



Dictamen nº **128/2024**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 21 de mayo de 2024, 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 Economía, Hacienda y Empresa (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 20 de marzo de 2024 (COMINTER 62065), sobre resolución del contrato formalizado con Manteniment i operació d'infraestructures S.L. para obras de infraestructura de telecomunicaciones para alojamiento estación radioeléctrica en Turullón (exp. 2024_103), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante Orden de la entonces Consejería de Economía, Hacienda y Administración Digital, de 14 de septiembre de 2022, se acordó iniciar un procedimiento de contratación de las *“Infraestructuras de telecomunicaciones para el alojamiento de estaciones radioeléctricas en tres emplazamientos: Calblanque, Gebas y Turullón”*.

El contrato de obras estaba dividido en 3 lotes y consistía en el diseño de las infraestructuras necesarias para albergar los equipamientos de telecomunicaciones necesarios, principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones de emergencia mediante tecnología TETRA, así como de comunicaciones móviles con tecnología LTE 4G/5G.

Tras la correspondiente licitación, y en virtud de una Orden del titular de la citada Consejería de 29 de diciembre de 2022, se acordó la adjudicación de los 3 lotes en que estaba dividido el contrato a la empresa *Manteniment i operació d'infraestructures, S.L.* (en adelante, *Manteniment* o la contratista).

En lo que aquí interesa, la prestación correspondiente al lote 3 (Turullón) se adjudicó por 140.655,06 €. Así pues, sumado el 21% de IVA aplicable (29.537,56 €), el importe total ascendió a 170.192,62 €.

El 2 de febrero de 2023 se firmó el contrato correspondiente a este lote. El acuerdo tenía por objeto ejecutar las obras de infraestructura necesaria para el alojamiento de una estación radioeléctrica, de acuerdo con lo previsto en el proyecto de obras redactado por el ingeniero técnico de obras públicas D. X, aprobado mediante Orden del titular del referido Departamento el 9 de septiembre de 2022, conforme a lo previsto en los artículos 231 a 233 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

En virtud de lo dispuesto en la *Memoria* del proyecto de obras (punto 1.4 sobre *Descripción de las obras*), la estación debía estar conformada por una caseta prefabricada tipo EB-7, totalmente equipada y puesta en marcha,

y una torre de telecomunicaciones de 20 metros de altura. Además, se especificaba que las unidades que debían ejecutarse eran las siguientes:

- Acondicionamiento de terreno y parcela para la instalación.
- Instalación de Caseta de telecomunicaciones.
- Instalación de Torre de telecomunicaciones.
- Adecuación de sistemas necesarios, cableados, sistema de climatización y ventilación, suministro eléctrico.
- Acometida de suministro eléctrico.

En la cláusula segunda del contrato se disponía que la contratista se comprometía a realizar la prestación con estricta sujeción a la documentación incluida en el proyecto de obras, a las cláusulas del propio contrato y al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que revestía carácter contractual.

Por lo que se refería al plazo de ejecución, en la cláusula quinta del contrato se estipulaba que sería de "3 meses y, de conformidad con el artículo 237 de la LCSP comenzará con el acta de comprobación del replanteo. El acta de comprobación se realizará en el plazo máximo de un mes desde la fecha de la formalización del contrato".

También se añadía que la comprobación del replanteo produciría los efectos prevenidos en el artículo 237 LCAP y que "El acta de comprobación del replanteo y los plazos parciales que procedan fijarse al aprobar el programa de trabajo se entenderán como integrantes del contrato a los efectos de su exigibilidad".

En la cláusula séptima del contrato se establecía que la resolución del contrato se produciría en los supuestos contemplados en los artículos 211 y 245 LCSP.

De acuerdo con lo establecido en el apartado T) del Anexo I (Cuadro de características del contrato) del PCAP no procedía la revisión de precios. No obstante, en las cláusulas 1, 3.7, 11.1 y, en particular, en la 15, se contemplaba la posibilidad de que se pudiera modificar el contrato. Estas previsiones se confirmaban en los apartados I del citado Anexo, sobre Forma de pago, y singularmente en el T, relativo a las Modificaciones del contrato. En este último apartado se admitía la posibilidad de modificación del contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 204 LCSP, en el supuesto de reducción de volumen de obligaciones o ampliación del plazo de ejecución del contrato. Siempre, se añadía, que el porcentaje máximo de minoración del contrato no superase el 5% del precio de adjudicación.

En este sentido, se establecía en el apartado C del Anexo I del PCAP que el contrato no podía ser modificado al alza. Se precisaba, asimismo, que el sistema de determinación del precio era a tanto alzado por componentes de la prestación. No obstante, se permitía en la cláusula 11.1 del PCAP la posibilidad de realizar abonos a cuenta respecto de la obra ejecutada.

En el Programa de Trabajo, remitido por la contratista el 22 de febrero de 2023, se comprometía a ejecutar las obras en su totalidad en un plazo de 3 meses.

Con fecha 1 de marzo de 2023, se realizó la visita al emplazamiento objeto del contrato para levantar la mencionada acta de comprobación del replanteo. Además del responsable del contrato, asistieron un representante de la contratista y los representantes de la Dirección técnica de la obra. El representante de Mantenimiento firmó el acta el día 31 de ese mes.

En el acto de comprobación del replanteo se decidió cambiar la ubicación del emplazamiento a la parte anterior del puesto de Vigilancia Forestal para facilitar el acceso desde el camino existente, no pintar la torre de telecomunicaciones y, en cambio, pintar la caseta de color ocre. De igual modo, se entendió que era necesario adaptarse a la morfología del terreno, de modo que en la parte ancha se ubicase la caseta de equipos de manera perpendicular al camino, y en la parte estrecha se colocase la torre. Asimismo, se adoptaron otras decisiones acerca del vallado y el muro de bloque perimetral.

Por ello, se consignó en el acta correspondiente que “6. Las variaciones respecto al proyecto original que sirvió para la licitación, no alteran ni sustancial, ni económicamente las obras licitadas”, y que “7. Por último, todos estos cambios están motivados por el interés general y no supone ningún incremento ni decremento del presupuesto de la obra contratada”.

SEGUNDO.- Con fecha 19 de diciembre de 2023, un Técnico de Apoyo junto con el Jefe de Servicio de Telecomunicaciones elaboraron de forma conjunta un informe el que solicitaban que el órgano de contratación iniciase los trámites necesarios para resolver el contrato, incautar las garantías que se habían constituido, aplicar las penalidades correspondientes y solicitar la indemnización por los daños causados ante la falta de ejecución del contrato.

En el documento explicaban que, a instancia de la Dirección General de Medio Natural, se tuvo que suspender la ejecución del contrato durante 49 días, por causas no imputables al contratista, debido a que había varias parejas de aves rapaces criando en las proximidades del lugar en que debían realizarse las obras.

Asimismo, que el 6 de septiembre de 2023 la contratista les había remitido, por correo electrónico, la carta de condiciones técnico-económicas (CCTE) que Iberdrola le había enviado para la interconexión de la acometida eléctrica de las obras con su red. Añadían que en dicha CCTE se especificaba un punto de suministro distinto al recogido en el proyecto de obras. También exponían que la contratista alegaba que se trataba de una “obra totalmente distinta a la presupuestada inicial que precisa de una nueva valoración”.

Acerca de ello, explicaban que, ciertamente, dicho punto de suministro se encontraba muy alejado y en dirección contraria al previsto inicialmente en el proyecto, por lo que ese Centro Directivo contactó con Iberdrola para analizar la causa de la discrepancia. Asimismo, que el problema radicaba en que la compañía eléctrica indicaba al contratista el punto de suministro más cercano con su red, mientras que el punto previsto originalmente en el proyecto pertenecía a una red privada de la propia Administración. Por último, que, una vez aclarado el malentendido, Iberdrola ratificó el 19 de septiembre de 2023 el punto de suministro previsto en el proyecto.

