

En Logroño, a 20 de enero de 1998, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede provisional, con asistencia de su Presidente, D. Ignacio Granado Hijelmo, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D. Joaquín Ibarra Alcoya y D. Jesús Zueco Ruiz, siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

4/98

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente, en el expediente instruido para la resolución del contrato de ejecución de las obras relativas al «*Proyecto de cerramiento cinegético y reposición de marras de la repoblación forestal (2ª Fase) del monte de utilidad pública "El Estepar" de Préjano*».

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Del expediente remitido al Consejo Consultivo para emitir el presente dictamen, resulta, que, con fecha 5 de julio de 1996, el Consejero de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente, autorizó el gasto y aprobó el correspondiente proyecto de obras con un presupuesto por contrata de 20.572.566 pesetas, cuya adjudicación debía realizarse por el sistema de concurso abierto; aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y nombró Director de obras a D. R.F.A., Ingeniero de Montes, que había sido el técnico redactor del Proyecto.

En la Memoria Justificativa del proyecto se incluyen los criterios de valoración (presupuestos, interés económico en la zona; experiencia y plazo) que se tendrán en cuenta para la adjudicación.

El cerramiento cinegético de 15.000 metros lineales a base de postes de madera o metálicos de hierro galvanizado, según las características del terreno, tiene por objeto evitar el ramoneo de los cérvidos en las plantas repobladas.

La reposición de marras se calcula en un total de 40.000 plantas, de ellas 2.500 de frondosas plantadas a raíz desnuda.

En el Proyecto estaba previsto que la ejecución de las obras se efectuase los meses de abril-junio de 1996 (para el cerramiento cinegético) y los meses de diciembre 96-febrero 1997 (para la reposición de marras).

Segundo

Con fecha 7 de octubre, la Mesa de Contratación, a vista de la documentación técnica y del informe suscrito a tal efecto por el Responsable de Programa, D. R.F.A., elabora la propuesta de adjudicación del referido contrato, a favor de G.C., SA. con una puntuación global de 65.79 puntos y una proposición económica de 15.326.000 pesetas.

Tercero

El 21 de octubre de 1996, fue adjudicada la realización de la obra a la empresa G.C., S.A., por la oferta económica de 15.326.000 pesetas, firmándose el oportuno contrato el 21 de noviembre y estableciéndose un plazo de ejecución de ocho meses, contados desde el día siguiente al de la firma del acta de replanteo de la obra (cláusula cuarta); en el contrato suscrito se fija una fianza definitiva de 822.903 pesetas (cláusula sexta) y, en la cláusula séptima, se establece «*que no se revisarán los precios, de acuerdo con lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares*».

Cuarto

El acta de replanteo se firma el 5 de diciembre de 1996, por lo que el último día para la finalización de la obra quedó fijado en el 5 de agosto de 1997.

Quinto

En el mes de febrero y primeros días de marzo de 1997, la empresa realiza la reposición de marras, aunque de forma incompleta, al no reponerse el número total de plantas previsto en el proyecto -en particular de la clase de frondosas a raíz desnuda-, las cuales, por sus especiales características de especie y procedencia, debían ser facilitadas por la empresa, sin que, en ningún momento, se indicara por la empresa que no dispusiera de ellas.

Sexto

El 15 de abril de 1997, la empresa envía un fax en la que comunica que se prepara para realizar el vallado, aunque sin resultados materiales.

Séptimo

Con fecha 10 de julio de 1997, la empresa remite un nuevo fax en el que indica que comenzará la obra de vallado el día 14 de julio.

Octavo

El 11 de julio de 1997, el Director de obra envía una carta a la empresa recordándole que el plazo para finalizar la obra concluye dentro de tres semanas y media y que, dado que ha existido un abandono manifiesto de la obra durante varios meses, no se considera oportuno la concesión de ninguna prórroga.

Noveno

El 14 de julio de 1997, el guarda forestal de la zona comunica al Director de obra que han depositado estacas en el monte para realizar el vallado.

