



Exp. Junta Consultiva: RES 16/2021

Acuerdo de resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: Lote 4 de las obras de emergencia para recuperar la funcionalidad de los cauces y restaurar las zonas afectadas por las inundaciones y desbordamientos provocados por las lluvias del 9 de octubre de 2018 en la comarca del Llevant de Mallorca (Exp. EMG1)

Órgano de contratación: Consejería de Medio Ambiente y Territorio

Recurrente: Construcciones, Excavaciones y Asfaltos, SA (COEXA)

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 27 de enero de 2022

Dado el recurso especial en materia de contratación que la empresa Construcciones, Excavaciones y Asfaltos, SA (COEXA) ha interpuesto contra la Resolución del consejero de Medio Ambiente y Territorio, de 15 de octubre de 2021, que aprueba la liquidación del lote 4 del contrato de obras de emergencia para recuperar la funcionalidad de los cauces y restaurar las zonas afectadas por las inundaciones y desbordamientos provocado por las lluvias del 9 de octubre de 2018 en la comarca del Llevant de Mallorca, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 27 de enero de 2022, ha adoptado el Acuerdo siguiente:

Hechos

1. El 9 de octubre de 2018 se produjeron en la Comarca del Llevant de Mallorca graves inundaciones debido a intensas lluvias, que provocaron pérdidas y daños muy importantes en vidas humanas y en bienes muebles y inmuebles de propiedad privada, como también en infraestructuras, equipamientos, instalaciones y servicios de carácter público.
2. El 18 de octubre de 2018, se publicó en el *Boletín Oficial de las Illes Balears* (BOIB), el Decreto Ley 2/2018, por el cual se establecen ayudas y otras medidas urgentes para reparar las pérdidas y los daños producidos por las lluvias intensas y inundaciones antes mencionadas.
3. El mismo día 18 de octubre de 2018, el jefe del Servicio de Construcción de la Dirección General de Recursos Hídricos (DGRH) de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura y Pesca, redactó un estudio técnico para la

tramitación de emergencia de las obras y los servicios complementarios necesarios para la recuperación de la funcionalidad de los cauces y la restauración de las zonas afectadas.

El estudio técnico, detallaba las obras y los servicios de asistencia técnica a contratar, – divididos en 9 lotes –, los planos, las fotografías de las zonas de actuación, las condiciones técnicas básicas de ejecución de los trabajos, los cuadros de precios y el presupuesto estimado de los lotes de obra a contratar.

Concretamente, el lote 4 tenía que consistir en la ejecución de obras en los torrentes de *es Gatzell, n'Aguait, Son Moll, Cala Mesquida, na Sorda, Cala Mitjana* y *es Matzoc*.

Este estudio técnico por la tramitación de emergencia lo aprobó la directora general de Recursos Hídricos, – promotora del expediente de contratación –, el 18 de octubre de 2018.

4. El 26 de octubre de 2018, se envió el estudio técnico y la invitación a participar en la contratación de emergencia a varias empresas, – entre otras, COEXA–, para conocer su disponibilidad en ejecutar alguno de los lotes a adjudicar.
5. El 31 de octubre de 2018, el órgano de contratación aprobó el expediente de contratación, adjudicó los lotes y ordenó la ejecución inmediata.

Concretamente, el lote 4 se adjudicó a COEXA, por importe de 3.145.322,38 euros (IVA incluido), de acuerdo con los cuadros de precios del estudio técnico de la emergencia.

El lote 7, correspondiente al servicio complementario de asistencia técnica de las obras del lote 4, entre otros, se adjudicó a la empresa Garau Ingenieros SLU.

6. El 5 de noviembre de 2018, el órgano de contratación nombró director de las obras al jefe del servicio de construcción de la DGRH.
7. El 6 de noviembre de 2018, se levantó el acta de inicio de las obras del lote 4.

8. El 11 de marzo de 2019, el órgano de contratación, a propuesta del director de las obras, prorrogó el plazo de ejecución del contrato hasta el 6 de abril de 2019 y se modificó a la baja el importe correspondiente al lote 4, con una disminución de 1.819.465,99 euros, dado que los daños reales estaban siendo inferiores a los inicialmente previstos. Así, el precio de este lote quedó en el importe de 1.325.856,39 euros (IVA incluido).
9. Entre los meses de diciembre de 2018 y abril de 2019, la empresa COEXA ejecutó las obras y el director de obra emitió las correspondientes certificaciones, en total cuatro, que se aprobaron y pagaron a la contratista de acuerdo con las facturas correspondientes.
10. El 4 de diciembre de 2019, la contratista comunicó la finalización de las obras y solicitó que se llevara a cabo el acta de recepción.
11. El 16 de enero de 2020, Consejero de Medio Ambiente nombró a una persona representante de la Agencia Balear del Agua y Calidad ambiental (ABAQUA) para asistir como técnica a la recepción de las obras, dado que éstas se habían ejecutado en espacios del dominio público hidráulico, — torrentes—, la conservación y mejora de los cuales corresponde a la mencionada Agencia.
12. El día 13 de febrero de 2020, se llevó a cabo la recepción de las obras y se levantó acta de conformidad, puesto que las obras se habían ejecutado de acuerdo con el contrato, sin vicios ni deficiencias, empezando a contar entonces el plazo de garantía de un año. Al acta también se adjuntaron, como anexos:
 - Por un lado, un documento técnico, elaborado por la asistencia técnica el mes de junio de 2019, en que se detallan las obras ejecutadas, la relación valorada, los presupuestos, las mediciones y las certificaciones de obra acumuladas.
 - Por otro lado, un escrito de alegaciones en que COEXA expresaba su disconformidad con ese documento de la asistencia técnica, manifestaba quedar a la espera que se llevara a cabo la medición general y solicitaba expresamente que le fuera debidamente notificada.

