



INDICE

DOCUMENTOS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE RELATIVO A LA AUTORIZACIÓN DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO “PASARELA PEATONAL SOBRE LA CARRETERA RM-E11 Y OTRAS OBRAS DE SEGURIDAD DE LA VÍA VERDE DEL CAMPO DE CARTAGENA”
--

01. Elevación a Consejo de Gobierno firmada.
02. Informe-propuesta resolución del Jefe de Área de Infraestructuras ITREM.
03. Propuesta de resolución del Director General del ITREM.
04. Dictamen del Consejo Jurídico



AL CONSEJO DE GOBIERNO

1.- Las obras de ***Pasarela peatonal sobre la carretera RM-E11 y otras obras de seguridad de la Vía Verde del Campo de Cartagena*** se adjudicaron en julio de 2018, tras la correspondiente licitación, a la empresa DIEZ Y COMPAÑÍA, S.A. por importe de 263.090,10 euros más IVA, y tras la *Comprobación del Replanteo*, sin reseña alguna, se iniciaron el 17 de agosto de 2018, con un plazo de ejecución de 4 meses.

2.- Durante las primeras semanas, la ejecución de unidades de obra no acababa de materializarse, por lo que las primeras certificaciones, de agosto y septiembre, se emitieron por importe de cero euros. Por parte del ITREM se convocó una reunión (20/09/18) con la *dirección facultativa* y el *contratista*, en la que éste se reafirmó en la ejecución de las obras y dentro del plazo convenido, adecuando su plan de trabajo.

A fecha 27/11/18 la *dirección técnica* remite al ITREM un informe relativo al ritmo de los trabajos (ejecutado < 5 %) y la previsión de incumplimiento del plazo total, ante lo que se convoca al *contratista* y a la *dirección de obra* a una reunión “como paso previo al inicio de cualquier trámite para una posible rescisión o resolución del contrato”, en la que el contratista se mantiene en la postura del retraso debido a circunstancias climatológicas y sobre todo a lo que considera indefiniciones y carencias del proyecto, mientras que la *dirección facultativa* en definitiva considera que no se precisa modificar el contrato y tampoco se justifica una ampliación de plazo, resultando por tanto el retraso imputable al contratista.

3.- Por parte del ITREM se instó a la posibilidad de un entendimiento entre los actores, dentro del marco técnico y legal, ofreciendo el estudio de una posible prórroga del contrato siempre que la empresa se mostrara realmente dispuesta a ejecutar las obras contratadas, quedando así a la espera de respuesta por parte del contratista

La respuesta del *contratista* fue la de reafirmarse en las indefiniciones del proyecto, y asegurando que “*Díez y cía no ejecutará en ningún caso el proyecto tal y como está definido actualmente*”. Por su parte la *dirección de obra* emitió también su comunicación (10/12/18), reafirmando en lo ya manifestado, y concluyendo con la idea de que “*el contratista dice no encontrarse capacitado para ejecutar las obras de acuerdo al proyecto*” que se licitó (sobre el que realizó una baja de casi el 30 %, y habiendo dado su conformidad a la viabilidad del mismo en la *Comprobación del Replanteo*).

Llegados a este punto, atendiendo las consideraciones de la *dirección facultativa* de las obras, y entendiendo que no había justificación técnica para las propuestas del





contratista (ni serían legalmente viables), se consideró el **incumplimiento del plazo total**, imputable al contratista, optando en este caso (artº 193.3 LCSP), a la vista de las circunstancias, **por el inicio de expediente para la resolución del contrato (17/12/18)**.

4.- Comunicado al contratista el inicio de expediente de Resolución, inmediatamente se personó en el ITREM un representante de DIEZ Y COMPAÑIA S.A. para solicitar directamente continuar la ejecución del contrato comprometiéndose a su realización otorgándole la prórroga necesaria.

Con la idea de agotar las posibilidades sin tener que llegar a la resolución, y por tanto, de dar otra oportunidad a la empresa, se optó (21/12/18) por **revocar la apertura del expediente, y penalizar al contratista** por incumplimiento del plazo total, **otorgándole una prórroga** (hasta marzo-19) para la ejecución del contrato

5.- Los trabajos se fueron desarrollando con lentitud y problemas varios, de forma que posteriormente se otorgaron otras dos prórrogas, continuando con la penalización al contratista, y **acabando definitivamente el plazo de ejecución el pasado 31 de julio**.

Se comprobó a la finalización del plazo, y se ha vuelto a constatar e informar (24/09/19) por la Dirección facultativa de las obras que éstas se encuentran sin concluir, con una parte importante (que puede suponer al menos el 30 % de los trabajos) sin ejecutar.

6.- Por tanto, entendiendo agotadas las posibilidades de continuidad del contrato, y atendiendo a lo antedicho, se propuso a **la Dirección General del ITREM** y ésta, como órgano de contratación en este caso, **acordó** (25/09/2019) el inicio de expediente de resolución del contrato, y su tramitación según lo establecido en los arts. 195 LCSP y 109 RGLCAP.

Atendiendo a los mencionados artículos, la *resolución* por demora deberá adoptarse por el órgano de contratación, *“sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.”*, añadiendo el Reglamento el trámite de audiencia al avalista, si se propone la incautación de la garantía, tal como establece el Pliego en este caso, trámites que se han realizado.





Región de Murcia
Consejería de Turismo,
Juventud y Deportes

En su virtud, habiéndose cumplimentado la tramitación del expediente por el Instituto de Turismo de la Región de Murcia, de acuerdo con el Consejo Jurídico, y a la vista de las competencias y funciones propias de la Consejería en esta materia, y de conformidad con el artículo 22.29 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, la Consejera de Turismo, Juventud y Deportes eleva al Consejo de Gobierno la siguiente Propuesta de

ACUERDO

Autorizar al órgano de contratación a que resuelva el contrato de obras **“PASARELA PEATONAL SOBRE LA CARRETERA RM-E11 Y OTRAS OBRAS DE SEGURIDAD DE LA VÍA VERDE DEL CAMPO DE CARTAGENA”**

Murcia, a fecha de la firma electrónica.

LA CONSEJERA DE TURISMO, JUVENTUD Y DEPORTES

María Cristina Sánchez López

SÁNCHEZ LÓPEZ, MARÍA CRISTINA

27/07/2020 14:23:12

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-fd96292-d003-dc15-b7d6-0050569b6280





Asunto: "PASARELA PEATONAL SOBRE LA CARRETERA RM-E11 Y OTRAS OBRAS DE SEGURIDAD DE LA VÍA VERDE DEL CAMPO DE CARTAGENA".

Expte. RESOLUCIÓN del contrato.

INFORME - PROPUESTA

Las obras de ***Pasarela peatonal sobre la carretera RM-E11 y otras obras de seguridad de la Vía Verde del Campo de Cartagena*** se adjudicaron en julio de 2018, tras la correspondiente licitación, a la empresa DIEZ Y COMPAÑÍA, S.A. por importe de 263.090,10 euros más IVA, y tras la *Comprobación del Replanteo*, sin reseña alguna, se iniciaron el 17 de agosto de 2018, con un plazo de ejecución de 4 meses.

En las primeras semanas, la ejecución de unidades de obra no acababa de materializarse, por lo que las primeras certificaciones, de agosto y septiembre, se emitieron por importe de cero euros. Por parte del ITREM se convocó una reunión (20/09/18) con la *dirección facultativa* y el *contratista*, en la que éste se reafirmó en la ejecución de las obras y dentro del plazo convenido, adecuando su plan de trabajo.

Tras diferentes avatares en la obra, el 27/11/18 la *dirección técnica* remite al ITREM un informe relativo al ritmo de los trabajos (ejecutado < 5 %) y la previsión de incumplimiento del plazo total, ante lo que se convoca al *contratista* y a la *dirección de obra* a una reunión "como paso previo al inicio de cualquier trámite para una posible rescisión o resolución del contrato".