Seguidamente, exponían en el informe que, como se trataba de trabajos sobre una línea particular y no en su red, Iberdrola no exigía el pago de la CCTE. De igual modo, destacaban que aquel mismo día se informó de ello a la contratista para que continuase con la ejecución de las obras, tal y como estaban proyectadas originalmente.

Los autores del informe relataban que el 6 de octubre de 2023 la contratista remitió una propuesta de certificación de obra a falta de la ejecución de la partida 1.4 correspondiente al Suministro e instalación de las instalaciones eléctricas, recogida en el Presupuesto que se integra en el proyecto de obras. No obstante, advertían que ya se le había informado previamente a Manteniment de que la discrepancia con Iberdrola acerca del punto de interconexión se había resuelto.

De igual modo, exponían que el 11 de octubre de 2023 se había enviado a la contratista la autorización solicitada, debidamente firmada, para que se pudiese efectuar la conexión de la línea aérea de media tensión referida con un entronque aéreo-subterráneo de 1.700 metros.

Explicaban, asimismo, que los representantes de la contratista respondieron el 19 de octubre que en ese caso procedía realizar un proyecto específico, seguido de la construcción y legalización de la acometida eléctrica. Además, adjuntaban una segunda versión de la CCTE.

También relataban que los días 15 y 22 de noviembre de 2023 se le demandó a la contratista información sobre la marcha de los trabajos y que sus responsables contestaron ese último día que estaban a la espera de las tasas de Industria para su legalización.

Añadían que, el 29 de noviembre, la contratista remitió de nuevo la segunda versión de la CCTE para su firma. Y explicaban que, al día siguiente, 30 de noviembre de 2023, se le envió la carta firmada y se le informó de que le correspondía a ella pagar su importe.

No obstante, precisaban que el representante de la contratista respondió por correo electrónico lo siguiente:

“Adjunto las tasas de Industria correspondientes a la Legalización de los 2 proyectos necesarios LMT y CT para la acometida del Turullón, total 414,96€, necesito que las paguéis y me enviéis los justificantes para continuar con la

legalización de la acometida eléctrica. También os adjunto proyecto y presupuestos para que veáis el alcance y costes de la obra pendiente. Como sabéis, la partida presupuestaria para la acometida eléctrica del Proyecto para el alojamiento de la Estación Radioeléctrica del Turullón era de 81.250 € y los 2 presupuestos más las tasas de industria necesarios, LMT y CT, suman 271.910,01€ con una diferencia de -190.660,01€. Por tal motivo, necesitamos garantías de la CARM por escrito firmado de que el interventor y el Departamento de Contratación nos pagarán el coste total de la obra”.

Y exponían que, una vez que se obtuvo información del Servicio de Contratación, se ofreció a la contratista la siguiente respuesta:

“En relación a las tasas, entendemos que esas tasas las que tiene que abonar el adjudicatario ya que son necesarias para realizar la acometida eléctrica que es parte del contrato que se está ejecutando.

En cuanto al presupuesto y alcance, el proyecto se está ejecutando según el acta de comprobación de replanteo en la que se decía que las pequeñas variaciones que se hiciesen serían a coste 0 respecto al presupuesto de licitación.

En la respuesta a las alegaciones que realizó el adjudicatario por la controversia con motivo de la comprobación del acta de replanteo de Calblanque, y que adjunto, se aclaran temas que vuelven a salir ahora. En la página 1 se dice: "se le recuerda al adjudicatario que el contrato no está sujeto a modificaciones al alza de ningún tipo, ni económico ni material". Máxime cuando se ha ejecutado lo que se firmó en el acta de comprobación de replanteo. En la última página también se aclara: "De nuevo, se hace notar que los pliegos y proyecto dicen qué es lo que hay que hacer, pero no entran en la manera de ejecutarlo, por lo que las partidas se valoran a tanto alzado, siendo responsabilidad de los licitadores valorar cómo lo van a ejecutar y las necesidades que van a tener y, por supuesto, tomar las medidas reales que consideren van a impactar en la ejecución. Si a juicio del adjudicatario había un error en el proyecto que afectaba a su ejecución, debería haberlo puesto de manifiesto en la fase de licitación, haciendo las alegaciones oportunas a los pliegos. Una vez que se ha presentado oferta y ha formalizado el contrato de adjudicación, no cabe alegar algo que se pudo fácilmente comprobar en la preparación de la oferta”.

Por último, se le advertía que los contratos estaban cofinanciados por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y que tenían que estar pagados por la Comunidad Autónoma antes de final de año, porque en caso contrario la Región de Murcia perdería la posibilidad de recuperar el 80% del importe, lo que supondría un perjuicio para la Administración regional, que podría reclamar a la contratista si el retraso le fuese imputable.

En el informe se exponía, a continuación, que se produjo un intercambio de correos entre el 7 y el 9 de diciembre de 2023 entre los responsables de ese Centro Directivo y los de la contratista. Estos últimos se quejaban de que no se trataban de pequeñas variaciones que debieran solventarse a coste 0, sino que la desviación que se apreciaba respecto del proyecto inicial era muy elevada y que debía pagarse aparte. Los funcionarios respondieron que las obras tenían un precio cerrado y que si se hubiese debido hacer alguna modificación para incrementar el precio se hubiera tenido que hacer antes de la realización de los trabajos. E insistieron en que no se podía modificar porque el contrato se estaba ejecutando de acuerdo con lo establecido en el acta de comprobación de replanteo.

Los autores del informe explicaban que la contratista remitió el 11 de diciembre de 2023 una solución alternativa de suministro eléctrico mediante la instalación de un sistema de energía solar fotovoltaica a un precio incluso menor que el que se había previsto en el proyecto de obras.

Después de que se hubiese consultado con el Servicio de Contratación, se respondió que esa propuesta no era posible porque había que ejecutar lo que se había previsto en el proyecto y se había ratificado en el acta de comprobación del replanteo. De nuevo se le recordó que la falta de suministro eléctrico al emplazamiento, acometida eléctrica incluida, supondría la propuesta de resolución del contrato por incumplimiento total del mismo. También se le apuntó que, al margen de la paralización acordada, el plazo de ejecución de 3 meses estaba vencido. Y se le advirtió de que, como el contrato contaba con financiación del FEDER, había que tener pagadas las facturas antes de fin de año.

Los autores del informe exponían que el 14 de diciembre de 2023 la contratista volvió a consultar sobre cómo realizar una recepción parcial de las unidades de obra ejecutadas. Y que desde ese Centro Directivo se le contestó que “La falta de entrega del emplazamiento con la acometida eléctrica incluida, deriva en la solicitud por

nuestra parte de la propuesta de resolución del contrato por incumplimiento total del mismo más la reclamación que corresponda por los daños causados por la deficiente ejecución. La comprobación no es sólo que estén ejecutadas la obras, se habla de la puesta en marcha de la instalación”.

Por todo lo anterior, concluían que quedaba demostrado que la contratista no había ejecutado las obras en el plazo estipulado ni tenía intención de finalizarlas. Así pues, entendían que la obra parcialmente ejecutada no respondía a la funcionalidad pretendida ni se había realizado la preceptiva puesta en marcha.