En el acta de recepción también se fijó que la fecha de inicio de la medición general sería el día 17 de febrero de 2020.

13. El 29 de enero de 2021, poco antes de cumplirse el plazo de garantía, el director de las obras emitió un informe favorable sobre el estado de las obras que comunicó al órgano de contratación.
14. El 5 de febrero de 2021, el Departamento de Gestión Económica y Contratación de la Consejería reclamó al director de obra la documentación justificativa de la medición general y la certificación final de obras.
15. El 17 de febrero de 2021, concluido el plazo de garantía, el director de las obras emitió la Propuesta de liquidación.

Esta propuesta se notificó a la contratista para que la pudiera revisar el 2 de marzo de 2021.

16. El 5 marzo de 2021, COEXA registró electrónicamente un escrito de alegaciones, dirigido al órgano de contratación, en el cual se oponía a la Propuesta de liquidación y adjuntaba una medición de parte, emitido por un ingeniero de la empresa, Mario Filgueiras Sánchez.
17. El 24 de marzo de 2021, el director de las obras emitió un informe en relación con las alegaciones de la contratista.

Este informe se notificó a la contratista el 29 de marzo de 2021, concediéndole un plazo de enmienda, puesto que la medición de parte presentado era incompleto.

18. El 17 de abril de 2021, la contratista subsanó su propuesta de medición y reiteró la solicitud que se llevara a cabo la medición general en su presencia.
19. El 25 de mayo de 2021 se llevó a cabo una reunión entre la contratista, el director de obras y la asistencia técnica, de la cual se levantó el correspondiente acta, para debatir las discrepancias con surgidas entre la Administración y la contratista. La reunión concluyó sin acuerdo entre las partes.
20. El 1 de julio de 2021, el jefe del Departamento de Gestión Económica y Contratación de la Consejería reiteró al director de obra la solicitud de la documentación justificativa de la medición general y de la certificación final de obras.

Este requerimiento se fundamenta en un Informe de la Sindicatura de Cuentas emitido en relación con el contrato de obras de emergencia por las inundaciones del Llevant de Mallorca, que dejaba constancia de las deficiencias detectadas en la revisión de los diferentes lotes ejecutados. Concretamente, de la fase de extinción del contrato del lote 4, la Sindicatura de Cuentas indicaba que en el expediente no constaba ni la medición general ni la certificación final de obras.

21. El 30 de agosto de 2021, el director de la obra solicitó al órgano de contratación que dictara la Resolución de liquidación de las obras, de acuerdo con la Propuesta de liquidación de 17 de febrero de 2021.
22. El 15 de octubre de 2021, el consejero de Medio Ambiente y Territorio dictó la Resolución por la cual se aprueba la liquidación del lote 4, de la cual resulta un saldo de -175,493,89 €, a favor de la Administración, que COEXA tiene que devolver.
23. El 17 de noviembre de 2021, COEXA interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución del consejero de Medio Ambiente y Territorio, de 15 de octubre de 2021m que por la cual se aprueba liquidación del contrato, con saldo a favor de la Administración.

La recurrente considera nula o anulable la Resolución de liquidación del contrato, basándose, resumidamente, en las alegaciones siguientes:

Primera. Manifiesta que no se le notificó ni se llevó a cabo la medición general, el cual considera un trámite administrativo previo e imprescindible para poder dictar la Resolución de liquidación.

Segunda. Alega que en la Resolución de liquidación se ha variado el precio aplicado a la partida correspondiente a la cubierta de piedra de muros en comparación con el precio aplicado por la misma partida en las certificaciones de obra ya aprobadas y pagadas.

Tercera. Considera que el precio aplicado a la partida de cubierta de piedra de muros está fuera de mercado.

Cuarta. Alega que se ha vulnerado su derecho de audiencia en relación con alegaciones presentadas en varias ocasiones antes de la Resolución liquidación del contrato.

Con el recurso también solicita la práctica de pruebas documentales, para que se incorporen al expediente todos los documentos del expediente administrativo de contratación objeto del recurso (Exp. EMG1), así como la documentación de otro expediente administrativo (CONTR 2017-905),

referido a la limpieza, adecuación y mejora de varios tramos de torrentes de las Illes Balears del mismo órgano de contratación.

Finalmente, también solicita la suspensión de la ejecución de la Resolución impugnada. Esta solicitud ya se desestimó, mediante la Resolución de la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 16 de diciembre de 2021.

24. El órgano de contratación ha enviado a la Junta Consultiva (JCCA), el expediente administrativo completo del contrato.

Además, junto con el expediente, también ha enviado un informe jurídico de jefe del departamento de Gestión Económica y Contratación, de 9 de diciembre de 2021, y un informe del director de la obra, de 13 de diciembre de 2021.

El informe jurídico se opone expresamente al fondo del recurso interpuesto.

El informe del director de la obra no se pronuncia sobre los argumentos de la recurrente, pero aporta, entre otros documentos, informes externos firmados por la asistencia técnica y por el encargado general de las obras, que se refieren a algunas de las cuestiones objeto del recurso.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la Resolución por la cual se liquida un contrato de obras de la Consejería de Medio Ambiente y Territorio, que tiene carácter de administración pública.