Décimo

Con fecha 16 de julio de 1997, el sobreguarda de la zona comunica al Director de obra que tres operarios de la empresa están realizando el vallado por el borde de una pista forestal (unos 800 metros lineales de postes colocados, según la empresa) que no se corresponde con el trazado previsto.

Undécimo

El 17 de julio de 1997, el Director de obra visita la zona acompañado del representante de la empresa, y le comunica que debe retirar el vallado realizado sobre la pista por no ser conforme con el proyecto, que no pueden utilizar la máquina pesada, tipo D-6, para abrir una trocha previa por el impacto importante que su realización puede causar en el monte, si bien puede mecanizar parte de los trabajos, utilizando métodos menos impactantes.

Por su parte, el representante de la empresa manifiesta su intención de presentar un escrito ante la Dirección General con diversas demandas respecto a la realización del vallado.

Duodécimo

Con fecha 28 de julio de 1997 se registra en la Consejería de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente del Gobierno de La Rioja un escrito de la empresa, presentado con fecha 22 de julio en la Subdelegación del Gobierno en Álava, en el que solicita una modificación del proyecto y otras consideraciones al respecto por las

siguientes razones:

- Que las condiciones del terreno no permiten, salvo en algunas zonas concretas, la colocación de los postes de madera.
- Que era aconsejable la sustitución de dichos postes de madera y los de acero galvanizado, por otros de hierro, así como realizar ciertos trabajos (igualación del terreno) y otras sustituciones de materiales (referidos a los alambres de tensión de la malla cinegética).
- Que la aplicación de estas técnicas sustitutivas supone un mayor costo del proyecto.

Decimotercero

Con fecha 29 de julio de 1997, el Director de obra reitera a la empresa la negativa a utilizar maquinaria pesada, proponiéndole alternativas menos impactantes y aceptando la propuesta de la empresa de emplear algunos nuevos materiales planteados, que no afectan a la calidad del resultado final y sin que supongan ningún tipo de modificación del coste de la unidad de obra recogida en el proyecto. Asimismo se le reitera la cercanía de la fecha de finalización de la obra y la inexistencia de motivos que justifiquen la concesión de una prórroga.

Decimocuarto

El 5 de agosto de 1997, fecha de finalización del contrato, los trabajos de reposición de marras se habían concluido en su mayor parte, si bien faltaba la reposición de frondosas a raíz suelta y en cuanto a las obras de cerramiento, los 800 metros lineales aproximadamente instalados se habían ubicado en un lugar distinto del proyectado, por lo que fue ordenada su retirada por el Director de Obra.

Para hacerse una idea del grado de incumplimiento, debe tenerse en cuenta que, según el presupuesto general aprobado en el proyecto, y sin perjuicio de la baja efectuada en la adjudicación, el coste asignado al cerramiento suponía 11.007.000,00 pesetas, mientras que la reposición de marras supone 3.529.867,00 pesetas, cantidades a las que se les sumaba la partida de gastos generales, beneficio industrial e IVA, hasta el total de 20.572.566.

Decimoquinto

El 13 de agosto de 1997, se registra en la Consejería de Desarrollo Autonómico, un escrito de la empresa, presentado con fecha 6 de agosto en la Subdelegación del Gobierno en Álava en el que vuelve a reiterar el contenido de su escrito de 22 de julio y expone su puntos

de vista sobre el contenido del escrito enviado por el Director de Obra.

De la comprobación sobre el terreno y de lo convenido con el Director de obra resultan, según el representante de G.C., S.A., diversas modificaciones en la ejecución del cerramiento, por lo que solicita que, por el órgano competente, se adopten las medidas pertinentes para solventar el problema técnico expuesto, con la revisión de precios oportuna, así como la ampliación imprescindible del plazo para la realización de la obra.

Decimosexto

El 18 de agosto, el Director de obra informa desfavorablemente la solicitud de prórroga, por considerar que no existen motivos que justifiquen la concesión de la misma, a cuya vista el Consejero, por resolución de 21 de agosto de 1997, resuelve no conceder la prórroga solicitada e insta a la Dirección facultativa para que inicie los trámites que considere oportunos de acuerdo con el art. 96 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP).