Además, consideraban que se había producido un retraso en la ejecución de las obras por causas imputables a la contratista, lo que causaba un perjuicio a la Administración regional: En primer lugar, porque los emplazamientos estaban destinados a ampliar la cobertura de la red de comunicaciones móviles de emergencia de la Región, basado en el estándar TETRA; y, en segundo, porque provocaba un daño económico, ya que estos contratos se financiaban en un 80% con fondos FEDER, y que la Administración dejaría de percibir esos ingresos si no se ejecutaban en tiempo y forma.

Como consecuencia, se consideraba que se incurría en la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 211.1,f) LCSP ante “El incumplimiento de la obligación principal del contrato”. Adicionalmente, se entendía que había transcurrido sobradamente el plazo de ejecución de tres meses establecido en el Programa de Trabajo suscrito por la contratista (al margen de la parada por nidificación de aves rapaces que se tuvo que acordar), por lo que se estaría ante otra causa de resolución del contrato, como es la que se contempla en el artículo 211.1,d) LCSP, debido a “La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”.

TERCERO.- Mediante Orden del titular de la Consejería consultante, de 21 de diciembre de 2023, se acuerda iniciar un procedimiento de resolución del contrato por concurrir la causa establecida en el artículo 211.1,f) LCSP, con incautación de la garantía constituida.

De igual modo, se resuelve conceder audiencia a la contratista, de conformidad con el establecido en el artículo 109.1,a) 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).

CUARTO.- La notificación a la contratista del acuerdo de incoación del procedimiento se lleva a efecto el 22 de diciembre de 2023.

QUINTO.- Por medio de un escrito fechado el 2 de enero de 2024, un representante de la contratista formula las siguientes alegaciones.

En primer lugar, como antecedente, recuerda que el contrato se formalizó el 2 de febrero de 2023 y que el acta de comprobación del replanteo se levantó el 1 de abril siguiente. Añade que, una vez ejecutada la obra, Iberdrola facilitó el 22 de agosto de 2023 la CCTE para la interconexión de la acometida eléctrica en un punto de suministro que se encuentra a una distancia de 2.136 m, diferente del que constaba en el pliego de condiciones técnicas. Los trabajos para ejecutar consistían en subir la línea de media tensión en aéreo por nuevos postes hasta la obra, que estaban presupuestados en 5.596,77 €.

Señala que el lugar de conexión indicado por Iberdrola era el más cercano, mientras que el que constaba en el pliego técnico era el punto que había considerado la Administración regional, ya que es de su propiedad y está dentro del Parque Natural de Sierra Espuña.

El representante añade que Iberdrola le explicó al Jefe de Telecomunicaciones de la Comunidad Autónoma, el 19 de septiembre de 2023, que la interconexión podía hacerse en el punto que ella había indicado o en el que figuraba en el pliego. No obstante, le advirtió que como este último era privado y la línea particular no estaba normalizada deberían hacerse unos trabajos complementarios.

También explica que, pese a dicha advertencia, el órgano de contratación consideró que debía realizarse la interconexión con su línea particular, con la única motivación de que así estaba previsto en el pliego. De hecho, enfatiza que el 11 de octubre se recibió la autorización firmada (por un representante de la Administración regional, como propietaria de la línea de media tensión) para que se efectuase la conexión de un entronque aéreo-subterráneo para alimentación de una línea de 1.700 metros.

El representante añade que cuando envió esa autorización a Iberdrola le respondió que "Las instalaciones particulares, de su propiedad, serán realizadas por su cuenta a través de un instalador autorizado en alta tensión, según la normativa particular para instalaciones de clientes en alta tensión...".

Explica que, ante esa circunstancia, encargó la redacción del correspondiente proyecto eléctrico que, sin embargo, tuvo que dividirse en dos proyectos distintos: Uno, para la instalación de una línea aéreo-subterránea de media tensión 20 kV, con un presupuesto de 216.594,75 €. Otro segundo, para la instalación de un centro de transformación prefabricado de 50 kVA para la alimentación de una antena de telefonía, con un presupuesto de 54.900,30 €.

Así, el presupuesto conjunto de los proyectos que resultaban necesarios para seguir las instrucciones del Servicio de Telecomunicaciones de la Administración regional se elevaba a 271.495,05 €. Además, cuando se presentaron en el Servicio de Industria para su aprobación devengaron unas tasas respectivas de 311,22 € y 103,74 €.

El representante recuerda, a continuación, que la partida del proyecto correspondiente a la acometida eléctrica es de 81.250 €. No obstante, insiste en que los presupuestos de las obras que se deben hacer para cumplir lo indicado por la Administración regional ascienden a 271.495,05 €, lo que es una cantidad superior en un 334,66 % a la prevista.

Seguidamente, expresa su opinión de que no le corresponde a su mandante asumir esa diferencia de coste y que tampoco entra dentro de los límites del riesgo y ventura propio del contrato. De igual modo, expone que no puede entenderse a pesar de que el precio se haya configurado de manera alzada.

Asimismo, destaca que cuando se levantó el acta de comprobación del replanteo se desconocía la discrepancia que surgiría respecto del punto de interconexión y la negativa de la Administración regional a hacer la conexión indicada por Iberdrola. Por ello, rechaza que un sobrecoste del 334% suponga, como se expone en el acta citada, una pequeña variación que deba hacerse a coste 0 respecto del presupuesto de licitación. Añade que, por esa razón, propuso modificar el proyecto para poder suministrar energía con placas solares, pero que la solicitud le fue denegada.

Por último, explica que para eliminar cualquier duda respecto de la operatividad de la instalación ejecutada conforme al proyecto -con excepción de la acometida, claro está- contrató al Organismo de Control Autorizado (OCA) APPLUS, que emitió un informe favorable sobre el funcionamiento de lo ejecutado el 21 de diciembre de 2023.

En una segunda alegación titulada El presupuesto del proyecto y el precio a tanto alzado, el representante expone que la contratista ejecutó las obras en el plazo indicado, al margen de la suspensión que se acordó por una causa que no le era imputable. Por tanto, sostiene que todo el tiempo transcurrido entre el 22 de agosto de 2023, cuando Iberdrola indicó el punto de suministro, y el momento en que formula las alegaciones, se ha debido a la negativa de la Administración regional de aceptar la interconexión posible y que esa parte siempre se ha mostrado dispuesta a ejecutar.

Recuerda que los argumentos que se han esgrimido por parte de los Servicios Técnicos y, según éstos, por parte del Servicio de Contratación y de la Intervención, es que las obras tienen un precio cerrado y que cualquier modificación debió haber sido previa a la realización de los trabajos, que no se permiten modificaciones que no consten en el acta de replanteo o que las obras deben ejecutarse conforme lo dispuesto en el proyecto. El representante considera, sin embargo, que esos argumentos son erróneos, y que no pueden justificar que se pretenda imponer a su mandante un sobrecoste no previsto de más de 190.000 €.

A continuación, transcribe el punto 1.4.4. de la Memoria del proyecto, titulado Acometida de Suministro Eléctrico. En él se previene que "Se procederá a la ejecución de una acometida de suministro eléctrico necesaria para la puesta en marcha de la instalación. Para ello se solicitará a la compañía eléctrica el punto de suministro y se procederá a la apertura del expediente y a su total ejecución.

Se ha previsto que el punto de suministro sea en un poste existente en el camino de acceso a la estación. Este punto se encuentra a unos 1625 m del centro.

Será la compañía distribuidora la que indique el tipo de tendido eléctrico a realizar, que será reflejado en un

proyecto eléctrico específico. Se ha previsto una canalización enterrada por el borde del camino forestal, desde ese punto de suministro hasta la parcela donde se ubicará la estación base de telecomunicaciones...".