La reunión se produjo el día 03/12/18, y por el *contratista* se mantuvo la postura del retraso debido a circunstancias climatológicas y sobre todo a las que considera indefiniciones y carencias del proyecto; mientras que la *dirección facultativa* se reafirmó en la bondad del proyecto y su viabilidad, con los cálculos realizados, considerando por tanto que no se precisa modificar el contrato y que, dado que se ha ido respondiendo a las cuestiones planteadas, con el nivel y celeridad necesarios, y que otras circunstancias resultan poco relevantes, tampoco se justifica una ampliación de plazo, resultando por tanto el retraso imputable al contratista.

Por parte del ITREM se instó a la posibilidad de un entendimiento entre los actores, dentro del marco técnico y legal, ofreciendo el estudio de una posible prórroga del contrato siempre que la empresa se mostrara realmente dispuesta a ejecutar las obras contratadas, quedando así a la espera de respuesta por parte del *contratista*.

La respuesta del *contratista* se produjo mediante comunicación por e-mail (09/12/18) reafirmandose en las indefiniciones del proyecto, y asegurando que "*Díez y cía no ejecutará en ningún caso el proyecto tal y como está definido actualmente*". Por su parte la *dirección de obra* emitió también su comunicación (10/12/18), reafirmandose en lo ya manifestado, y concluyendo con la idea de que "*el contratista dice no encontrarse capacitado para ejecutar las obras de acuerdo al proyecto*" que se licitó (sobre el que realizó una baja de casi el 30 %, y habiendo dado su conformidad a la viabilidad del mismo en la *Comprobación del Replanteo*).





Llegados a este punto, atendiendo las consideraciones de la *dirección facultativa* de las obras, y entendiendo que no había justificación técnica para las propuestas del contratista (ni serían legalmente viables), se consideró el incumplimiento del plazo total, imputable al contratista, optando en este caso (artº 193.3 LCSP), a la vista de las circunstancias, por el inicio de expediente para la resolución del contrato (17/12/18).

Comunicado al contratista el inicio de expediente de Resolución, inmediatamente se personó en el ITREM su Director General para solicitar directamente continuar (o iniciar más bien) la ejecución del contrato comprometiéndose a su realización otorgándole la prórroga necesaria. Con la idea de agotar las posibilidades sin tener que llegar a la resolución, y por tanto, de dar otra oportunidad a la empresa, **se optó** (21/12/18) **por** revocar la apertura del expediente, y **penalizar al contratista** por incumplimiento del plazo total, **otorgándole una prórroga** (hasta marzo-19) para la ejecución del contrato.

Los trabajos se fueron desarrollando con lentitud y problemas varios, de forma que posteriormente se otorgaron otras dos prórrogas, continuando con la penalización al contratista, y **acabando definitivamente el plazo de ejecución el pasado 31 de julio**.

Se comprobó a la finalización del plazo, y se ha vuelto a constatar e informar (24/09/19) por la Dirección facultativa de las obras que éstas se encuentran sin concluir, con una parte importante (que puede suponer al menos el 30 % de los trabajos) sin ejecutar.

Por tanto, entendiendo agotadas las posibilidades de continuidad del contrato, y atendiendo a lo antedicho, se propuso a **la Dirección General del ITREM** y ésta, como órgano de contratación en este caso, **acordó** (25/09/2019) el inicio de expediente de resolución del contrato, y su tramitación según lo establecido en los arts. 195 LCSP y 109 RGLCAP.

Atendiendo a los mencionados artículos, la *resolución* por demora deberá adoptarse por el órgano de contratación, *“sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.”*, añadiendo el Reglamento el trámite de audiencia al avalista, si se propone la incautación de la garantía, tal como establece el Pliego en este caso.

Por tanto, con fecha 27/09/19 se comunicó al contratista el inicio del expediente de resolución del contrato y del plazo de 10 días naturales para formular sus posibles alegaciones, e igualmente, con fecha 4/10/19, se procedió con el avalista (Avalmadrid S.G.R.).

Dentro del plazo correspondiente, Díez y Compañía S.A. ha presentado alegaciones oponiéndose a la resolución en base a:

I).- Que las obras están ya recibidas por haber sido ocupadas y puestas en servicio, aunque no justifica ni acredita tal puesta en uso.





A respecto hay que decir que en ningún momento ni de ninguna forma ha habido ocupación ni se han puesto en servicio las obras realizadas. Lo que sí ha ocurrido es que han finalizado los plazos otorgados al contratista para ejecutar las obras sin que éstas se hayan finalizado, con una parte importante (de al menos el 30 %) sin realizar, según comprobaciones in situ y atendiendo al informe de la Dirección facultativa de las obras.

II).- Que, si no se considera lo anterior, el retraso es debido a causas ajenas al contratista, aduciendo sobre todo deficiencias e indefiniciones de proyecto y falta de diligencia de la Dirección de obra para su resolución.

Al respecto procede indicar que no es así en absoluto (como se explica con detalle en el informe de la Dirección facultativa), y que el contratista ya esgrimió este argumento cuando pasó el plazo inicial de las obras sin haber ejecutado casi nada, y ya se determinó el retraso culpable del contratista. De hecho, a día de hoy, la principal parte de la obra señalada por éste como mal diseñada, la pasarela metálica, se encuentra ejecutada según proyecto, con alguna mínima variación en uno de los anclajes, poco relevante.

Y III).- Que, en el caso de no considerarse las alegaciones anteriores, la resolución debería ser por una causa anterior, la necesidad de modificar el contrato por importe superior al 20 % del precio inicial.

Al respecto cabe señalar que en ningún momento se ha detectado o considerado la necesidad de modificar el contrato, por parte de la Dirección de obra ni por la entidad contratante, tal como se menciona en el apartado anterior y como se deduce del **informe pormenorizado emitido por la Dirección facultativa de las obras**.

Por su parte, el avalista no ha presentado alegación alguna.

Por tanto, atendiendo a todo lo anterior, y en base a los arts. 195, 196, 211 y ss., y 246 de la Ley de Contratos del Sector Público, se entiende que procede continuar con el procedimiento para la resolución del contrato de forma que, al haberse formulado oposición por parte del contratista, hay que solicitar el dictamen preceptivo del Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre la siguiente propuesta de Resolución:

PRIMERO: Desestimar las alegaciones formuladas por el contratista, Díez y Compañía S.A., oponiéndose a la resolución del contrato de las obras de "*Pasarela peatonal sobre la carretera RM-E11 y otras obras de seguridad de la Vía Verde del Campo de Cartagena*" por demora en su ejecución.

SEGUNDO: Resolver el contrato de obras de "*Pasarela peatonal sobre la carretera RM-E11 y otras obras de seguridad de la Vía Verde del Campo de Cartagena*", cuyo contratista es la empresa DIEZ Y COMPAÑÍA S.A., en base a incumplimiento del plazo total imputable al mismo.





TERCERO: **Incautar la fianza** prestada por el contratista como garantía definitiva, sin perjuicio de su obligación de indemnizar al Instituto de Turismo de la Región de Murcia por los superiores perjuicios que la resolución del contrato le pudiera causar.

CUARTO: Proceder a la comprobación, medición y **liquidación de las obras** ejecutadas, según el art. 246.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

QUINTO: **Continuar**, con carácter de urgencia, por motivos de seguridad y para evitar el deterioro de lo construido, **las obras** pendientes de ejecución según el proyecto de "Pasarela peatonal y otras obras de seguridad de la Vía Verde del Campo de Cartagena".