Decimoséptimo

Con fecha de 30 de septiembre, el Director de obra elabora un informe sobre la incidencias acaecidas, en el que, vista la evolución de la obra y *«la falta de capacidad de la empresa G.C., S.A. para su ejecución»*, propone *«la resolución del contrato por incumplimiento del mismo. Asimismo, solicita sean tomadas las medidas legalmente establecidas para inhabilitar en posibles licitaciones promovidas por la Comunidad Autónoma de La Rioja y durante un determinado período de tiempo a empresas como la citada»*.

Decimoctavo

Con igual fecha de 30 de septiembre de 1997, el Director de obra elabora un informe sobre la liquidación de las obras del *«Proyecto de cerramiento cinegético y reposición de marras de la repoblación forestal (2ª Fase) del monte de u.p. "El Estepar" de Préjano»* en el que se recogen las unidades de obra que se consideran aceptables para su liquidación por un importe total de 1.299.099 pesetas, correspondiendo todas las unidades de obra realizadas a trabajos de reposición de marras y ninguno a obras de cerramiento cinegético.

Decimonoveno

El 14 de octubre de 1997, el Consejero de Desarrollo Autonómico acuerda iniciar el expediente para la resolución del contrato, sin perjuicio de la posible exigencia de daños que la resolución del contrato pudiera haber ocasionado a la Comunidad Autónoma. Asimismo,

acuerda conceder a la parte interesada un plazo de 10 días, a contar desde la resolución, para que formule alegaciones.

Vigésimo

El 19 de noviembre del 1997 tiene entrada en la Secretaría General Técnica un escrito de alegaciones de D. B.L representante de *G.C., S.A.*, presentado el día 11 de noviembre de 1997 en la Delegación del Gobierno de La Rioja, en el que:

- Se opone a la resolución del contrato;
- Da por reproducido el contenido de los anteriores escritos presentados;
- Señala, en particular, la diferencia de precios existente entre la utilización de postes de hierro o de madera, que supone un mayor de coste para la empresa no asumible sin un incremento presupuestario;
- Plantea como alternativa la concesión de un nuevo plazo (que no excedería de un mes) para realizar los trabajos pendientes, con el consiguiente incremento presupuestario derivado del cambio de las estacas de madera por otras de hierro como consecuencia de la rocosa configuración del terreno;
- Y, caso de que lo anterior no se considere oportuno, propone la resolución del contrato de mutuo acuerdo.

Vigésimo primero

Con fecha 9 de diciembre de 1997, el Director de obra informa sobre las alegaciones presentadas por el representante de *G.C., S.A.* y señala lo siguiente:

- Que durante siete de los ochos meses fijados para la ejecución del proyecto, la adjudicataria no realizó ningún tipo de propuesta de modificación del proyecto ni de dificultad técnica para llevarlo a cabo;
- Que las obras de vallado se iniciaron cuando faltaban tres semanas y media para finalizar el plazo de ejecución, con medios técnicos y humanos claramente insuficientes para la terminación en plazo;

- Que, un día después de finalizado el plazo para la terminación del proyecto, solicita una prórroga para la finalización de los trabajos;
- Que, cuando faltan escasas semanas para finalizar el plazo, solicita un modificado del proyecto con variación en el coste de las unidades de obra previstas, que no se considera pertinente, ya que el propio proyecto prevé dos tipos de vallados acordes con las características del terreno, con postes de madera en terrenos más sueltos y con postes metálicos en terrenos con roca;
- Que la Dirección de obra acepta algunas variaciones en los materiales, pero sin que ello suponga ningún tipo de modificación del coste de las unidades de obra recogidas en el proyecto;
- Que, finalmente, la Dirección de obra admitió la mecanización de algunas labores en lugar de su realización manual, como recoge el proyecto, mecanización condicionada a la obtención del mismo resultado final y a la existencia de un bajo o nulo impacto ambiental, razón por la que no se considera adecuada el empleo de la maquinaria pesada desplazada al lugar de los trabajos.