Así pues, resalta que en el proyecto se indica expresamente que "se solicitará a la compañía eléctrica el punto de suministro" y que "Será la compañía distribuidora la que indique el tipo de tendido eléctrico" y enfatiza que así lo indicó el 22 de agosto de 2023. Asimismo, sostiene que, si eso se hubiese aceptado por los Servicios Técnicos, la obra ya estaría ejecutada.

En otro sentido, denuncia que las referencias que se contienen en el proyecto son puramente estimativas. Por ello, explica que el representante que compareció en el acto de levantamiento del acta de comprobación del replanteo no dudaba de que sería la compañía eléctrica la que determinaría el punto de suministro, con independencia de las previsiones y estimaciones que se hubiesen hecho y que, además, son erróneas. Para acreditarlo recuerda que la referencia a los 1.625 m está equivocada puesto que la distancia real al punto de conexión fijado por Iberdrola es de 2.163 m.

El representante recuerda que es práctica habitual que la adaptación de los proyectos a la realidad se haga tanto en el momento de la comprobación del replanteo como en el curso de la obra. Y admite que, en el supuesto de que se trate de modificaciones mayores, se hagan conforme con lo que se establezca en la legislación que resulta de aplicación.

A continuación, advierte que se ha incurrido por parte de los Servicios Técnicos en el error de confundir los términos precio alzado y precio cerrado. Destaca que en este caso no se trata de un contrato de obra con precio cerrado, que es al que se refiere únicamente el artículo 241 LCSP.

Enfatiza que en ninguno de los pliegos se configura el contrato como de obra a tanto alzado con precio cerrado, sino que tan sólo se indica que el sistema de determinación del precio será a tanto alzado por componentes de la prestación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 309 LCSP.

Además, destaca que sí se ha realizado un desglose de los componentes de la prestación según se recoge en el Presupuesto que está comprendido, como Documento nº 4, en el proyecto de obras.

Reitera que no se trata de un contrato de obra con precio cerrado y que, si bien operan las disposiciones relativas al precio aplazado, éstas deben permitir las posibles modificaciones del contrato que se mencionan, además, de forma expresa en el apartado I del Anexo I (Cuadro de características del contrato) del PCAP, que se dedica a la "Forma de pago". El representante concluye que no concurren ninguna de las circunstancias que permitan configurar el contrato como a tanto alzado y de precio cerrado.

En otro sentido, destaca que no se produjo el replanteo antes de la licitación, como se previene en el artículo 241.3.b) LCSP, y que tampoco se podía entrar libremente a los terrenos del Turullón, que está dentro el Parque Natural de Sierra Espuña, porque hay una puerta con candado que está siempre cerrada. Explica que los técnicos ambientales facilitaron las llaves para poder acceder el día del replanteo inicial de la obra, una vez ya formalizado el contrato.

En un tercer apartado del escrito que titula Solicitud de modificación de contrato: eliminación de la partida de la acometida, el representante insiste en que en el apartado T) del Anexo I (Cuadro de características del contrato) del PCAP se permiten las modificaciones del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LCSP, por reducción de las obligaciones o ampliación del plazo de ejecución. Destaca, asimismo, que esta cláusula tiene su correspondiente reflejo en la prevista en el apartado I, ya citado, que admite las modificaciones de contrato cuando se refiere a la forma de pago.

Sostiene que no cabe ninguna duda que el hecho que no se autorizara el punto de suministro según las indicaciones de la compañía eléctrica, tal y como estaba expresamente previsto en el pliego, constituye una causa de modificación por reducción de las obligaciones que, además, y no siendo un contrato de precio cerrado, sino que tiene una partida individualizada de suministro e instalación eléctrica, permite modificar el contrato y su precio de forma objetiva. Por ello, entiende que debe modificarse para que se elimine la partida presupuestaria 1.4 (de obra civil y estructuras).

Para el supuesto de que esa solicitud no se estimase, entiende que procedería acordar la modificación al amparo

de lo previsto en el artículo 205 LCSP. A tal efecto, recuerda que en el informe que se solicitó al OCA se acredita que la instalación se encuentra perfectamente ejecutada y en funcionamiento una vez que se le suministra electricidad.

En todo caso, considera evidente que tiene derecho a percibir la retribución acordada para las otras partidas, que asciende a 56.939,07 € más IVA, de acuerdo con la propuesta de certificación que acompaña. Argumenta que lo contrario supondría un enriquecimiento injusto de la Administración y la imposición de una carga que su representada no tiene el deber jurídico de soportar.

En otro sentido, expone que la contratista ha asumido unos gastos no previstos en el pliego -y ya puestos de manifiesto a los responsables del contrato- de 1.200 € por la instalación de un cartel en la obra, a requerimiento del órgano de contratación, y de 5.237,49 € correspondientes al equipo de fuerza del CG Baja Tensión (cuadro de alumbrado y fuerza motriz), que tampoco estaba previsto.

En consecuencia, y adicionalmente a la eliminación de la partida presupuestaria 1.4 relativa a la acometida eléctrica, sostiene que deben reconocerse el derecho de la contratista a percibir un incremento del precio del contrato de 6.437,49 €, cantidad a las que deben añadirse el 13% en concepto de gastos generales y el 6% de beneficio industrial.

Por estas razones, solicita que se deje sin efecto la incoación del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento. Con carácter subsidiario, por si lo anterior no se aceptase, plantea que se apruebe la modificación del contrato, que se elimine la partida individualizada 1.4 relativa al suministro eléctrico y que se incluyan las partidas que constan en la certificación final de obra que se acompaña.

SEXTO. - El 12 de enero de 2024 el Técnico de Apoyo y el Jefe de Servicio de Telecomunicaciones elaboran de manera conjunta un informe sobre las alegaciones realizadas por el representante de la empresa Manteniment.

En relación con el apartado primero del escrito de la contratista, dedicado a exponer los Antecedentes del caso, reiteran que los costes que se detallaban en la CCTE se referían a los trabajos que se debían realizar en la red de Iberdrola, pero que no incluían el coste de despliegue de una acometida eléctrica de 2.136 metros hasta el punto de interconexión de la red de dicha compañía eléctrica (AP 2163). Advierten que, sin embargo, el punto de suministro que le facilitó la contratista a Iberdrola era erróneo porque en el proyecto técnico se fijaba que la conexión se estableciese en un poste que hay en el camino de acceso a la estación, que se encuentra a unos 1.625 m de la caseta.

De igual modo, exponen que la solución ofrecida inicialmente por Iberdrola en la CCTE original (realizar la conexión en el apoyo AP 2163 por medio de una línea de media tensión elevada mediante nuevos postes hasta la obra) era funcionalmente válida. No obstante, resaltan que era materialmente inviable por exigencias paisajísticas y ambientales, habida cuenta del peligro que suponen las líneas áreas para las aves rapaces y otras especies que anidan en el entorno.

Los autores de este informe explican que eso motivó que en el proyecto técnico se estableciese como punto de suministro el poste de una línea privada de la Comunidad Autónoma, más el despliegue de una línea enterrada, no aérea, desde dicho punto hasta la caseta, con el fin de reducir el impacto medioambiental. Insisten en que ésta fue la causa de que se descartase la propuesta inicial de Iberdrola, que se había basado en una información incompleta o erróneamente transmitida por parte de Manteniment.

Acerca de la partida que se contiene en el proyecto para la realización de la acometida eléctrica, resaltan que en ella se previene que se deben considerar incluidos los "proyectos eléctricos de tendido, transformador y acometida; petición y legalizaciones con empresa suministradora". Repiten que el único presupuesto referido a la ejecución de la acometida de suministro eléctrico es el validado y conocido por las partes, que es el que figura en el proyecto. Enfatizan, además, que dichas condiciones se conocían desde la publicación del expediente de contratación en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) y que los licitadores pudieron recurrir durante el período de presentación de ofertas, aunque no lo hicieron.