La solicitud del dictamen preceptivo, conforme a lo dispuesto en el art. 12.7 de la Ley 2/97, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, se debe formular por la Consejería de Turismo, Juventud y Deportes, a la que está adscrito el Instituto de Turismo, atendiendo a los arts. 43 y 46 del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, y debe ser comunicada al contratista.

Murcia, a fecha de la firma electrónica
El Jefe de Área de Infraestructuras del ITREM
Juan Pedro Marín Fernández

06/11/2019 14:32:47

MARIN FERNANDEZ, JUAN PEDRO

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y los sellos de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-fd5edc32-0099-2ebd-06b3-005056934e7





Región de Murcia
Consejería de Turismo,
Juventud y Deportes

Instituto de Turismo de la Región de Murcia

PROPUESTA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO “PASARELA PEATONAL SOBRE LA CARRETERA RM-E11 Y OTRAS OBRAS DE SEGURIDAD DE LA VÍA VERDE DEL CAMPO DE CARTAGENA”

1.- Las obras de ***Pasarela peatonal sobre la carretera RM-E11 y otras obras de seguridad de la Vía Verde del Campo de Cartagena*** se adjudicaron en julio de 2018, tras la correspondiente licitación, a la empresa DIEZ Y COMPAÑÍA, S.A. por importe de 263.090,10 euros más IVA, y tras la *Comprobación del Replanteo*, sin reseña alguna, se iniciaron el 17 de agosto de 2018, con un plazo de ejecución de 4 meses.

2.- Durante las primeras semanas, la ejecución de unidades de obra no acababa de materializarse, por lo que las primeras certificaciones, de agosto y septiembre, se emitieron por importe de cero euros. Por parte del ITREM se convocó una reunión (20/09/18) con la *dirección facultativa* y el *contratista*, en la que éste se reafirmó en la ejecución de las obras y dentro del plazo convenido, adecuando su plan de trabajo.

A fecha 27/11/18 la *dirección técnica* remite al ITREM un informe relativo al ritmo de los trabajos (ejecutado < 5 %) y la previsión de incumplimiento del plazo total, ante lo que se convoca al *contratista* y a la *dirección de obra* a una reunión “como paso previo al inicio de cualquier trámite para una posible rescisión o resolución del contrato”, en la que el contratista se mantiene en la postura del retraso debido a circunstancias climatológicas y sobre todo a lo que considera indefiniciones y carencias del proyecto, mientras que la *dirección facultativa* en definitiva considera que no se precisa modificar el contrato y tampoco se justifica una ampliación de plazo, resultando por tanto el retraso imputable al contratista.

3.- Por parte del ITREM se instó a la posibilidad de un entendimiento entre los actores, dentro del marco técnico y legal, ofreciendo el estudio de una posible prórroga del contrato siempre que la empresa se mostrara realmente dispuesta a ejecutar las obras contratadas, quedando así a la espera de respuesta por parte del contratista

03/02/2020 10:16:39

MARTINEZ CARRASCO, JUAN FRANCISCO

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico administrativo archivado por la Comunidad Autónoma de Murcia, según artículo 27.3.c) de la Ley 39/2015. Los firmantes y las fechas de firma se muestran en los recuadros. Su autenticidad puede ser contrastada accediendo a la siguiente dirección: <https://sede.carm.es/verificardocumentos> e introduciendo el código seguro de verificación (CSV) CARM-e4716808-4665-6165-b715-005059b6280





Región de Murcia
Consejería de Turismo,
Juventud y Deportes

Instituto de Turismo de la Región de Murcia

La respuesta del *contratista* fue la de reafirmarse en las indefiniciones del proyecto, y asegurando que *“Díez y cía no ejecutará en ningún caso el proyecto tal y como está definido actualmente”*. Por su parte la *dirección de obra* emitió también su comunicación (10/12/18), reafirmando en lo ya manifestado, y concluyendo con la idea de que *“el contratista dice no encontrarse capacitado para ejecutar las obras de acuerdo al proyecto”* que se licitó (sobre el que realizó una baja de casi el 30 %, y habiendo dado su conformidad a la viabilidad del mismo en la Comprobación del Replanteo).

Llegados a este punto, atendiendo las consideraciones de la *dirección facultativa* de las obras, y entendiendo que no había justificación técnica para las propuestas del contratista (ni serían legalmente viables), se consideró el **incumplimiento del plazo total**, imputable al contratista, optando en este caso (artº 193.3 LCSP), a la vista de las circunstancias, **por el inicio de expediente para la resolución del contrato** (17/12/18).

4.- Comunicado al contratista el inicio de expediente de Resolución, inmediatamente se personó en el ITREM un representante de DIEZ Y COMPAÑIA S.A. para solicitar directamente continuar la ejecución del contrato comprometiéndose a su realización otorgándole la prórroga necesaria.

Con la idea de agotar las posibilidades sin tener que llegar a la resolución, y por tanto, de dar otra oportunidad a la empresa, se optó (21/12/18) por **revocar la apertura del expediente, y penalizar al contratista** por incumplimiento del plazo total, **otorgándole una prórroga** (hasta marzo-19) para la ejecución del contrato

5.- Los trabajos se fueron desarrollando con lentitud y problemas varios, de forma que posteriormente se otorgaron otras dos prórrogas, continuando con la penalización al contratista, y **acabando definitivamente el plazo de ejecución el pasado 31 de julio**.

Se comprobó a la finalización del plazo, y se ha vuelto a constatar e informar (24/09/19) por la Dirección facultativa de las obras que éstas se encuentran sin concluir, con una parte importante (que puede suponer al menos el 30 % de los trabajos) sin ejecutar.

6.- Por tanto, entendiendo agotadas las posibilidades de continuidad del contrato, y atendiendo a lo antedicho, se propuso a **la Dirección General del ITREM** y ésta, como órgano de contratación en este caso, **acordó** (25/09/2019)





Región de Murcia
Consejería de Turismo,
Juventud y Deportes

Instituto de Turismo de la Región de Murcia

el inicio de expediente de resolución del contrato, y su tramitación según lo establecido en los arts. 195 LCSP y 109 RGLCAP.

Atendiendo a los mencionados artículos, la *resolución* por demora deberá adoptarse por el órgano de contratación, *“sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.”*, añadiendo el Reglamento el trámite de audiencia al avalista, si se propone la incautación de la garantía, tal como establece el Pliego en este caso, trámites que se han realizado, quedando pendiente la elevación para el correspondiente dictamen del Consejo Jurídico.

Por todo ello, en virtud de los artículos 195, 196, 211, y ss y 246 de la Ley de Contratos del Sector Público, y a efectos de continuar con el procedimiento de resolución del contrato, previo dictamen del Consejo Jurídico, y de conformidad con el artículo 22.29 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia,

PROPONGO

Elevar a Consejo de Gobierno la Resolución del contrato “PASARELA PEATONAL SOBRE LA CARRETERA RM-E11 Y OTRAS OBRAS DE SEGURIDAD DE LA VÍA VERDE DEL CAMPO DE CARTAGENA”

Murcia, en la fecha indicada en la firma electrónica

EL DIRECTOR GENERAL DEL
INSTITUTO DE TURISMO DE LA REGIÓN DE MURCIA
Juan Francisco Martínez Carrasco

A LA CONSEJERA DE TURISMO, JUVENTUD Y DEPORTES





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Señores Consejeros:

Gómez Fayrén, Presidente en funciones.

Martínez Ripoll.

Gálvez Muñoz, en funciones.

Letrado-Secretario General:
Contreras Ortiz.