Vigésimo segundo

El 23 de diciembre de 1997, la Asesoría Jurídica del Gobierno de la Rioja, a petición de la Secretaría General Técnica del la Consejería de Desarrollo Autonómico, señala que, al haberse opuesto el contratista a la propuesta de resolución del contrato, es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja, de conformidad con lo dispuesto en el art. 97.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Antecedentes de la consulta

Primero

Mediante escrito registrado el 5 de enero de 1998, el Excmo. Sr. Consejero de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente, solicitó dictamen del Consejo Consultivo sobre este expediente.

Segundo

Por escrito de 8 de enero de 1998, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió a acusar recibo de la consulta, a tenerla por bien efectuada y a declarar, provisionalmente, la competencia del Consejo para evacuarla.

Tercero

Designado ponente el Consejero señalado en el encabezamiento y, habiéndose recibido, con fecha 16 de enero, del órgano encargado de la tramitación del expediente de resolución del contrato, la documentación correspondiente al de contratación del mismo solicitada a instancias del referido ponente, el asunto quedó incluido en el orden del día de la sesión también reseñada en el encabezamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Competencia del Consejo Consultivo para emitir el presente dictamen

De acuerdo con el art. 60.1 y 3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos administrativos y los efectos de ésta, si bien, en el caso de que se formule oposición por el contratista, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. Igual requisito está establecido en el art. 97.1 de la referida Ley.

Por su parte, el Reglamento de este Consejo Consultivo, establece, en su art. 8.4.H, que habrá de recabarse su dictamen, salvo que se solicite del Consejo de Estado, en los expedientes administrativos en que la consulta venga exigida expresamente por una norma con rango de ley, en los supuestos contenidos en la misma y, en especial, los que se refieren -entre otros- a la resolución de los contratos administrativos.

Hallándonos, por tanto, en el caso legalmente contemplado de preceptividad de dictamen, por haberse formulado por el contratista su oposición a la resolución contractual, es clara la competencia del Consejo Consultivo para evacuar la consulta formulada.

Segundo

Observación de forma, sobre la necesidad de remisión de los expedientes completos

Antes de entrar en el fondo del asunto y en cuanto a la documentación necesaria para que el Consejo Consultivo se pronuncie con pleno conocimiento en esta clase de asuntos, debe tenerse en cuenta para el futuro por todos los centros gestores en materia de contratación que, en los expedientes de resolución de contratos, la documentación a remitir, cuando se requiera el parecer de este Consejo Consultivo, no debe limitarse a la generada a partir del momento en el que el órgano competente resuelve iniciar el procedimiento de resolución del contrato, sino que, necesariamente, deberá remitirse la documentación relativa al expediente de contratación completo, bien se trate de la documentación original o de copia debidamente autenticada, al menos con la diligencia de cotejo y concordancia con el original suscrita por el funcionario competente.

Tercero

Sobre la procedencia de la resolución del contrato

En cuanto se refiere al fondo del asunto, la Consejería de Desarrollo Autonomático, Administraciones Públicas y Medio Ambiente pretende la resolución del contrato adjudicado a *G.C., S.A.* por incumplimiento del plazo fijado para su ejecución, al amparo de lo dispuesto en los arts. 96 y 97 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

A) De acuerdo con lo dispuesto en el art. 96 LCAP *«cuando el contratista, por causas imputables al mismo hubiera incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades que se establecen en la siguiente escala...».*

En el presente caso, la Administración, a la vista de las circunstancias que han concurrido y, en particular, del informe de 30 de septiembre de 1997 del Director de obra, ha

optado por iniciar el expediente para la resolución del contrato, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 97 de la referida Ley, habiéndose rechazado expresamente la posibilidad de otorgar una prórroga a la adjudicataria, como permite el art. 97.2 LCAP «*si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista*», circunstancia que no concurriría en el presente supuesto.