En este sentido, resaltan que, si bien el presupuesto del proyecto se calcula a tanto alzado, correspondía a los licitadores, en fase de presentación de ofertas, comprobar si las condiciones técnico-económicas del proyecto eran viables y alegar las discrepancias oportunas.

En último lugar, argumentan que la acometida del suministro eléctrico constituye una prestación fundamental del contrato y que sin ella no se puede recibir la obra, porque no es funcionalmente operativa en su conjunto. También precisan que no se podía recibir por partes, ya que no concurrían las circunstancias previstas en el artículo 243.5 LCSP, que la regula. De igual modo, explican que en diferentes apartados del proyecto de obras se aclara que las obras, en su totalidad, no sólo deben estar materialmente ejecutadas sino puestas en marcha, lo que no era posible porque se carecía de suministro eléctrico.

De manera concreta, se precisa en el punto 1.4.4 (Acometida de Suministro Eléctrico), ya citado, de la Memoria del proyecto de obras que “se procederá a la ejecución de una acometida de suministro eléctrico necesaria para la puesta en marcha de la instalación”.

Asimismo, en el punto 3.2.27 (Gastos a cargo del contratista) del pliego de prescripciones técnicas particulares (PPT) se determina que “serán de cuenta del Contratista la redacción de los proyectos eléctricos de baja tensión de alumbrado, así como todas las tramitaciones oficiales hasta la obtención de los permisos que se precisen para la puesta en marcha de la instalación”.

De igual modo, en la partida 1.4 del Presupuesto que se integra en el proyecto de obras se señala que debe considerar incluida en ella el “Suministro e instalación de todas las instalaciones eléctricas para la obtención del punto de suministro y su canalización desde dicho punto hasta la estación base. Incluye proyectos eléctricos de tendido, transformador y acometida; petición y legalizaciones con empresa suministradora; Incluye canalización desde el punto de suministro hasta la caseta EB-7, tanto obra civil como materiales, totalmente terminada y puesta en marcha (Hasta 1650 metros de distancia)...”.

En relación con lo que se alega en la segunda consideración del escrito de la contratista, se rechaza que el retraso en el que se ha incurrido obedezca al hecho de que, desde el 22 de agosto de 2023, la Administración regional se negase a aceptar la interconexión eléctrica en el punto fijado por Iberdrola.

De manera contraria, sostienen que desde el 19 de septiembre siguiente la contratista era conocedora de que la acometida de suministro eléctrico se debía ejecutar según el proyecto original, por sometimiento a exigencias ambientales y paisajísticas.

Por lo que se refiere a la imputación de que no se realizó el replanteo que se exige antes de la licitación [art. 241.3,b) LCSP], contestan que se contiene en el expediente administrativo el acta de replanteo previo levantada el 19 de Julio de 2021.

Acerca de la manifestación de que no se pudo acceder a los terrenos, replican que se puede acceder siempre que se haya solicitado previamente, pero que ni la contratista ni ninguna otra interesada lo hicieron con anterioridad o durante la fase de licitación. Y explican que se proporcionaron las llaves de acceso cuando se pidieron, una vez formalizado el contrato. De hecho, destacan que no existe registro de que se hubiese formalizado esa solicitud previa por parte de Mantinement o de otra posible interesada en alguno de los momentos señalados.

Acerca de lo que se expone en el tercer apartado del escrito de alegaciones, argumentan que no concurren las circunstancias necesarias para modificar el contrato. También, que las obras se podían realizar de conformidad con el proyecto y la comprobación del replanteo, en el plazo de tres meses que se estableció en el Programa de Trabajo suscrito por la contratista y al que ella se comprometió.

De otra parte, aluden a los gastos que la contratista ha asumido pero que entiende que no estaban previstos. Así, por lo que se refiere al cartel anunciador, explica que la obligación de instalarlo se recoge en el apartado 9.2 (Obligaciones específicas), subapartado c), del PCAP. Acerca del coste del equipo de fuerza del CG Baja Tensión, se expone que se trata de un elemento que forma parte de la acometida de suministro eléctrico y que se incluye en la partida 1.4 del Presupuesto que se comprende en el proyecto de obra, que no se ejecutó.

SÉPTIMO.- El 25 de enero de 2024 se concede audiencia al Banco de Santander, S.A. dado es que avalista de la contratista y se propone la incautación de la garantía que se constituyó. Sin embargo, no consta que dicha entidad financiera haya hecho uso de este derecho.

OCTAVO.- Con fecha 27 de febrero de 2024 se formula propuesta de resolución del contrato de las obras de infraestructuras ya citadas en el emplazamiento de Turullón, de conformidad con lo establecido en el artículo

211.1,f) LCSP, esto es, por incumplimiento de la obligación principal del contrato por causa imputable a la contratista, ya que la obra no responde a la funcionalidad pretendida ni se ha realizado la receptiva puesta en marcha.

De igual modo, se propone incautar la garantía definitiva que se constituyó por importe de 7.032,75 € mediante aval bancario concedido por el Banco de Santander, S.A.

Asimismo, se sugiere incoar procedimiento contradictorio a fin de determinar, en su caso, la indemnización y su importe por los daños y perjuicios que la resolución del contrato pueda causar a la Administración regional.

Por último, se propone iniciar un expediente de prohibición de contratar con la mercantil Manteniment por concurrir la circunstancia prevista en el artículo 71.2,d) LCSP.

NOVENO.- El Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite, el 8 de marzo de 2024, informe favorable a la propuesta de resolución del contrato por considerar que se ajusta a las prescripciones legales que le son de aplicación.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, que se recibe en este Consejo Jurídico el 20 de marzo de 2024.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo puesto que versa sobre un procedimiento de resolución de un contrato administrativo suscrito por la Administración regional en el que se ha formulado oposición por parte de la empresa contratista, de conformidad con lo que se establece en los artículos 191.3,a) LCSP, 109.1,d) RGLCAP, y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento seguido y su plazo de duración.

I. El procedimiento ha seguido, en lo esencial, lo señalado en los artículos 191.1 LCSP y 109.1 RGLAP, apartados a) y b), de forma que se ha concedido audiencia a la empresa contratista y también a la entidad financiera avalista, dado que en este caso se propone la incautación de la garantía definitiva que se constituyó.

También han emitido sus respectivos informes el Servicio competente y el Servicio Jurídico de la Consejería consultante [artículo 191.2 LCSP en relación con el 109.1,c) RGLAP] y se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución.

Un examen formal del expediente permite apreciar, como seguidamente se explicará, que no se ha remitido completo, como exige que se presente para consulta el artículo 46.2,c) del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

II. Por lo que se refiere al plazo de duración del procedimiento, el artículo 212.8 LCSP establece que “*Los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses*”. Ya se ha señalado que el acuerdo de iniciación se adoptó el 21 de diciembre de 2023 (Antecedente tercero de este Dictamen).

Sin embargo, conviene reiterar lo que se dijo en nuestro Dictamen núm. 245/2021 (y se repite, por ejemplo, en el núm. 169/2002) y, por ello, tener en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) núm. 68/2021, de 18 de marzo (BOE núm. 97, de 23 de abril de 2021), resuelve el recurso de inconstitucionalidad que interpuso el Gobierno de Aragón en relación con diversos preceptos de la LCSP, entre los cuales se encuentra el mencionado artículo 212.8.