Dictamen nº 122/2020

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 18 de mayo de 2020, 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 Turismo, Juventud y Deportes (por delegación de la Excma. Sra. Consejera),

mediante oficio registrado el día 18 de febrero de 2020 (COMINTER 46369/2020), sobre resolución del contrato Pasarela peatonal sobre la carretera RM-E11 y otras obras de seguridad de la vía verde del campo de Cartagena (expte. 38/20), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 25 de septiembre de 2019, a propuesta del Jefe de Área de Infraestructura, el Director del Instituto de Turismo de la Región de Murcia (ITREM, en adelante), acordó el inicio del procedimiento de resolución del contrato de las obras de “Pasarela peatonal sobre la carretera RM-E11 y otras obras de seguridad de la Vía Verde del Campo de Cartagena”, celebrado con la empresa “Diez y Compañía, S.A.” (la empresa, en lo sucesivo), en base al incumplimiento del plazo total imputable a la misma. Se ordenaba igualmente la tramitación del expediente de resolución según el procedimiento legalmente establecido en los artículos 195 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y 109 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.

SEGUNDO.- La resolución fue notificada a la empresa el día 27 de septiembre de 2019, dando un plazo de 10 días para la presentación de alegaciones. Igualmente se notificó el día 10 de octubre de 2019 a la entidad avalista “Avalmadrid, S.G.R.”.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

TERCERO.- Dentro del plazo concedido al efecto compareció la empresa presentando el día 8 de octubre de 2019, su escrito de alegaciones del día anterior. En las mismas se oponía a la resolución del contrato en base a tres argumentos. El primero era que no podía decretarse la resolución del contrato puesto que la obra, sin haber sido recibida formalmente, ya había sido entregada al uso público. Para el caso de que tal argumento no se aceptara, con carácter subsidiario se argüía, en primer lugar, que el retraso en la ejecución del contrato se debía a causas no imputables a la empresa, de las que citaba la necesidad de realizar actuaciones no previstas en el proyecto, ejecución de más unidades de obra de las proyectadas e indefiniciones del proyecto. Por último, en el supuesto de que se optara por la resolución definitivamente, habría que tener presente que la primera causa surgida era imputable a la Administración a la vista de la imposibilidad de ejecutar la obra tal y como la había proyectado, con errores que lo impedían y demandaban su corrección mediante una modificación superior al 20% del precio inicial del contrato. A las alegaciones acompañaba documentación que en una parte importante venía a reproducir la ya enviada a lo largo de la ejecución de contrato.

CUARTO.- Remitidas las alegaciones a IMACAPI, S.L., entidad que ejercía la dirección de obra, fueron objeto de análisis por D. Manuel Lucas Salmerón, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, actuando en su representación. Su informe, de 29 de octubre de 2019, da contestación a los tres argumentos esgrimidos por la empresa. Con apoyo en documentación técnica y acreditativa de las relaciones mantenidas entre la empresa, el director de obra, la Coordinadora de Seguridad y Salud y de la propia Administración, en un total de 20 apartados hace un relato cronológico de lo sucedido deteniéndose en los aspectos especialmente invocados por la empresa. Por último, formula 12 conclusiones que resume en el último párrafo en los siguientes términos: *“Por tanto, queda plenamente demostrado que los argumentos del contratista no se ajustan a la realidad y que, una vez más, el contratista es el único y exclusivo responsable de los retrasos sufridos en la ejecución de la obra”*.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

QUINTO.- El 6 de noviembre de 2019, el Jefe de Área de Infraestructuras ITREM elevó propuesta de resolución a su Director para que se desestimaran las alegaciones de la empresa y se acordara la resolución del contrato por causa imputable al contratista con incautación de la fianza, y se dispusiera la comprobación, medición y liquidación de las obras ejecutadas así como la continuación de las obras pendientes de ejecución, por motivos de seguridad y para evitar el deterioro de lo construido.

SEXTO.- Remitido el expediente a la Consejería para su tramitación fue devuelto al ITREM por comunicación interior de 13 de diciembre de 2019 para que se completara con la inclusión de un índice, la propuesta del Director del ITREM y el borrador de acuerdo a elevar al Consejo de Gobierno.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución fue firmada por el Director ITREM el 3 de febrero de 2020, con los mismos pronunciamientos solicitados por el Jefe de Área de Infraestructuras. A dicha propuesta se unió el borrador de acuerdo a elevar al Consejo de Gobierno cuyo tenor literal es “Resolución del contrato **«PASARELA PEATONAL SOBRE LA CARRETERA RM-E11 Y OTRAS OBRAS DE SEGURIDAD DE LA VÍA VERDE DEL CAMPO DE CARTAGENA»**”.

OCTAVO.- Tras la emisión el 6 de febrero de 2020 de la diligencia para acreditar la integridad de la documentación que integraba el expediente, fue remitido, en la fecha y por el órgano que consta en el encabezamiento del presente, para la emisión de Dictamen preceptivo de este Órgano Consultivo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo dado que versa sobre un procedimiento de resolución de un contrato administrativo en el que se ha formulado la oposición del contratista, como se establece en los artículos 191.3,a) 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), 109.1,d) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGC) y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

El presente procedimiento, incoado por acuerdo de 25 de septiembre de 2019, es el segundo iniciado para decidir sobre la resolución del contrato. Antes se inició otro, por acuerdo de 17 de diciembre de 2018, pero la Administración desistió del mismo y optó por la imposición de penalidades según consta en la resolución del Director ITREM del siguiente día 21, hecho que pone de manifiesto los problemas y retrasos habidos en la ejecución del contrato, a los que se hará referencia en la siguiente Consideración.

Examinado el expediente remitido se puede afirmar que, en lo esencial, se han respetado las normas reguladoras, dando audiencia a la entidad avalista que no ha comparecido. Sin embargo, ha de advertirse de la necesidad de corregir el texto de la propuesta a elevar al Consejo de Gobierno. No corresponde a dicho órgano acordar la resolución sino, si así lo estima, autorizar al órgano de contratación a que resuelva el contrato. El artículo 22.29 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, atribuye al Consejo de Gobierno "Autorizar la celebración de contratos cuando su





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

cuantía exceda de la que la vigente Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma fije como atribución de los consejeros u otros órganos de contratación, o cuando dicha cuantía sea indeterminada. Asimismo, deberá autorizar las modificaciones de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior, cuando dicha modificación sea causa de resolución, así como la resolución misma, en su caso”. Si esa es su competencia eso es lo que debe pedirse y, en consecuencia, en tal sentido debe modificarse el texto de la propuesta a elevar.

Desde un punto de vista formal se constata que no se ha remitido la copia del expediente a este Órgano consultivo acompañada del correspondiente extracto de secretaría, que tampoco ha sido debidamente foliada, como exige el artículo 46.2, apartados b) y 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, y que no se diligencia como es debido la veracidad del expediente en los términos del artículo 70 LPACAP, deficiencias que entorpecen la labor de análisis y estudio y que se deben evitar en sucesivas ocasiones.

TERCERA.- Sobre el fondo de la cuestión.

1. Desarrollo de la vida del contrato.

Las obras sobre la que se dictamina han corrido una suerte paralela a las obras del “Itinerario de conexión de las vías verdes del Noroeste y del Campo de Cartagena” adjudicadas por el organismo el 6 de noviembre de 2018, tras la correspondiente licitación, a la misma empresa, “Diez y Compañía, S.A.”, por importe de 137.830,71 euros más IVA y que, tras la comprobación del replanteo sin reservas, se iniciaron el 28 de noviembre de 2018, con un plazo de ejecución de 3 meses, posteriormente prorrogados tres veces hasta el 31 de julio de 2019, y cuya resolución por incumplimiento del plazo total fue propuesta por el Jefe de Área de Infraestructuras ITREM el día 6 de noviembre de 2019 (folio número 968 a 970) A este contrato nos referiremos en adelante como el “Contrato numero 2”.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Pues bien, centrándonos en el que ahora nos ocupa, la base fáctica sobre la que se plantea la controversia de si procede o no la resolución del contrato y, en el primer caso, qué causa debe ser la invocada para acordarla, derivada de la lectura de la documentación remitida, se puede sintetizar de la siguiente manera.

