrencia de la causa prevista en el artículo 211.1 d) LCSP, con la consiguiente resolución del contrato que, al serlo por culpa del contratista, lleva aparejados los efectos del artículo 231.3 de la misma ley, según el cual “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”.

La propuesta de resolución no reconoce la existencia de daños y perjuicios de los que debiera responder el contratista de modo que no se debe instruir el expediente contradictorio que los cuantificase.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución del contrato por concurrir la causa prevista en el artículo 211.1 f) LCSP, debiendo desestimar expresamente la petición del contratista de resolución por aplicación del artículo 245 b) del mismo texto legal.

SEGUNDA.- Procede ordenar la incautación de la garantía constituida.

No obstante, V.E. resolverá.