En dicha resolución, el Tribunal Constitucional (TC) declara que dicho artículo no es conforme con el orden constitucional de competencias al tratarse de una norma de naturaleza auxiliar y procedural que no puede ser

considerada básica. La regulación relativa a la duración de los procedimientos de resolución contractual, dice el TC, podría ser sustituida por otra elaborada por las Comunidades Autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública. Por tanto, concluye el TC, procede declarar contrario al orden constitucional de competencias el artículo 212.8 LCSP, aunque, se aclara, no se precisa pronunciar su nulidad, dado que la consecuencia de aquella declaración es solamente la de que no será aplicable a los contratos suscritos por las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las Entidades vinculadas a unas y otras [SSTC núm. 50/1999, FF.JJ. 7 y 8, y núm. 55/2018, FF.JJ. 7, b) y c)].

La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, dispone en el artículo 38.Uno, que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", hecho éste que se produjo el 23 de abril de 2021, esto es, mucho antes de la fecha, 21 de diciembre de 2023, en la que se acordó la incoación del citado procedimiento resolutorio.

De eso debe seguirse que a los procedimientos de resolución contractual iniciados por la Comunidad Autónoma o las Corporaciones Locales con posterioridad a dicha fecha no les resulta aplicable el plazo de ocho meses para la resolución del procedimiento que establece el citado artículo 212.8 LCSP, sino el general de tres meses que se prevé en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Por tanto, y dado que el acuerdo de incoación del presente procedimiento de resolución contractual se adoptó el 21 de diciembre de 2023, el plazo para resolverlo habría vencido el 21 de marzo de 2024, por aplicación de lo establecido en el apartado a) del citado artículo 21.3 LPAC.

III. Sin embargo, se señala con el número 21 en el índice de documentos que se acompaña con la copia del expediente que se ha remitido para Dictamen, que el 18 de marzo de 2024 se dictó una Orden por la que se acordó la suspensión del presente procedimiento de resolución, hay que entender que de conformidad con lo que se previene en el artículo 22.1,d) LPAC.

Pese a ello, no se ha incluido dicha resolución en la copia ya mencionada del expediente administrativo.

Así pues, debe sobreentenderse que en la mencionada Orden también se acordó comunicar ese hecho a las mercantiles interesadas, es decir, a la contratista y a la entidad financiera avalista. Porque, como exige el último precepto citado, para que esta decisión cobre virtualidad y produzca sus efectos, es requisito indispensable que tanto el hecho de la solicitud como el de la recepción del dictamen se comuniquen a los interesados en el procedimiento.

Debe insistirse en que no se ha incorporado a la copia del expediente administrativo la mencionada resolución suspensiva, por lo que corresponde al órgano instructor verificar que se efectuaron las notificaciones citadas y, por consiguiente, se haya producido el efecto interruptor que se pretendía y no haya caducado el procedimiento.

Respecto del cómputo de los plazos de suspensión, no se suscita ninguna duda acerca del *dies ad quem*, pues debe entenderse como tal, de acuerdo con la literalidad del mencionado artículo 22.1,d) LPAC -además del taxativo de tres meses- el de la recepción del dictamen, sin perjuicio de que, como se ha señalado, esta circunstancia deba ser asimismo comunicada inexorablemente a los interesados en el procedimiento.

Mayor discusión plantea, sin embargo, la fijación del día en el que se entiende suspendido el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución (*dies a quo*), que el precepto señalado vincula con la petición del dictamen correspondiente.

Este Consejo Jurídico, junto con el Consejo de Estado y otros órganos consultivos autonómicos, ha entendido que es la concreta petición de dictamen, y no el acuerdo de suspensión, la que determina el inicio del cómputo de suspensión del procedimiento. Y, de forma específica, identifica la petición de dictamen con la fecha del registro de salida de la solicitud correspondiente, que en este caso se fija en el también referido 20 de marzo de 2024, es decir, el día anterior al último del plazo de tramitación del procedimiento.

TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

I. El artículo 190 LCSP, párrafo primero, atribuye al órgano de contratación la facultad, entre otras, de acordar la resolución de los contratos administrativos que haya formalizado y de determinar los efectos de esa cesación contractual, así como de declarar la responsabilidad imputable al contratista en la ejecución del contrato.

En la cláusula 10.4 del PCAP se establece que “*Según dispone el artículo 238 LCSP las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato, considerando que éste tiene carácter contractual (...). El contrato se entiende convenido a riesgo y ventura del contratista, según dispone el artículo 197 LCSP*”.

En la cláusula 18 del PCAP se dispone que “*La resolución del contrato tendrá lugar en los supuestos señalados en los artículos 211 y 245 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 LCSP y 109 RGLCAP (...)*”. Este último precepto reglamentario regula el *Procedimiento para la resolución de los contratos*.

En relación con las causas generales de resolución de los contratos administrativos, pues no concurren en este caso las específicas relativas al contrato de obras (art. 245 LCAP), hay que señalar que se establecen con carácter general en el artículo 211.1 LCSP. De manera particular, el apartado f) de este precepto previene como causa de resolución “*El incumplimiento de la obligación principal del contrato*”, que es el motivo que se acoge en la propuesta para resolver el presente contrato de obra.

De hecho, pretende la Administración regional la resolución por el supuesto incumplimiento total del contrato, dado que no es posible poner en marcha la instalación por falta del necesario suministro eléctrico, por lo que no resulta funcional ni operativa.

II. Pues bien, antes de valorar la posible concurrencia de esa causa de resolución del contrato, resulta necesario efectuar algunas consideraciones previas que puedan permitir realizar dicho análisis con mayor acierto.

Así, no hay que incidir en que el contrato tiene por objeto la construcción de una estación radioeléctrica de telecomunicaciones y que el último de los trabajos a ejecutar para ello consiste en realizar una acometida para conectarla con la línea eléctrica, de forma que la instalación cuente con ese tipo de suministro y pueda funcionar.

Tampoco cabe duda de que esa es una de las unidades de obra que deben ejecutarse, que en la *Memoria del contrato* (cláusula 1.4.4) se habla de dicha acometida y de que en el *Presupuesto* relativo a *Obra civil y estructuras* se contempla una partida, la 1.4, determinada a tanto alzado, por importe de 81.250 €, relativa a esa instalación eléctrica.

No obstante, también se deben dar por sentados algunos hechos que no se han cuestionado durante la tramitación de este procedimiento. El primero de ellos es que la conexión debe realizarse con una línea eléctrica de media tensión que es propiedad de la Administración regional pero que no está *normalizada*.

Como no se alegado nada en contra, hay que deducir de esa situación, según sostiene el representante de la contratista, que ello motiva que la entidad de la obra que debe realizarse para facilitar la conexión sea mucho mayor que la que pudo preverse inicialmente y, en particular, que la estaba presupuestada.

Corolario de lo anterior es que se debe admitir que el presupuesto de instalación de la línea aéreo-subterránea de media tensión necesaria para hacer el empalme eléctrico con el punto de suministro propiedad de la Administración regional es de 216.594,75 €. También, que resulta necesario colocar un centro de transformación de 50 kVA con la finalidad de alimentar la antena de telefonía, lo que está presupuestado en 54.900,30 €. La suma de esas cantidades asciende a 271.495,05 €, que es el importe al que se refiere el representante de la contratista.

En este punto hay que destacar que, pese a lo que puso de manifiesto el representante de la contratista en su escrito de alegaciones, con él no adjuntó ni el proyecto que encargó para la citada instalación eléctrica ni los presupuestos que avalan los cálculos que se han expuesto. Sorprende que el instructor del procedimiento no requiriese a la empresa para que los presentase. No obstante, como se ha expuesto, en este momento sólo cabe considerar que son ciertos.

Así pues, la diferencia entre el coste de la parte de la unidad de obra que falta por hacer para posibilitar el suministro eléctrico (271.495,05 €) y el importe de la partida presupuestada para ello (81.250 €) es de 190.245,05

€.