Las obras se adjudicaron en julio de 2018 a la empresa por importe de 263.090,10 euros más IVA, y tras la comprobación del replanteo el 16 de agosto siguiente sin que se hiciera observación alguna por su parte, debieron comenzar al día siguiente, por lo que si el plazo de ejecución era de 4 meses, estarían terminadas el 17 de diciembre de 2018.

En las primeras semanas, la ejecución de unidades de obra no acababa de materializarse, por lo que las primeras certificaciones, de agosto y septiembre, se emitieron por importe de cero euros. Por parte del ITREM se convocó una reunión el 20 de septiembre de 2018 con la dirección facultativa y el contratista, en la que éste se reafirmó en la ejecución de las obras y dentro del plazo convenido, adecuando su plan de trabajo.

A primeros de octubre, con la referencia de la mencionada planificación, la dirección de obra instó a la empresa al comienzo efectivo de las obras, haciéndole determinadas indicaciones sobre el control de calidad, la seguridad y salud, los materiales a emplear, y con la pasarela a fabricar. La empresa respondió enviando el plan de control, indicando algunas acciones realizadas y a realizar, y apuntando que en cuanto a la estructura metálica de la pasarela, se iban a seguir las indicaciones que el proyecto contemplaba, para posteriormente completar la respuesta con otra comunicación en la se señalaban diversas cuestiones sobre el micropilotaje, la estructura metálica, y los muros de mampostería, cuestiones a las que, sólo a las procedentes, la dirección técnica dio inmediata y cumplida respuesta.

No obstante, continuando con el escaso ritmo de los trabajos, la dirección de obra, el día 8 de noviembre de 2018 paralizó la ejecución del micropilotaje considerando que no se estaba realizando correctamente y pidiendo al contratista el envío por escrito del procedimiento de ejecución





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

de los micropilotes. Tras dicho envío, y algunas explicaciones del contratista, la dirección técnica se reafirmó, incidiendo en explicaciones varias y en que las graves deficiencias observadas en su ejecución imposibilitaban su continuación mientras no se solventaran.

El 15 de noviembre de 2018 la dirección de obra comunicó a la empresa que, atendiendo su petición, se habían extraído varios testigos de la estructura de fábrica existente, y realizado diversos cálculos, para la comprobación tensional de la estructura de hormigón que servía de estribo de la pasarela peatonal, que habían confirmado los cálculos del proyecto,

Tras estos avatares, el 27 de noviembre de 2018 la dirección de la obra remitió al ITREM un informe relativo al ritmo de los trabajos – inferior al 5% en aquel momento – avisando del previsible incumplimiento del plazo total. Ello motivó la celebración de una nueva reunión entre la empresa y la dirección de obra, “como paso previo al inicio de cualquier trámite para una posible rescisión o resolución del contrato” (folio número 752).

La reunión se produjo el día 3 de diciembre siguiente manteniendo en ella la empresa su postura de que el retraso era debido a las condiciones climatológicas y sobre todo a las que consideraba indefiniciones y carencias del proyecto; mientras que la dirección facultativa se reafirmó en la bondad y viabilidad del proyecto, con los cálculos realizados, considerando por tanto que no se precisaba modificar el contrato y, dado que se había ido respondiendo a las cuestiones planteadas con el nivel y celeridad necesarios, y que las otras observaciones eran poco relevantes, tampoco se justificaba una ampliación de plazo, siendo por tanto el retraso imputable al contratista.

No obstante, por parte del ITREM se instó a la posibilidad de un entendimiento entre los actores, dentro del marco técnico y legal, ofreciendo el estudio de una posible prórroga del contrato siempre que la empresa se mostrara realmente dispuesta a ejecutar las obras contratadas, quedando así a la espera de su respuesta.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Ésta se produjo mediante comunicación por correo electrónico de 9 de diciembre de 2018, reafirmandose en las indefiniciones del proyecto, y asegurando que *“Díez y cía no ejecutará en ningún caso el proyecto tal y como está definido actualmente”*. Por su parte la dirección de obra emitió una comunicación el día siguiente, confirmando lo ya manifestado y concluyendo con la idea de que *“el contratista dice no encontrarse capacitado para ejecutar las obras de acuerdo al proyecto”* que se licitó (sobre el que realizó una baja de casi el 30 %, y habiendo dado su conformidad a la viabilidad del mismo en el acto de comprobación del replanteo). Así consta en el informe-propuesta de inicio de expediente de resolución del contrato evacuado por el Jefe de Área de Infraestructuras ITREM de 17 de diciembre de 2018, que terminaba proponiendo tal resolución por incumplimiento del plazo total por causa imputable a la empresa.

Aunque dicha propuesta fue aceptada por la Dirección ITREM, ordenando el inicio del procedimiento, posteriormente, tras los nuevos contactos mantenidos entre la dirección de obra y la empresa, por resolución de 21 de diciembre de 2018, desistió de tal propósito, y al amparo del artículo 193.3 LCSP, optó por la imposición de penalidades y la concesión de una prórroga de tres meses para la terminación de las obras.

Tras esa primera prórroga los trabajos se fueron desarrollando con lentitud y problemas varios, de forma que posteriormente se otorgaron otras dos prórrogas, continuando con la penalización a la empresa y acabando definitivamente el plazo de ejecución el 31 de julio de 2019.

Finalizado el plazo total, se constató que las obras estaban sin finalizar, restando por ejecutar una parte importante (que puede suponer al menos el 30 % de los trabajos según el informe de la dirección de obra de 24 de septiembre de 2019. Por todo ello, según el informe-propuesta de inicio del procedimiento para resolver el contrato, de 25 de noviembre de 2019, *“[...] entendiendo agotadas las posibilidades de continuidad del contrato, y atendiendo a lo antedicho, se propuso a la Dirección General del ITREM y ésta, como órgano de contratación en este caso, acordó*





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

(25/09/2019) el inicio de expediente de resolución del contrato, y su tramitación según lo establecido en los arts. 195 LCSP y 109 RGLCAP.”

2. Sobre la entrega al uso público de la obra.

La primera de las alegaciones hechas por la empresa en su escrito de 7 de octubre de 2019 (folio número 777 a 850) es la de la *“Absoluta improcedencia de pretender resolver el contrato de referencia cuando las obras objeto del mismo han sido ocupadas y puestas en servicio por el Instituto de Turismo de la Región de Murcia y en consecuencia se han producido los efectos inherentes a su recepción”*. En apoyo de su argumento cita el artículo 243.6 LCSP según el cual *“Siempre que por razones excepcionales de interés público debidamente motivadas en el expediente el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aun sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurren dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras y en los términos en que reglamentariamente se establezcan”*. Este precepto, según la empresa, viene a recoger la doctrina que venían manteniendo distintos órganos consultivos, de los que cita a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid (Informe 3/2010 JCCAM) o al Consejo Consultivo de Galicia (Dictamen nº 104/2013 CCG)

Del primero de ellos, cuyo texto es reproducido por la empresa en sus alegaciones, conviene destacar los siguientes párrafos: *“La recepción parcial tiene respecto de la parte de obra ejecutada que puede ser entregada al uso público todos los efectos liberatorios para el contratista, empieza a computar el plazo de garantía (artículo 108 del RGLCAP) y puede dar lugar a la devolución o cancelación proporcional de la garantía definitiva si se ha autorizado expresamente en los pliegos (artículos 47.2 de la LCAP y 90.3 de la LCSP).*

La misma interpretación cabe aplicar al supuesto recogido en el artículo 218.6 de la LCSP (artículo 147.6 de la LCAP), para cuando por razones excepcionales de interés público el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

uso público, desarrollado reglamentariamente en el artículo 168 del RGLCAP”.