Contra este acto se puede interponer el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante, LRJ-CAIB). La competencia para resolver este recurso corresponde en la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del Texto consolidado del Decreto por el cual se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de contratos y el Registro de contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

2. El expediente de contratación de las obras de emergencia para recuperar la funcionalidad de los cauces y restaurar las zonas afectadas por las inundaciones y el desbordamiento provocado por las lluvias del 9 de octubre de 2018 en la comarca de Levante de Mallorca (Exp. EMG1), al cual hace referencia la Resolución de liquidación que se impugna, se inició el 31 de octubre de 2018.

Así, el régimen jurídico aplicable al contrato es el de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la cual 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 (en adelante, LCSP).

3. La recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación y lo ha interpuesto mediante representante acreditado y dentro de plazo adecuado.
4. En relación con las alegaciones de la recurrente, hay que decir lo siguiente:

4.1 Alegación primera:

La recurrente considera que no se le notificó ni se llevó a cabo la medición general. Alega que es un trámite previo e imprescindible para dictar la Resolución de liquidación.

La recurrente insiste en que ya en el acta de recepción presentó alegaciones porque no estaba de acuerdo con los medición de obra ejecutada que la asistencia técnica había redactado y que se anexó al acta de recepción. En el acta de recepción manifestó quedar a la espera de la medición general, en su presencia y la del director de las obras y previa la correspondiente convocatoria notificada.

La recurrente afirma que a pesar de sus alegaciones, nunca se ha llegado a llevar a cabo la medición general de la obra, de acuerdo con el artículo 166 del RGLCAP y que el órgano de contratación dictó la Resolución de liquidación, prescindiendo de este trámite.

4.2 Contestación a la alegación primera:

El régimen jurídico aplicable a la extinción de los contratos de obras se encuentra previsto en el artículo 243 LCSP y en los artículos 163 y siguientes del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones

Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, el RGLCAP).

De estos artículos interesa tener en cuenta especialmente que:

Según el artículo 243 LCSP:

1. (...) Dentro del plazo de tres meses contados a partir de la recepción, el órgano de contratación tiene que aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que tiene que ser abonada al contratista por anticipado de la liquidación del contrato en el plazo que prevé esta Ley. (...)
2. Si las obras se encuentran en buen estado y de acuerdo con las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante y representante de esta las tiene que dar por recibimientos y levantar el acta correspondiente; se inicia entonces el plazo de garantía. (...)
3. (...) Dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía, el director facultativo de la obra, de oficio o a instancia dla contratista, tiene que redactar un informe sobre el estado de las obras. Si este es favorable, la contratista queda relevado de toda responsabilidad, salvo lo que dispone el artículo siguiente, y se tiene que proceder a la devolución o cancelación de la garantía, a la liquidación del contrato y, si se tercia, al pago de las obligaciones pendientes que se tiene que efectuar en el plazo de sesenta días.
(...)

El artículo 166 RGLCAP señala que:

1. Recibidas las obras, seguidamente se procederá a la medición general con la asistencia de la contratista y el director de la obra tiene que formular, en el plazo de un mes desde la recepción, la medición de las realmente ejecutadas de acuerdo con el proyecto. A tal efecto, en el acta de recepción el director de la obra tiene que fijar la fecha de inicio de esta medición, y la contratista queda notificado para este acto. (...)
2. La contratista tiene la obligación de asistir a la toma de datos y la realización de la medición general que tiene que hacer el director de la obra.
3. Para llevar a cabo la medición general se tienen que utilizar como datos complementarios la comprobación del replanteo, los replanteamientos parciales y las mediciones efectuadas desde el inicio de la ejecución de la obra, el libro de incidencias, si hubiera, el de órdenes y todos los que consideren necesarios el director de la obra y la contratista.
4. De este acto se tiene que extender una acta por triplicado y los ejemplares los tienen que firmar el director de la obra y la contratista; cada uno de los firmantes tiene que retirar un ejemplar y el tercero lo tiene que enviar el director de la obra al órgano de contratación. Si la contratista no ha asistido a la medición, el director de la obra le tiene que enviar el ejemplar del acta.
5. El resultado de la medición se ha de notificar al contratista para que en el plazo de cinco días hábiles dé su conformidad o manifieste las objeciones que considere oportunas.
6. Las reclamaciones que considere oportuno hacer la contratista contra el resultado de la medición general las tiene que dirigir por escrito en el plazo de cinco días hábiles al órgano de contratación por medio del director de la obra, el cual las tiene que elevar a aquel con su informe en el plazo de diez días hábiles.

7. En base al resultado de la medición general y dentro del plazo que establece el apartado 1, el director de la obra tiene que redactar la relación valorada correspondiente.

8. Dentro de los diez días siguientes al final del plazo que establece el apartado 1, el director de la obra expedirá y tramitará la correspondiente certificación final.

9. Dentro del plazo de dos meses, a contar de la recepción de la obra, el órgano de contratación tiene que aprobar la certificación final de las obras ejecutadas, que se tiene que abonar, si se tercia, al contratista dentro del plazo de dos meses a partir de expedición por anticipado de la liquidación del contrato (...)

Y finalmente el artículo 169 RGLCAP dispone que:

1. Transcurrido el plazo de garantía, si el informe del director de la obra sobre el estado de las mismas es favorable o, en caso contrario, una vez reparado lo que se haya construido, el director tiene que formular en el plazo de un mes la propuesta de liquidación de las realmente ejecutadas, tomando como base para su valoración las condiciones económicas establecidas en el contrato.

2. La propuesta de liquidación se tiene que notificar al contratista para que en el plazo de diez días dé su conformidad o manifieste las objeciones que considere oportunas.

3. Dentro del plazo de dos meses, a contar de la contestación dla contratista o del transcurso del plazo establecido para esta finalidad, el órgano de contratación tiene que aprobar la liquidación y abonar, si se tercia, el saldo resultante.