Y en efecto, si el presupuesto de la obra que se debe hacer (y que es imprescindible o necesaria) que ha ofrecido la contratista no se ha cuestionado o impugnado en algún momento por la Administración, procede reconocer que el sobrecoste respecto de la partida presupuestaria que sería necesario asumir para poder efectuar dicha conexión eléctrica sería del 334,16%.

También resulta conveniente apuntar que, en cualquier caso, sólo el tendido subterráneo de 1.700 m de línea eléctrica de media tensión hasta el punto elegido para la conexión cuesta, en realidad, 216.594,75 € y no menos de 81.250 €. Por tanto, cabría entender que si la línea de titularidad autonómica estuviese *normalizada* y no fuese necesario, además, colocar un centro de transformación (o, en particular, el mencionado centro de transformación) la desviación al alza sobre lo presupuestado (81.250 €) sería ya del 266,57 %.

Si eso es así, se hace evidente que se ha incurrido en un error grave en la presupuestación de la partida (1.4), relativa a la instalación eléctrica, del *Presupuesto*, que se integra en el proyecto de obras que ha servido de base al contrato que ahora se pretende resolver.

No existe tampoco duda de que la propia redacción de la *Memoria* del proyecto referente a la acometida de suministro eléctrico (Apartado 1.4.4) es bastante equívoca y puede inducir fácilmente a error. Así, se señala en un primer momento que la determinación del punto de suministro se solicitará a la compañía eléctrica para decir, a continuación, que éste se emplaza en “*un poste existente en el camino de acceso a la estación. Este punto se encuentra a unos 1625m del centro*”.

De igual modo, se previne que “*Será la compañía distribuidora la que indique el tipo de tendido eléctrico a realizar, que será reflejado en un proyecto eléctrico específico*”. No obstante, seguidamente se apunta que “*Se ha previsto una canalización enterrada por el borde del camino forestal, desde ese punto de suministro hasta la parcela donde se ubicará la estación base de telecomunicaciones*”. Y es cierto que en la partida 1.4 del *Presupuesto* se reitera que la instalación eléctrica incluye la “*canalización desde el punto de suministro hasta la caseta EB-7*”.

Aunque se puede deducir, no se determina con absoluta claridad que el tendido eléctrico deba ser subterráneo y, menos aún, que ello pudiera obedecer a razones paisajísticas o ambientales. Y debe resaltarse que tampoco se informa de que la línea con la que debe efectuarse la conexión pudiera no estar *normalizada*.

Conviene insistir en que la Administración regional no ha intentado desvirtuar en algún momento la necesidad de instalar dicho centro de transformación o de que el presupuesto para su adquisición y colocación se eleve a lo señalado por la contratista. Tampoco, como ya se ha señalado, que el coste de la canalización subterránea de la línea de media tensión hasta el punto de conexión ascienda a los mencionados 216.594,75 €. Tan sólo ha sostenido que, si a juicio de la adjudicataria del contrato hubiera un error en el proyecto que afectara a su ejecución, debería haberlo puesto de manifiesto en la fase de licitación haciendo las alegaciones oportunas a los pliegos. Y ha insistido, por el contrario, en que una vez que se presentó la oferta y se formalizó el contrato, “*no cabe alegar algo que se pudo fácilmente comprobar en la preparación de la oferta*”. Por esa razón, considera que la contratista estaba obligada a ejecutar lo que se había previsto en el proyecto y *ratificado* en el acta de comprobación del replanteo. El hecho de que se hubiese levantado dicha acta obligaba además a la contratista, argumenta la Administración, a que tuviesen que asumir las (pequeñas) variaciones en las que se pudiese incurrir durante la ejecución del contrato a coste 0.

III. Acerca de esa última alegación, en la que ha hecho hincapié la Administración regional, interesa resaltar que en el acta de comprobación del replanteo no se hace mención alguna del punto de suministro, de las características de la línea de titularidad autonómica (si pudiera estar *normalizada* o no), de las exigencias a las que debía responder la acometida o de la instalación eléctrica en general. Tan sólo quedan reflejadas algunas decisiones sobre el emplazamiento final de la caseta en la parcela o acerca de la necesidad o conveniencia de pintar o no algunas partes de dicha caseta. Nada más. Y que en ese acto se convino que la ejecución de esas medidas (que implicaban ciertos cambios o que se convenían de mutuo acuerdo porque no había nada previsto en el proyecto) se consideraría incluida en la unidad correspondientes del contrato, que se había fijado a tanto alzado.

Pero, se debe insistir, no hay constancia de que en algún momento se hubiese advertido de que la línea no estaba *normalizada* o que pudiese no estarlo o se abordasen cuestiones referentes a la acometida de suministro eléctrico necesaria para la puesta en marcha de la instalación.

En consecuencia, y advertido el error en el *Presupuesto* que se integra en el proyecto de obras (pues no se habría cuantificado adecuadamente el coste de la canalización necesariamente ni la posible necesidad de tener que instalar un centro de transformación), conviene analizar si, pese a ello, resultaba posible modificar el contrato celebrado para hacer frente al riesgo de que la línea no estuviese *normalizada* y para hacer una canalización subterránea que, al parecer, no estaba correctamente presupuestado. Y hay que advertir que no por los siguientes motivos.

En primer lugar, ya se ha apuntado que era posible modificar el contrato durante su vigencia porque así estaba previsto en el Anexo I del PCAP, pero sólo para los casos de reducción del volumen de obligaciones o de ampliación del plazo de ejecución del contrato. Siempre, se añadía, que el porcentaje máximo de minoración del contrato no superase el 5% del precio de adjudicación. En este supuesto, se trataría, por tanto, de modificarlo (al alza) para incrementar el volumen de las obligaciones, derivadas -hay que enfatizar- de la necesidad de conectar con una línea no normalizada, lo que no estaba contemplado en el PCAP ni, en consecuencia, podía llevarse a cabo al amparo de la potestad de modificación contractual que se permite en el artículo 203 LCSP y en los términos y condiciones que se prevén en el artículo 204 LCSP.

Pero es que tampoco resultaría posible modificarlo de manera excepcional, circunstancia no prevista en el PCAP, para añadir obras por circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que se realizó la licitación del contrato. Y ello, porque -como impide el artículo 205.2,b),3º LCSP- la modificación necesaria (190.245,05 €) excedería del 50% del precio inicial del contrato, IVA excluido, que fue de 140.655,06. De hecho, la modificación al alza sería del 135,25%, lo que está prohibido por el ordenamiento jurídico.

En todo caso, y aunque no se superase ese límite máximo de la cuantía del contrato -que lo sobrepasa, como se ha expuesto- tampoco se podría modificar el contrato ya que en el artículo 205.2,b),1º LCSP se exige "Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever". Y está claro que el hecho de que la línea a la que se debía conectar para obtener el suministro eléctrico no estuviese *normalizada* o pudiese no estarlo es algo que se debió haber previsto y tenido en cuenta.

Como ya expuso este Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 46/2017, "se requiere que los errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas obedezcan a causas que no resultaban previsibles antes de su elaboración, aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional.

En este sentido, ya decía el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 45176/1983 que "Toda variación debe, además ser excepcional, porque los proyectos iniciales, salvo casos muy especiales, deben ya contener todos los cálculos y precisiones necesarios para que la obra pueda ejecutarse tal y como en aquellos figure proyectada". En el núm. 45238/1983 ponía de manifiesto asimismo que "De ahí que el ius variandi se configure con carácter restringido y para supuestos precisos que deben ser justificados con algo más que afirmar que las variaciones obedecen a causas imprevistas a la hora de redactar el proyecto". Y en el núm. 50688/1987 destacaba que "El carácter limitativo del ius variandi tiene como finalidad evitar la vulneración del principio de concurrencia así como la posible ocultación de defectos de previsión o errores en los proyectos originarios". En términos muy similares se pronuncian los Dictámenes núms. 1401/1992 y 79/1993 -al que ya se hizo alusión-, entre otros muchos.