La lectura de este texto ilustra sobre que son dos los supuestos de hecho a los que se refiere. Uno, aquel en que se haya producido un acto de recepción parcial. El otro, el caso de que el órgano de contratación, por razones excepcionales de interés público, haya acordado la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público.

Que la situación real del contrato al que se refiere este Dictamen no es la primera es evidente. No ha habido recepción de la obra, ni parcial ni total, hecho reconocido por ambas partes.

Sin embargo, no existe tal acuerdo en cuanto al segundo. La empresa afirma su existencia. En el escrito de alegaciones de 7 de octubre de 2019, se lee *“Habiéndose procedido por esa Entidad contratante a la apertura de la puerta de acceso a la Vía Verde, así como de los cerramientos de la Pasarela peatonal que esta contratista mantenía debidamente clausurados al uso público, en espera de que, por ese Instituto de Turismo de la Región de Murcia, se efectuasen los trámites oportunos que permitiesen llevar a cabo la obligada prueba de carga de la Pasarela, ocupando así esa Administración las obras y destinando las mismas al uso que les es propio”*. La Administración lo niega. Así, el director de obra, en su informe de 29 de octubre de 2019 (folio número 870) indica que *“Las obras no están finalizadas, por lo que no han podido ser recepcionadas, y por consiguiente, no han podido ser puestas al uso, siendo el contratista el único responsable de garantizar que se mantienen los cerramientos y otros sistemas de seguridad necesarios”*. Dada la íntima conexión entre estas obras y las del “Contrato número 2”, tal aseveración es congruente con la hecha respecto de este último por el informe-propuesta de su resolución del Jefe de Área de Infraestructuras ITREM, de 25 de noviembre de 2019, al decir (folio número 966) *“Al respecto hay que decir que en ningún momento ni de ninguna forma ha habido ocupación ni se han puesto en servicio las obras realizadas”*.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

No se puede olvidar que el Informe 3/2010 JCCAM, al igual que el artículo 243.6 LCSP, expresamente se refieren a que el segundo supuesto exige un acto de la Administración en que por razones excepcionales de interés público se acuerde la entrega al uso público sin la previa recepción. Ese acto o no se produjo, o no hay constancia escrita de él en el expediente. Ahora bien, no es esta razón suficiente para negar su existencia que pudo realizarse contraviniendo el mandato del artículo 36.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) según el cual “Los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia”. Su ausencia convierte la hipótesis de que efectivamente se hubiera producido en una cuestión de hecho que plantea un problema de prueba. La parte que la invoca se ha limitado a afirmar que así ha sido, no valiéndose de cualquiera de los medios que le permitirían demostrarla. Es sobre ella sobre quien recae la carga de la prueba a tenor de lo establecido en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Aquí podemos enlazar con el segundo documento propuesto en apoyo de la tesis de la empresa, el Dictamen número 104/2013 CCG. El caso que allí se examinaba era el de un contrato mixto de suministro y servicio en el que, a pesar de no haberse realizado acto formal de recepción, la propuesta de inicio del procedimiento de resolución comenzaba afirmando que “[...] cabe considerar como fecha de recepción la tercera y última entrega que completó el proyecto, que fue la facturada en fecha 30 de diciembre de 2010”. Esa frase sirve al Consejo Consultivo de Galicia para entender producida la recepción, citando en apoyo de su conclusión el Dictamen número 3062/1998, de 10 de septiembre del Consejo de Estado del que reproduce lo siguiente.:

“El acto de recepción de las obras tiene una doble función: la constatación del cumplimiento por el contratista (equivalente a la exigencia en Derecho privado de la aprobación del dueño de la obra) y la apertura del plazo de garantía, habilitando a la Administración para exigir la reparación de los defectos observados.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

En cuanto permite el ejercicio de una prerrogativa administrativa (la exigencia de reparación de defectos) y abre el plazo de garantía, constituye un trámite esencial para el contratista, que debe ser realizado mediante acto formal. Pero, en la medida en que significa la constatación del cumplimiento de la obra, debe únicamente apreciarse su materialidad, no pudiendo la Administración oponer la falta de tal acto formal en perjuicio del contratista”.

Como vemos el caso objeto de este Dictamen es distinto toda vez que en ningún momento la Administración ha dado por recibido el objeto de la prestación, lo que refuerza la argumentación de que esa “materialidad” debe ser objeto de prueba por quien la invoque, y en el caso examinado no ha sido demostrada por ningún medio por la parte a que interesa.

En consecuencia, al no haberse recibido la prestación ni entregada al uso público, no puede estimarse cumplido el contrato pudiendo, por tanto, autorizar su resolución.

3. Sobre las causas de resolución y su imputabilidad.

Como decíamos en el Antecedente Tercero, la empresa en su escrito de alegaciones alega que los retrasos en la ejecución de la obra se debieron a causas que no le eran imputables, derivas de la necesidad de ejecutar actuaciones no previstas en el proyecto, la ejecución de más unidades de obra de las proyectadas, y la existencia de indefiniciones del proyecto. Por último, en el supuesto de que se optara por la resolución definitivamente, según ella habría que tener presente que la primera causa surgida era imputable a la Administración pues era ella la responsable de la imposibilidad de ejecutar la obra tal y como la había proyectado, con errores que lo impedían y demandaban su corrección mediante una modificación superior al 20% del precio inicial del contrato.

Son dos las hipótesis planteadas y deben ser analizadas conjuntamente pues la consideración de la existencia de una causa lleva a la concreción de su imputabilidad a una u otra de las partes del contrato.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

a) Primera hipótesis: sobre si las causas del retraso eran imputables a la empresa.

La hipótesis plantea si las causas alegadas por la empresa que se relacionan con los defectos e imprevisiones del proyecto, hubieran demandado su modificación, cosa por otro lado imposible porque su entidad (superior al 50% del importe del contrato), la situarían fuera de lo permitido por la LCSP. Sobre todas ellas se pronunció la dirección de obra en el informe de 29 de octubre de 2019 de manera pormenorizada.

1. La necesidad de ejecutar actuaciones no previstas en el proyecto, las refiere en sus alegaciones de la siguiente manera *“Esta contratista ha tenido que llevar a cabo múltiples actuaciones no previstas en el proyecto o que difieren de lo en el recogido, por ejemplo, en relación a la estructura se han efectuado más de 30 actuaciones distintas a lo diseñado, y también en otras zonas como, a título no exhaustivo, indefinición de zonas a realizar tratamiento superficial, resaltos reducción de velocidad, cambio de geometría de badenes, cambio de señalización horizontal en badenes, indefiniciones en la señalización vertical de proyecto, indefinición de la zona a donde colocar paneles de señalización vertical, indefinición de soportes de paneles panorámicos, indefiniciones carpintería de madera de pérgolas, indefinición de lugar de colocación de talanqueras de madera, cambio de posición de puertas y mampostería, etc”*.

Sobre este extremo, la dirección de obra discrepa señalando *“Además, en el escrito presentado en fecha de octubre de 2019, el contratista afirma haber realizado una serie de unidades de obra, tales como el Acondicionamiento de plataforma, Suelo estabilizado “in situ”, Badenes, Cunetas y Muro de Mampostería, Simple tratamiento superficial, las cuales no se han ejecutado en su totalidad o bien presentan carencias de ejecución importantes, como por ejemplo el caso de los badenes de hormigón ejecutados en el P.K. 6+900, mientras que en el PLANO N°2, Hoja 3 de 20 se indica que dichos badenes se tenían que ejecutar en el P.K. 6+300. Con todo ello queda injustificado, por completo, el presupuesto presentado en el escrito de alegaciones por el contratista. El Director de*





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Obra ya informó al promotor que, realizando los trabajos conforme estaban previstos y añadiendo las pequeñas variaciones descritas anteriormente y aceptadas por el propio Director de Obra, se produciría un exceso del presupuesto inicial de proyecto que no llegaría al 3%, algo totalmente asumible dentro de la liquidación de las obras sin ser preciso redactar un Proyecto Modificado”.