Así, en resumen, hay que afirmar que la tramitación que se tiene que llevar a cabo desde la finalización de la ejecución hasta la liquidación de un contrato de obras tiene que incluir, esencialmente, y por este orden temporal:

1. El acta de recepción
2. La medición general
3. La relación valorada
4. La certificación final
5. El informe sobre el estado de las obras, una vez transcurrido el plazo de garantía.
6. La propuesta de liquidación
7. La resolución de liquidación

Comprobado con detalle el expediente administrativo y lo que consta en los informes técnicos y jurídico emitidos en relación con el recurso interpuesto, cabe decir que:

En el acta de recepción de 13 de febrero de 2019 se fijó que la medición general se llevaría a cabo el día 17 del mismo mes; por lo tanto, la contratista quedó notificada entonces para aquel acto (art. 166.1 RGLCAP).

No obstante, en el expediente no consta ninguna acta que acredite que efectivamente, el 17 de febrero de 2019, el director de obras y la contratista se reunieran en la obra para llevar a cabo la medición general.

Al contrario, en el informe técnico relativo al recurso que ha redactado la asistencia técnica y que el director de la obra acompaña con su escrito de 13 de diciembre de 2021, consta literalmente que:

La contratista dispuso de la documentación que sustenta la medición general (...) incluso antes del momento en que procedimentalmente correspondía realizar la medición general. (...)

El documento de descripción y valoración de los trabajos elaborado por esta asistencia técnica en junio de 2019 reunía los contenidos requeridos para una medición general (...)

Partiendo de esto, si la medición a la cual se refiere la asistencia técnica es del mes de junio de 2019, se puede afirmar que aquella medición no reúne los requisitos del artículo 166 del RGLCAP, puesto que se llevó a cabo antes del acta de recepción, — que fue el 13 de febrero de 2020—, no constan las actas que acrediten la manera cómo se llevó a cabo, ni que se hiciera en presencia de la contratista y del director de la obra.

Hay que añadir que, según la última certificación que consta al expediente, —certificación cuarta—, la ejecución de las obras finalizó el mes de abril de 2019, así que se podría admitir que la medición general, en el mes de junio de 2019, era perfectamente posible porque las obras estaban acabadas. Ahora bien, ha quedado acreditado que aquella medición solo la llevó a cabo la asistencia técnica y no se dio cumplimiento a los requisitos formales y temporales que se exigen en la normativa de contratación pública.

El informe de la asistencia técnica mencionado justifica esta actuación de la siguiente manera:

El motivo por el que esta documentación estuvo disponible antes es que las obras se sometieron al procedimiento regulado en el art. 120 de la LCSP, que establece un régimen excepcional para ejecutar trabajos de emergencia. Esta forma de tramitación implica que el documento técnico que describe las obras (análogo al proyecto constructivo de los procedimientos convencionales del contrato de obras) se redacta con posterioridad a la ejecución de los trabajos, de modo que sus mediciones no constituyen una estimación a tanto alzado con carácter previo a la realización de los trabajos, sino una medición de los trabajos efectuados.

No obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 120 LCSP, en el apartado 1 letra d) dispone que:

Una vez ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se tiene que observar lo que dispone esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.

Así, en contra de la opinión del técnico, el cumplimiento, la recepción y liquidación del contratos tramitados por emergencia está sujeta al régimen ordinario previsto a la LCSP.

Y según algunos expertos en contratación pública, cuando se ejecutan obras de emergencia, ante la imposibilidad de redactar un proyecto con carácter previo a la ejecución, al informe de la necesidad de contratar hay que anexar como mínimo el presupuesto de la obra redactado por el técnico de la unidad correspondiente, — como se hizo en este caso, con la emisión del estudio técnico de la emergencia — ; ahora bien, también hay que redactar el proyecto de obras ejecutadas tan pronto como sea posible y siempre antes de la entrega de la cuenta.

En opinión de esta Junta Consultiva, lo que redactó la asistencia técnica el mes de junio de 2019 se tiene que considerar el proyecto de obras ejecutadas, puesto que se trata de un proyecto unilateral de la asistencia técnica. Pero este proyecto no puede eximir de la necesidad de llevar a cabo la medición general, de acuerdo con el artículo 166 del RGLCAP, que exige que se deje constancia en acta y que se haga con la presencia *in situ*, en la obra, del director de obras y de la contratista, garantizando de este modo el carácter contradictorio del acontecimiento.

Hay que añadir que en el expediente, además de faltar la medición general tampoco constan la relación valorada ni la certificación final de obra, que se exigen en los apartados 7 y 8 del artículo 166 RGLCAP, y se tienen que llevar a cabo siempre antes de la propuesta de liquidación.

De hecho, el Departamento de Gestión Económica y Contratación ya había reclamado al director de la obra la justificación de estos documentos, preceptivos en la extinción de cualquier contrato de obras, sea cual sea la tramitación del procedimiento. Esta carencia documental también la había advertido la Sindicatura de Cuentas en la revisión del contrato, lo cual se puso en conocimiento del director de las obras hasta en dos ocasiones, — el 5 de febrero de 2021 y el 1 de julio del mismo año— . No obstante, se ha comprobado que siguen sin constar en el expediente.

En conclusión, dado que las deficiencias detectadas infringen la normativa de contratación prevista para la extinción de los contratos de obras, la

Resolución de liquidación resulta anulable y se tiene que revocar, puesto que se tratar de un acto administrativo desfavorable por la recurrente, de acuerdo con el que establece el artículo 109 Ley 9/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPACAP).