De igual modo, este Consejo Jurídico consultivo ha venido advirtiendo de manera reiterada (por ejemplo, en los Dictámenes núms. 85/2001, 175/2005 y 70/2007) que la legislación sobre contratación pública sólo ampara como causas de modificación aquellas que resultan imprevisibles para el proyecto inicial, que no se pueden confundir, por tanto, con defectos, con meras imprecisiones o con simples errores del proyecto.

Lo que se acaba de exponer determina, en consecuencia, que sólo si el error no es imputable al propio funcionamiento de la Administración, es decir, si el proyecto se elaboró de manera diligente y atendía a todas las circunstancias que pudieran entreverse en ese momento inicial, resultaría admisible la modificación del contrato".

Así pues, como concurren circunstancias (el riesgo de tener que conectar con una línea no normalizada) que se hubieran podido prever en el momento en el que se redactó el proyecto de obras, tampoco se hubiese podido

modificar.

Se debe recordar que la Administración sostiene que la contratista debe ejecutar el contrato en los términos que se pactó en aplicación del principio de riesgo y ventura que preside la contratación administrativa y este contrato en particular. Pese a ello, hay destacar que ese principio sólo alcanza a los riesgos del contratista en situaciones en que la otra parte cumpla las cláusulas del contrato, no siendo aplicable cuando la alteración de la onerosidad contractual sea debida a una conducta culposa de la Administración, que de alguna manera contraviene el tenor de lo pactado. Así lo señaló ya el Consejo de Estado en su lejano Dictamen núm. 42001, de 19 de abril de 1979.

Otra cuestión distinta, pero que se hubiera podido plantear en este caso, es si se hubieran podido imponer a la contratista las modificaciones del contrato que fuesen necesarias para corregir errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto, como se permite en el artículo 241.2 LCSP en el supuesto de obras a tanto alzado con precio cerrado. En estos casos, como es sabido, el precio ofertado por el adjudicatario (y admitido por la Administración) permanece siempre invariable con independencia de las vicisitudes por las que atraviese. La Administración regional ha sostenido en varias ocasiones que este es el caso y que el sistema de retribución regulado en el contrato se ha configurado como de precio cerrado.

Sin embargo, esto no es así porque en ningún caso se ha previsto así en el PCAP [art. 241.3,a) LCSP], que es la primera de las exigencias que impone la LCSP, ni tampoco en el proyecto de obras. Por tanto, no cabe entender que se trate de un contrato de obras con precio cerrado y, en consecuencia, con retribución a tanto alzado.

En este caso, hay que considerar que se trata de un contrato de obras con retribución a tanto alzado porque no se han establecido precios unitarios para partidas que suman más del 80% del importe del presupuesto, que es el caso al que se refiere el artículo 120 RGLCAP, pero no de un contrato con precio cerrado.

Por tanto, no cabe duda de que, para que la instalación radioeléctrica reciba suministro eléctrico y llegue a funcionar, se requiere que el contrato se ejecute de manera distinta a la pactada. Como previene el artículo 203.2 LCSP, deberá procederse para ello a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esa Ley.

De lo expuesto, se deduce que no cabe otra opción que declarar resuelto el contrato porque resulta imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, que es la causa que se contempla en el artículo 211.1,g) LCSP, dado que no es posible modificar el contrato citado.

Ello supone que se deba liquidar el contrato sobre la base de las unidades de obra que se hayan ejecutado realmente y abonar el importe correspondiente.

En este sentido, procede abonar a la contratista la instalación singular de un equipo de fuerza del *CG Baja Tensión* (cuadro de alumbrado y fuerza motriz), que formaba parte de la unidad correspondiente a la obra civil y estructuras, partida relativa al suministro eléctrico.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 213.6 LCSP, procede iniciar el procedimiento para la licitación de un nuevo contrato que debe tramitarse de urgencia.

Según impone el citado precepto, hasta que se formalice el nuevo contrato, la contratista está obligada a adoptar las medidas que resulten necesarias para evitar el deterioro o la ruina de lo construido.

IV. La resolución del contrato por la causa prevista en el mencionado artículo concede a la contratista el derecho a percibir una indemnización del 3 por 100 del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea le sea imputable. Así lo impone el artículo 213.4 LCSP.

Sin embargo, no cabe duda de que la contratista ha actuado en este caso con culpa, cuanto menos leve, pues se le debe atribuir el conocimiento y la pericia necesarios para ser capaz de advertir si el presupuesto correspondiente a la instalación eléctrica resultaba o no suficiente para acometer las obras de esa naturaleza que estaban previstas.

Aunque no estaba claramente expuesto, se podía deducir que el tendido de la línea necesaria para alcanzar el

punto de conexión debía estar soterrado, pues se hablaba de la necesidad de realizar una *canalización*. Asimismo, tuvo que prever la circunstancia de que una línea de media tensión existente en un parque natural propiedad de una Administración Pública pudiese no estar *normalizada* para el uso que se pretendía y que ello obligase a incurrir en nuevos gastos.

Por tanto, no procede abonar a la contratista la indemnización a la que se refiere el artículo 213.4 LCSP, ya mencionado.

V. Por último, interesa recordar que, para la elaboración del presente contrato de obra, la Administración celebró un contrato de servicios con un ingeniero técnico de Obras Públicas para que elaborase un proyecto en el que, sin embargo, se han advertido errores e importantes desviaciones respecto de lo previsto en el presupuesto de ejecución de la obra, que han motivado que se deba resolver.

Así pues, procede que se minore el precio del contrato de elaboración del proyecto, en concepto de indemnización, en función del porcentaje de desviación, hasta un máximo equivalente a la mitad de aquél, como se impone en el artículo 315.1 LCSP. Y deberá, asimismo, responder de los daños y perjuicios que durante la ejecución o explotación de las obras se causen tanto al órgano de contratación como a terceros, según se establece en el artículo apartado 2 de dicho artículo 315 LCSP. Todo ello, previa tramitación de un expediente con audiencia del interesado.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución del contrato por la causa imputable a la contratista establecida en el artículo 211.1,f) LCSP, esto es, por haber incumplido la obligación esencial del contrato.

SEGUNDA.- No obstante, se considera que procede acordar la resolución por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, que es el motivo que se previene en el artículo 211.1,g) LCSP, puesto que tampoco resulta posible modificarlo.

Por tanto, se debe liquidar el contrato sobre la base de las unidades de obra que se hayan ejecutado realmente, y de los elementos singulares que se hayan instalado, y abonar el importe correspondiente.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 213.6 LCSP, procede iniciar el procedimiento para la licitación de un nuevo contrato que debe tramitarse de urgencia.

TERCERA.- Al amparo de lo previsto en dicho artículo, la contratista está obligada a adoptar las medidas que resulten necesarias para evitar el deterioro o la ruina de lo construido hasta que se formalice el nuevo contrato.

CUARTA.- Que no procede reconocer a la contratista el derecho a percibir la indemnización a la que se refiere el artículo 213.4 LCSP, dado que actuó con culpa leve en este caso.

QUINTA.- Que procede exigir al autor del proyecto, como consecuencia de las desviaciones que se advierten respecto del presupuesto de ejecución de la obra prevista, las indemnizaciones que se establecen en el artículo 315 LCSP.

No obstante, V.E. resolverá.