2. A explicar las razones del incremento de unidades de obra dedica el director de obra el apartado 16 de su informe en el que se aprecia que los finalmente producidos eran consecuencia ordinaria del desarrollo de los trabajos y que contarían con la cobertura del porcentaje de exceso (10%) permitido para la liquidación. Así se puede leer “*El contratista alude a una serie de incrementos de medición que le ocasionan un aumento del plazo, obviando ciertos aspectos:*

- *En cuanto a los temas relacionados con la estructura metálica, aquellos detalles mínimos que son necesarios acometer para mejorar las prestaciones de la pasarela peatonal, se corresponden con aumentos de medición de la partida correspondiente a la estructura metálica. Prueba de ello, el contratista firma la certificación N°10, donde ya existe un aumento de medición de dicha partida del 7,03%, donde se recogen estos incrementos.*
- *En cuanto a la partida del movimiento de tierras, no está acreditado que se haya producido ningún tipo de incremento en esta partida. Prueba de ello, el contratista firma la certificación N°10, donde se certifica esta unidad de obra con la medición contemplada en proyecto.*
- *En cuanto a la ejecución de micropilotes, resultaría especialmente injusto para el promotor, tener que pagar una unidad de obra que se reconoce que está mal ejecutada. La Dirección Facultativa, en su afán por preservar los intereses del promotor y con el fin de acreditar que las diferentes unidades de obra se realizan con unos estándares adecuados de calidad, certificó únicamente la medición de esta unidad de obra que aparece en proyecto, que son los que se ejecutaron correctamente”.*





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Por último, en el apartado 17 del informe, “Unidades nuevas”, se da respuesta a la alegación de haber realizado unidades no previstas. Se dice allí que:

- *En cuanto a las relacionadas con la partida de la estructura metálica, ello no supone la aparición de nuevas unidades de obra por todo lo explicado en los apartados anteriores. Es decir, se corresponden con variaciones por ajustes mínimos, los cuales pueden ser absorbidos por aumentos de medición de la partida de proyecto correspondiente.*
- *En cuanto al cambio de la bionda mixta en la zona de afección de la carretera RM-23, las causas son imputables a la Dirección General de Carreteras, que tras emitir informe aprobando las actuaciones a realizar en este ámbito incluidas en el proyecto, tras el inicio de las obras, decidió cambiar dicha autorización, motivándola en la Seguridad Vial.*
- *En cuanto al sistema de drenaje en la AP-7, la solución está definida en proyecto y no existen causas objetivas para su no ejecución. Esta unidad de obra debió ser ejecutada en el plazo indicado en el proyecto de las obras y en el Plan de Obra presentado por el Contratista.*
- *En cuanto al desvío provisional y corte de tráfico, informar una vez más al contratista, que todos estos trabajos están incluidos en las partidas correspondientes a la Seguridad y Salud y a los Gastos Generales. No son objeto de sobre coste ni de valoración. Además, según experiencia de la D.G.C, la tramitación la realiza el contratista, que abonará las tasas y depositará la correspondiente fianza, como así hizo.*
- *En cuanto a la prueba de carga necesaria para poner en servicio la pasarela, indicar que ésta se debería sufragar con el 1% correspondiente al plan de ensayos de la obra. En caso de que el importe de la prueba exceda del 1%, se debería actuar conforme indique el promotor de las obras en el marco de sus competencias. Aún reconociendo que ésta debería figurar en el Proyecto, en todo momento se habló con el contratista para que éste propusiese los medios de que disponía para su realización y en base a ellos,*





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

definirla por el laboratorio de control de calidad, NO TENIENDO RESPUESTA HASTA LA FECHA” Estas observaciones le llevan a formular una conclusión de este apartado según la cual “Con todo ello, queda justificado que no es necesario redactar proyecto modificado alguno y que las obras se pueden realizar, y de hecho se han realizado, conforme marca el proyecto constructivo”.

3. Respecto a que el proyecto adolecía de indefiniciones de alguna de sus unidades, el director de obra lo niega y en el apartado 15 de su informe, relativo a la revisión del cuadro cronológico presentado por el contratista afirma: *“El contratista también obvia en su cronograma, todas aquellas unidades de obra que no precisan de aclaración alguna, las cuales a fecha de finalización de la 3ª prórroga, ni siquiera se iniciaron, tales como:*

- *Acondicionamiento plataforma tratamiento superficial*
- *Bacheo con productos asfálticos*
- *Retirada de arrastres en plataforma*
- *Simple tratamiento superficial*
- *Excavación y perfilado de cuneta*
- *Pantalla de tablestaca de madera*
- *Material filtrante mediante árido triturado”*

b) Segunda hipótesis: Si el retraso obedeció a la imposibilidad de ejecutar el proyecto.

Se refiere a la última alegación de la empresa para el caso de que se optara por la resolución del contrato. Se centra la empresa en demostrar que los defectos del proyecto lo hacían de imposible ejecución y que, de pretenderlo, sería necesario tramitar una modificación de tal entidad que, al sobrepasar el 50% del importe inicial del contrato, la hacía legalmente inviable. De ser así, la resolución devendría inevitable, tratándose, por tanto, de una causa imputable a la Administración. Además, por aplicación de lo establecido en el artículo 211.2 LCSP, ésta sería la aplicable al ser la primera en producirse en el tiempo.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dice la empresa en su escrito de 7 de octubre de 2019 (folio número 786) que *“Sin que ofrezca duda alguna que, en el presente caso, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, encontrándonos ante modificaciones que implican alteraciones del precio del mismo en cuantía superior en más del 20% del precio inicial del contrato, es previa o anterior en el tiempo al transcurso del plazo de ejecución de las obras, sin que éstas se hayan concluido.*

En efecto, baste repasar las actuaciones que esta contratista ha tenido que ejecutar fuera del proyecto constructivo, y/o de forma distinta a lo en él contemplado, cuyo importe en conjunto supera con creces el 20% del precio primitivo, concretamente, supera el 51 % de éste.

Sin olvidar que también constituyen modificaciones, precisadas de ser recogidas en un modificado que se tramite, las variaciones que consistan en alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, aunque no precisen de previa aprobación cuando no representen un incremento de gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato. Artículo 160 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre.

Lo que nos lleva a recordar que, a tenor del artículo 211 de la meritada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, son causas de resolución del contrato:

"g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido".

Cita el Dictamen del Consejo de Estado número 563/2015, de 2 de julio de 2015, en el que el Alto Órgano Consultivo concluyó que la causa de resolución del contrato no era el desistimiento de la Administración sino





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

la imposibilidad de ejecución en los términos inicialmente pactados, a la vista de dos informes técnicos que así lo acreditaban. Pero, al igual que ocurrió con las dos citas de órganos consultivos analizadas anteriormente, en esta ocasión tampoco hay identidad entre el supuesto de hecho que analizó el Consejo de Estado y el sometido a Dictamen.

En el Dictamen del Consejo de Estado reseñado la Administración era la que entendía que no podía ejecutarse la prestación, y lo hacía al amparo de un informe técnico solicitado por ella y, posteriormente, por otro, de la misma naturaleza, emitido por un órgano propio. El contratista, que no negaba tal imposibilidad, admitía la procedencia de la resolución pero la causa debía ser el desistimiento de la Administración.