En consecuencia, el órgano de contratación tendrá que retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno, para que se lleve a cabo la medición general, la relación valorada y la certificación final de obras, en base a las cuales se tendrá que redactar una nueva propuesta de liquidación, para que finalmente, el órgano de contratación pueda dictar una Resolución de liquidación ajustada al ordenamiento jurídico.

Por todo esto, se estima la alegación primera.

4.3 Alegación segunda:

Según la recurrente, en la Resolución de liquidación se ha variado el precio aplicado a la partida correspondiente a la cubierta de piedra de muros en comparación con el precio aplicado a la misma partida en las certificaciones de obra ya aprobadas y pagadas. En las certificaciones aprobadas y pagadas se certificó la partida de la cubierta de piedra de los muros al precio unitario de 134,59 €/m², en cambio, en la liquidación se impone un precio por cubierta de piedra de los muros muy inferior, que supone una reducción del 75,09 % respecto a lo contemplado en las certificaciones.

Según la recurrente, no se puede considerar nunca que las cuatro certificaciones fueran erróneas, puesto que el órgano de contratación las aprobó y pagó. La Resolución impugnada olvida sus postulados anteriores y, en consecuencia, pretende aprobar un saldo de liquidación negativo de - 175.493,89 €. Según la recurrente, la Administración actúa de manera ilícita, porque va contra sus propios actos.

4.4 Contestación a la alegación segunda:

Tratándose de una obra de emergencia en la cual no se redactó proyecto de ejecución, sino solo un estudio técnico de la emergencia, las partidas y el número de unidades a ejecutar eran meras estimaciones.

En el apartado 4 del estudio técnico se hicieron constar la relación de trabajos a desarrollar, entre otros:

Las actuaciones concretas para llevar a cabo consistirán en los siguientes trabajos:
Trabajos correspondientes a las obras de conservación de ADECUACIÓN Y MEJORA:

- Demolición de muros y edificaciones **que se encuentren en ruina o situación precaria**
 - Reconstrucción y reparación de muros de las márgenes
 - Reparaciones de obras de fábrica
 - Protección de cimentaciones de muros y obras de fábrica
- (...)

En el apartado 6 del estudio de la emergencia también consta que "Las tareas definidas en este documento se desarrollarán, de forma general, de acuerdo con los criterios de ejecución interpretados por el director de los trabajos para adaptarlas a las circunstancias concretas de cada actuación".

La empresa, conocía las condiciones de ejecución del contrato y en la invitación a participar, que le fue notificada, se hizo constar que "Las mediciones serán las ejecutadas realmente y se recogerán en el proyecto de liquidación".

Dicho esto, hay que tener en cuenta que el artículo 240 de la LCSP, que regula las certificaciones de obra, dispone que:

(...) estos abonos tienen el concepto de pagos por anticipado sujetas a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final y sin suponer de ninguna forma aprobación y recepción de las obras que comprenden.

Por su parte, la doctrina del Tribunal Supremo ha considerado que:

A la certificación habrá que concederle la presunción de veracidad propia del acto administrativo correspondiente a su naturaleza, como acto **no de voluntad o decisorio, sino de conocimiento y de dación de fe**, ya que la misma viene suscrita por la dirección técnica de la obra (...).

Además, el Tribunal Supremo (en la STC núm. 1593/2005), también considera que:

(...) la obligación del contratista es una obligación de resultado y no de actividad para llegar a un resultado; a la Administración solo le interesa la total y definitiva construcción de la obra pactada y no la actividad mediante la cual llega el contratista a este resultado, por ello, la Administración no debe el precio sino cuando el resultado final ha sido realizado a satisfacción.

En casos similares al que nos ocupa, en que se han certificado trabajos que no se ajustan a aquello realmente ejecutado, la Jurisprudencia ha considerado que la determinación de los trabajos realmente ejecutados se tendrá que hacer necesariamente en la liquidación del contrato. En este

sentido, hay que hacer referencia al Dictamen núm. 822/1993, de 8 de julio, del Consejo de Estado, que en un caso similar consideró que:

Debe señalar este Consejo la **incorrección de la actuación de la Dirección de Obras** que certificó trabajos como terminados cuando "estaban pendientes de ser acabados", "dado que una certificación de obra es un pago a cuenta de la totalidad del importe de las obras que figuran en el proyecto" y ello "para facilitar la continuidad" de las mismas. En efecto, el contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, según establecen los artículos 47 de la Ley de contratos del Estado y 142 del Reglamento dictado en su ejecución. La Administración, por otra parte, facilita la financiación de la obra mediante pagos a cuenta del precio definitivo. La realización de esos pagos está sujeta a un procedimiento de medición de la obra ejecutada, su valoración y certificación. La certificación acredita la obra ejecutada, de tal suerte que debe responder a lo verdaderamente hecho. Ello explica que, como momentos previos a la expedición de la certificación, las disposiciones reguladoras de la materia establezcan como obligatorias la medición y valoración de los trabajos. La medición de la obra no es una pura operación aritmética de fijación de las unidades realizadas sino que tiene el alcance de una verdadera comprobación de las prestaciones ejecutadas por el contratista en un determinado período de tiempo. En otros términos, que **la certificación debe siempre responder a una realidad ejecutada y valorada y no puede convertirse en un mero instrumento contable de financiación de la obra futura mediante su expedición respecto de trabajos no llevados a efecto. Por consiguiente, el caso presente, deberá determinarse qué trabajos correspondientes a las certificaciones números 3 y 4, expedidas en su día, fueron realmente ejecutados y cuáles no, mediante la correspondiente liquidación final de la obra, toda vez que en el informe emitido e incorporado al expediente no los contempla.**

En el supuesto que nos ocupa, el director no actuó correctamente, puesto que aprobó hasta cuatro certificaciones erróneas, a pesar de conocer perfectamente las funciones de fedatario público que le corresponden en el momento de emitir las certificaciones de obra ejecutada.

Ahora bien, una vez advertida el error en las certificaciones, hay que tener en cuenta lo que ha considerado la jurisprudencia por estos casos. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 4 de abril de 1990, señaló que:

La jurisprudencia se ha encargado de corregir la injusticia que representaría un enriquecimiento de una parte, con el consiguiente empobrecimiento de la contraria, sin causa justificante, restableciendo el equilibrio económico mediante la aplicación de la técnica civilista de la causación (entre otras, sentencias de 2 de mayo de 1960, 12 de marzo de 1964 y 22 de enero de 1975).

Según las alegaciones de la recurrente, el motivo de la discrepancia es el precio de la cubierta de los muros de piedra, cuestión puramente técnica que hay que resolver atendiendo a criterios técnicos. En el informe relativo al recurso que ha redactado la asistencia técnica, se aclara que con esta

alegación la empresa se opone a la utilización de la partida 03.02.03 en lugar de la partida 03.02.01 por el abono de la cubierta de la piedra de los muros.

En el informe de la asistencia técnica de 26 de marzo de 2019, que también consta en el expediente y se emitió en relación con los muros realmente ejecutados, consta que:

En las certificaciones 1 a 4 se recogen trabajos de construcción de muro de piedra que se aplican a la unidad 03.02.01 «Pared de piedra seca con técnica tradicional, menos 2,5 m altura» (...)

La unidad 03.02.01 se describe como:

Pared de piedra en seco hasta 2,5m de altura construida de acuerdo con la técnica tradicional de construcción de márgenes propios de las Illes Balears de acuerdo con los planos, encadenados y rellenos incluidos. (...)

La técnica tradicional de construcción de márgenes propios de las Illes Balears está claramente definida y tipificada y consiste en un sistema que tiene capacidad portante en sí mismo (...) y el pliego prevé la participación de un «Maestro de piedra en seco» en su construcción.

(...)

Los trabajos realizados no corresponden a la unidad 03.02.01 ya que no es un muro completo sino un recubrimiento que trabaja solidariamente con un muro de hormigón. No se ajusta a la técnica tradicional ni tiene los elementos característicos del margen tradicional y no se trata de un muro de piedra seca que, como su número indica, no utiliza mortero ni hormigón.

Los trabajos realizados corresponden a la unidad 03.02.03 (...). La 03.02.03 se describe como: *Muro de mampostería ordinaria de piedra calcárea en muros a más de 3 metros de altura, una cara vista, colocada con mortero de cemento (...)*

CONCLUSIONES:

(...) los trabajos de pared de piedra ejecutados (...) se deben abonar con la unidad 03.02.03 y no con la unidad 03.02.01.

(...)

En el mismo sentido, en el acta de la reunión de 25 de mayo de 2021, a la cual asistió un representante de la contratista, el director de las obras explicó las mediciones y justificó las diferencias de precio aplicadas en la liquidación de la siguiente manera:

Partida 03.02.01: M² Pared de piedra seca cono técnica tradicional < 2,5 m de altura

(...) La dirección de obras no ha considerado justificadas la imputación a esta unidad en las mediciones de la empresa ya que esta unidad requiere el cumplimiento de las siguientes condiciones que no figuran en la documentación presentada:

- La puesta en obra de los mampuestos de piedra en la técnica de “*pedra en sec*” no utiliza ligante entre ellas ni en el trasdós del muro.

- La resistencia del muro se basa en la utilización de piedras de mayores dimensiones en la base y un talud adecuado para cada tipo de terreno, con lo fino de soportar los empujes del trasdós del muro (1 H : 3-5 V).
- Se requiere una trabazón entre los distintos mampuestos para que no haya deslizamiento entre ellos.
- El relleno en el trasdós del muro está formado por distintos tipos de gravas y piedras de menores dimensiones que facilitan el drenaje y aminoren los empujes del trasdós. (Ángulo de rozamiento interno de relleno mínimo 38°)
- Los muros no se han rematado con un encadenado de cierre de forma sensiblemente rectangular para dar consistencia al mismo y tener un acabado uniforme.
- El relleno del trasdós el muro estaba incluido en la partida de m² de pared de piedra seca con técnica tradicional... y por tanto no sería de abono el hormigón colocado en el trasdós del muro.

Partida 03.02.03: M³ Muro de mampostería ordinaria de piedra calcárea en muros de hasta 3 metros de altura, una cara vista, colocada con mortero.

La dirección de obras ha considerado que las mediciones que la empresa imputa a la Partida 03.02.01 deben imputarse a esta partida.

En opinión la Junta Consultiva la diferencia conceptual entre las partidas de obra 03.02.03 y 03.02.01 queda bien aclarada en el informe técnico y en el acta de la reunión mencionados.

El Tribunal Supremo (entre otros, la Sentencia de 7 de mayo de 2004), los Tribunales administrativos de recursos contractuales y esta Junta Consultiva han considerado, en multitud de ocasiones que, por regla general, no se pueden revisar con criterios jurídicos aquellos aspectos que tienen que ser evaluados con criterios estrictamente técnicos. La doctrina de la presunción de acierto de los informes técnicos y la discrecionalidad técnica de la Administración se recoge entre otros, en las siguientes resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC):

La Resolución 632/2019, de 6 de junio, dispone que:

[...] siendo necesario recordar, a estos efectos, la doctrina sentada por este tribunal a propósito del principio de discrecionalidad técnica que ampara estos informes, cuyo criterio únicamente podrá ser revisado en los casos en los que se aprecie discriminación, arbitrariedad o error material manifiesto.