En el caso presente la Administración entiende que la obra es perfectamente ejecutable con arreglo al proyecto aprobado, sin necesidad de modificarlo. Así lo afirma la dirección de obra con argumentos que rebaten los esgrimidos por la empresa enunciados en su informe de 7 de octubre de 2019, al que acompañó un informe técnico que reproducía parte de los presentados por la empresa a lo largo de la vida del contrato, a alguno de los cuales se refirió la dirección de obra como desprovistos de rigor por tratarse de meras opiniones sin base numérica dado que “[...] *no se realiza ningún tipo de cálculo de contraste*”, llevándole incluso a concluir que “*el contratista dice no encontrarse capacitado para ejecutar las obras de acuerdo al proyecto*”.

Sin poder extendernos en consideraciones de tipo técnico obviamente, llaman la atención determinadas afirmaciones que hace la dirección de obra en su informe, que aborda en 20 apartados, como dijimos, de manera muy pormenorizada todos los aspectos reseñables de la ejecución del contrato, pero basta con atender al de sus conclusiones para extraer la idea de lo ocurrido. Estas son:

- “*Las obras que debieron iniciarse el 17 de agosto, se inician el 8 de noviembre de 2018, sin justificación alguna por parte del contratista.*”





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

- Desde el comienzo de las obras, el contratista ha venido retrasando injustificadamente la ejecución de los trabajos.
- El contratista necesitó los quince días existentes entre a la firma del contrato y la firma del Acta de Replanteo, además de más de dos meses del plazo inicialmente previsto para estudiar el proyecto en detalle, algo que debía de haber realizado cuando presentó su oferta a la baja de un 29,2%.
- A la fecha de finalización de las obras (4 MESES), se llevaba ejecutado un 4,35% de la obra.
- Como ha quedado completamente justificado, ante cualquier solicitud de aclaración, el equipo de la Dirección Facultativa ha respondido en tiempo y forma, con la mayor diligencia.
- Como ha quedado acreditado por las comunicaciones de la Coordinadora de Seguridad y Salud de las obras, el contratista ha llevado a cabo una planificación de la obra poco diligente, con multitud de retrasos, así como falta de personal propio, que han producido que la obra se fuera dilatando.
- La Dirección Facultativa ha velado en todo momento por los intereses del promotor, asegurando que las obras se realicen con estricto cumplimiento de la Normativa y desde el punto de vista de la calidad en la ejecución. De ahí que no se aceptara la ejecución de los micropilotes inicialmente realizada de forma incorrecta.
- El proyecto constructivo se ha demostrado más que suficiente para la correcta ejecución de las obras, sin perjuicio de que durante la misma, se hayan tenido que realizar ciertas correcciones y/o aclaraciones en diferentes elementos. Pero es indudable lo anterior, a la vista de que la pasarela peatonal está a día de hoy ejecutada y, a pesar de que no se encuentra abierta al tráfico peatonal y ciclista, está soportando cargas de viento, cargas muertas y de dilatación térmica sin el mayor problema.
- El contratista ha aceptado TRES (3) PRÓRROGAS, lo que supone una ampliación del plazo inicialmente fijado de 7,5 MESES, con sus correspondientes penalizaciones, asumiendo el contratista, ya en su debido momento, que los incumplimientos de plazo se han producido única y exclusivamente por causas imputables al contratista.





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

- *La valoración económica presentada por el contratista no resulta creíble, es errónea y además es desproporcionada desde el punto de vista de la realidad de la obra. Si bien es cierto que se han producido ciertos ajustes y pequeñas aclaraciones en el proyecto, éstas quedan muy lejos del porcentaje de variación esgrimido por el contratista, pudiendo ser recogidas en el máximo del 10% previsto por la Ley para la Liquidación de las Obras.*
- *Las obras no están finalizadas, por lo que no han podido ser recepcionadas, y por consiguiente, no han podido ser puestas al uso, siendo el contratista el único responsable de garantizar que se mantienen los cerramientos y otros sistemas de seguridad necesarios”.*

Estas conclusiones le llevan a decir “*Por tanto, queda plenamente demostrado que los argumentos del contratista no se ajustan a la realidad y que, una vez más, el contratista es el único y exclusivo responsable de los retrasos sufridos en la ejecución de la obra*”.

No se precisan conocimientos técnicos para considerar que el proyecto no debía adolecer de los pretendidos gravísimos defectos que la empresa denunciaba puesto que finalmente se ha ejecutado con arreglo a él en una muy importante proporción (cercana al 70%). Así se desprende de lo dicho en el informe del director de la obra de 29 de octubre de 2019 al concluir en su apartado 15, como ya hemos señalado anteriormente, que “*Con todo ello, queda justificado que no es necesario redactar proyecto modificado alguno y que las obras se pueden realizar, y de hecho se han realizado, conforme marca el proyecto constructivo*”. Quizás no pueda descartarse que la tortuosa vida del contrato pudiera deberse a la incidencia decisiva de la notable rebaja que supuso la oferta por la que se adjudicó (cercana al 30% del presupuesto base de licitación) y, puede que también, a la advertencia tardía de la imposibilidad de recuperación mediante la tramitación de su modificación puesto que el Pliego de cláusulas administrativas particulares sólo la permitía en el caso de que así pudieran determinarlo la situación económica por la que atravesaba la Comunidad Autónoma en esos momentos. La cláusula 21 del mismo era tajante al disponer que “*No se prevén expresamente modificaciones. No obstante,*





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

atendiendo a la D. A. vigésima de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2018, se prevé que el presente contrato pueda ser modificado cuando se requiera expresamente desde el departamento competente de la CARM en relación con la estabilidad presupuestaria, mediante cambios del plazo de ejecución, de las anualidades, o del Proyecto con posible disminución de su importe inferior al 10 % del precio contratado”.

Como consecuencia de todo lo dicho entiende el Consejo Jurídico que en el expediente instruido ha quedado demostrado el incumplimiento del plazo total del contrato por causas imputables a la empresa, estando por tanto incurso en la causa de resolución prevista en el artículo 211.d) LCSP, pudiendo acordarse ésta con los efectos previstos en el artículo 213 de la misma ley. La resolución del contrato dará lugar, según el artículo 246.1 LCSP, a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, siendo necesaria la citación de este, en el domicilio que figure en el expediente de contratación, para su asistencia al acto de comprobación y medición.

Por último, y dada la situación de las obras y el tiempo transcurrido desde su adjudicación procede iniciar con carácter urgente el procedimiento para la contratación y ejecución de las que quedan pendientes (artículo 211.6 LCSP) teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 246.5 LCSP según el cual “*Cuando las obras hayan de ser continuadas por otro empresario o por la propia Administración, con carácter de urgencia, por motivos de seguridad o para evitar la ruina de lo construido, el órgano de contratación, una vez que haya notificado al contratista la liquidación de las ejecutadas, podrá acordar su continuación, sin perjuicio de que el contratista pueda impugnar la valoración efectuada ante el propio órgano. El órgano de contratación resolverá lo que proceda en el plazo de quince días*”

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





Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Previa modificación de la propuesta a elevar a Consejo de Gobierno en los términos reflejados en la Consideración Segunda, se dictamina favorablemente la propuesta de resolución del contrato por causa imputable a la empresa adjudicataria.

SEGUNDA.- Igualmente, procede decretar:

1. La incautación de la fianza prestada por el contratista como garantía definitiva, sin perjuicio de su obligación de indemnizar al ITREM por los daños y perjuicios que la resolución le pueda causar y que excedan de la cuantía de dicha fianza.
2. La comprobación, medición y liquidación de las obras ejecutadas.
3. El inicio con carácter urgente el procedimiento para la contratación y ejecución de las obras que quedan pendientes.

No obstante, V.E. resolverá.

EL LETRADO-SECRETARIO GENERAL
(Fecha y firma electrónica al margen)

Vº Bº EL PRESIDENTE
(en funciones)
(Fecha y firma electrónica al margen)