Conforme a esta doctrina, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya

incurrido en error material ostensible o manifiesto al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Y en la Resolución 1231/2019, consta que:

La discrecionalidad técnica opera como un derecho que asiste a la Administración a la hora de determinar las condiciones esenciales que tienen que revuelvo en la licitación, previa definición de las necesidades a satisfacer por la misma y ni los potenciales interesados, ni los Tribunales Administrativos pueden entrar a corregir este criterio, solo en el caso de la desviación de poder o una quiebra de los principios esenciales de la Contratación Pública, circunstancias que requieren ser acreditadas por quienes las aleguen ().

Teniendo a esta doctrina, la Junta Consultiva considera acertados los argumentos de los técnicos y no tiene nada a añadir respecto de la diferencia en el precio aplicable a la piedra de los muros. Los muros realmente ejecutados se tienen que imputar a la partida que corresponda, sin perjuicio de lo que resulte, finalmente, de la medición general, de la revisión de las certificaciones emitidas y del resto de trámites que se tienen que llevar a cabo para extinguir el contrato de acuerdo con la normativa de contratación.

Por todo esto, la alegación segunda se tiene que desestimar.

4.5 Alegación tercera:

La recurrente se opone al precio de la cubierta de piedra de los muros, de 0,30 m de grosor, a razón de 111,73 €/m³, porque considera que este precio está fuera de mercado.

Para acreditar esta afirmación solicita que, como prueba documental, se incorpore al expediente de resolución del recurso el PPT del contrato de limpieza, adecuación y mejora de varios tramos de torrentes de las Illes Balears del mismo órgano de contratación (CONTR 2017-905). La recurrente expone que en este otro contrato el precio que se paga por la cubierta de piedra de 0,30m es de 134,59 €/m², precio que se corresponde con el precio de las cuatro certificaciones aprobadas.

4.6 Contestación a la alegación tercera:

En el estudio técnico de la emergencia, se establecieron las características y condiciones del objeto del contrato, definiendo con la máxima precisión posible las necesidades de la emergencia a satisfacer, con el objetivo de cumplir los principios de eficacia en la utilización de los fondos públicos y

de obtención de la mejor relación calidad-precio en las obras objeto de contratación.

El cuadro de precios que rigen el contrato es el que consta en el estudio técnico, el cual se envió a la empresa COEXA, junto con la invitación a participar en la contratación de emergencia, para conocer su disponibilidad al ejecutar alguno de los lotes.

Revisado el cuadro de precios, se ha comprobado que la pared de piedra seca se tenía que pagar a un precio/m², mientras que la pared de ordinaria con mortero se tenía que pagar a un precio/m³. Concretamente los precios son los siguientes:

- Partida 03.02.01 m² de Pared de piedra seca con técnica tradicional < 2,5 m de altura construida de acuerdo con la técnica tradicional de construcción de márgenes propios de las Illes Balears PRECIO 134,59 €.
- Partida 03.02.03 m³ de Muro de mampostería ordinaria de piedra calcárea en muros hasta 3 metros de altura, una cara vista, colocada con mortero PRECIO 111,73 €.

Según consta en el expediente, COEXA manifestó estar interesada a ejecutar el contrato y resultó adjudicataria del lote 4.

El artículo 139.1 LCSP dispone que:

Las proposiciones de los interesados se tienen que ajustar a lo que prevé el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones, sin ninguna excepción o reserva.

La doctrina y la jurisprudencia han establecido que los pliegos u otros documentos contractuales de naturaleza similar «*en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato*», son la auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica para la Administración y para las empresas adjudicatarias del contrato (entre otros, hay que mencionar las Resoluciones de los TACRC 802/2016, de 7 de octubre y 956/2017, de 19 de octubre).

Por todo esto, hay que afirmar que desde el momento en que COEXA manifestó estar interesada en la contratación de emergencia y resultó adjudicataria del lote 4, quedó sujeta de manera incondicionada a las condiciones contractuales establecidas en el estudio técnico de la emergencia. Entonces, la empresa consintió la literalidad de aquel documento contractual y perdió la posibilidad de impugnarlo, con la única

excepción que se contemplara la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho, lo cual no ocurre en el supuesto de que nos ocupa (Resolución nº728/2019 TACRC).

Si COEXA consideraba que los precios no eran adecuados a mercado lo tendría que haber manifestado antes de aceptar las obras, puesto que alegarlo cuando las obras ya están ejecutadas resulta improcedente.

Finalmente, hay que añadir que por este mismo motivo, la prueba solicitada, consistente en la incorporación del PPT de otro contrato para comparar los precios aplicados resulta innecesaria.

4.7 Alegación cuarta:

Según la recurrente, se ha vulnerado su derecho de audiencia y se le ha causado indefensión, porque considera que no se le han contestado varias alegaciones que presentó a largo del procedimiento. Concretamente, las alegaciones que presentó el 13 de febrero de 2020 contra el acta de recepción; el 5 marzo de 2021, en relación con la Propuesta de liquidación; y en otras alegaciones, de fecha inconcreta, que dice haber presentado pocos días antes de la interposición del recurso especial que nos ocupa.

4.8 Contestación a la alegación cuarta:

En las alegaciones de 13 de febrero de 2020, la empresa expresaba su disconformidad con la medición de la asistencia técnica y manifestaba quedar a la espera de ser convocada de la medición general.

Comprobado el expediente, hay que reconocer que no consta ninguna contestación del órgano de contratación en relación con estas alegaciones; al respecto, en el informe técnico relativo al recurso que ha redactado la asistencia técnica, solo se justifica que:

La empresa fue convocada en dos ocasiones a la toma de datos y realización de la medición de las obras con posterioridad a la recepción. Fue necesario hacerlo en dos ocasiones porque la primera el representante de la empresa manifestó que había acudido y no había encontrado a la dirección de obra. En la segunda de estas ocasiones se realizó una reunión de la que se levantó acta; según el acta el representante de la empresa se limitó a reiterar las alegaciones ya manifestadas en el momento de la recepción de las obras.

En las alegaciones de 5 marzo de 2021, COEXA se oponía a la Propuesta de liquidación, insistía en que se tenía que llevar a cabo la medición general y

presentaba una medición de parte, emitida por el ingeniero de la empresa que, en su opinión, tenía que servir de contraste y verificación de la autenticidad de las obras ejecutadas.

Respecto de estas alegaciones, consta en el expediente que el director de obras emitió un informe, notificado a la contratista el día 29 de marzo de 2021 y le concedió un plazo de enmienda, puesto que la medición que había presentado la contratista era incompleto y faltaba información para poder evaluarlo desde el punto de vista técnico. Una vez subsanadas, se convocó a la empresa a una reunión para debatir las discrepancias. Esta reunión concluyó sin acuerdo entre las partes.

Finalmente, las alegaciones presentadas antes de la interposición del recurso no constan en el expediente que ha enviado el órgano de contratación.

Dicho esto, hay que mencionar que el régimen jurídico previsto en la normativa de contratación para la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos, se recoge en el artículo 97 del RGLCAP, que exige entre otros, informe del servicio competente, informe jurídico, audiencia de la contratista y resolución motivada del órgano de contratación.

El artículo 36 de la LPACAP, por otro lado, dispone que por regla general los actos administrativos se tienen que producir por escrito a través de medios electrónicos, salvo que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia.

Por un lado, se tiene que admitir que en el expediente que ha enviado el órgano de contratación falta la justificación de la contestación y tramitación de algunas de las alegaciones presentadas por la contratista, lo cual, sin duda, le ha ocasionado molestias que se habrían podido evitar con la tramitación adecuada del expediente por parte del órgano de contratación.

No obstante, de acuerdo con el artículo 48.2 LPACP, los defectos de forma solo determinan la anulabilidad cuando el acto no tenga los requisitos formales indispensables para lograr su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

Y de acuerdo con la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, las situaciones de indefensión se tienen que valorar según las circunstancias

de cada caso y no nacen de la sola y simple infracción de las normas procedimentales, sino cuando la vulneración de las normas procesales comporte la privación del derecho a la defensa, con perjuicio real y efectivo por los intereses afectados. No se protegen situaciones de simple indefensión formal, sino aquellos supuestos de indefensión material en los que se haya podido, razonablemente, causar un perjuicio al recurrente. Más concretamente, la omisión del trámite de audiencia no da lugar siempre y de forma automática, a la nulidad por esta causa, sino que se exige *"ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado"* (Tribunal Supremo, en Sentencia de 17 de octubre de 1991).

Una vez ponderadas las consecuencias producidas por la omisión, hay que apreciar que la empresa, finalmente, ha visto satisfecho su derecho a la defensa con la interposición del recurso especial que nos ocupa, y no se le ha causado indefensión susceptible de anulabilidad. Además, hay que tener en cuenta que el recurso estima parte de sus reivindicaciones, con el fin de que se lleve a cabo la extinción y liquidación del contrato de acuerdo con el que establece la normativa en materia de contratación pública.

Finalmente, hay que mencionar que la prueba documental que solicita la recurrente, — incorporación de expediente completo del contrato que nos ocupa (Exp. EMG1, lote 4)—, se ha incorporado de oficio para la tramitación de este recurso especial, el cual se ha dictado teniendo en cuenta los hechos que constan documentados. Además, dado que el expediente se tiene que retrotraer al momento de la medición general, la empresa dispone en cualquier momento del derecho de acceso al expediente que le corresponde como interesada en el procedimiento (el artículo 53 de la LPACAP) y que el órgano de contratación tendrá que garantizar.

Por todo esto, la alegación cuarta se tiene que desestimar.

Resuelvo

1. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa COEXA, contra la Resolución de Consejero de Medio Ambiente y Territorio, de 15 de octubre de 2021, que aprueba la liquidación del lote 4 del contrato de obras de emergencia para recuperar la funcionalidad de los cauces y restaurar las zonas afectadas por las inundaciones y desbordamientos provocados por las lluvias del 9 de

octubre de 2018 en la comarca del Llevant de Mallorca, y en consecuencia, anular el acto impugnado.

2. Ordenar al órgano de contratación a que retrotraiga el procedimiento, para que se lleve a cabo la medición general, la relación valorada y la certificación final de obras, en base a las cuales se tendrá que redactar una nueva propuesta de liquidación y, finalmente, una nueva Resolución de liquidación ajustada al ordenamiento jurídico (art. 243 LCSP y art. 163 y siguientes RGLCAP).
3. Notificar esta Resolución a la empresa COEXA, y a la Consejería de Medio Ambiente y Territorio.

Interposición de recursos

Contra esta Resolución —que agota la vía administrativa— se puede interponer un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses contadores desde el día siguiente de haber recibido la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

La secretaria de la Junta Consultiva
de Contratación Administrativa

María Matilde Martínez Montero