B) El incumplimiento de los plazos de ejecución de los contratos administrativos constituye una causa general de resolución de los contratos prevista en el art. 112.e) LCAP. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 113.2, segundo párrafo, de la citada LCAP, el derecho a ejercitar la resolución del contrato es potestativo, en este caso, para la Administración, opción legal que reiteran expresamente los citados arts. 96 y 97, preceptos que contemplan la aplicación de la causa de resolución por incumplimiento de los plazos por parte del contratista, al tiempo que recogen algunas peculiaridades procedimentales y la necesidad del trámite de dictamen del Consejo de Estado u órgano Consultivo de las Comunidades Autónomas cuando se opte por la resolución y exista, como en este caso, oposición del contratista a la resolución pretendida.

C) La intervención del Consejo Consultivo en un caso como el presente ha de centrarse en examinar la concurrencia de la causa de resolución alegada, y si este incumplimiento puede considerarse imputable al contratista, al objeto de sopesar lo fundado de la pretensión resolutoria de la Administración, a la vista del contenido de la oposición del contratista .

D) A estos efectos, conviene recordar que los contratos administrativos y, muy especialmente, los contratos de obras, como es el presente, tienen el carácter de «*negocio fijo*», en el que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación del contratista esté realizada, implica, *ipso iure*, la calificación de incumplimiento a causa de éste (Dictámenes del Consejo de Estado 44.795, de 13 de enero de 1983, y 1191/93, de 25 de noviembre de 1993, entre otros, y Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1981), sin necesidad de interpelación o intimidación previa por parte de la Administración, como ahora recuerda el art. 96.2 LCAP, a menos que el contratista haya solicitado de ésta, dentro del plazo contractual, la correspondiente prórroga, en cuyo caso la Administración habrá de concedérsela si el retraso se ha producido por motivos no imputables al contratista (el art. 97.2 LCAP señala que la prórroga «*se concederá*» por la Administración «*si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista*»).

E) Pues bien, en el presente caso, según lo expuesto en los antecedentes fácticos, el incumplimiento del plazo de ejecución del contrato es enteramente atribuible a la mala

previsión y planificación del contratista en la ejecución del contrato.

- En efecto, de las dos prestaciones diferentes en que consistía el contrato (cerramiento cinegético con 15.000 metros lineales de vallado y la reposición de 40.000 unidades de plantas de diversas especies), se ha realizado, parcialmente, la de menor valor económico en cuanto al presupuesto de ejecución, la reposición de marras, y aun ésta de manera incompleta respecto del proyecto.

Así se constata de la lectura del informe de 30 de septiembre de 1997 del Director de Obra relativo a la liquidación de las obras. Sólo se han repuesto 31.222 plantas de las 40.000 unidades de previstas, y de ellas ninguna de plantas frondosas, operación que difícilmente podría realizarse con garantías de éxito aunque se hubiera prorrogado el contrato durante un mes, como solicitaba la empresa G.C., S.A., dado que las operaciones de plantación son absolutamente desaconsejadas en pleno verano (agosto), y deben realizarse en período invernal de paralización vegetativa.

- En cuanto a los trabajos de cerramiento cinegético, no se han realizado ninguno de los 15.000 metros lineales previstos en el proyecto, puesto que los realizados (unos 800 metros lineales, según afirma la contratista en sus alegaciones) lo fueron en lugar que no se correspondía con el proyecto y el Director ordenó su retirada. Además, estas operaciones se emprendieron cuando faltaban unas escasas tres semanas y media para la finalización del contrato. No era, pues, de extrañar y era previsible que cualquier dificultad en la realización de los trabajos (junto con una maquinaria inadecuada e insuficiente personal) ponía en serio peligro el cumplimiento del contrato, como así sucedió.

- El contratista, en el escrito presentado con fecha de 22 de julio de 1997 en la Subdelegación del Gobierno en Álava -esto es, a dos semanas vista de la finalización del contrato- y que fue recibido por la Administración contratante el 29 de julio de 1997, pone en conocimiento del órgano contratante la existencia de dificultades técnicas para llevar a cabo la instalación del vallado proyectado (la sustitución de los postes de madera y de acero galvanizado previstos en el proyecto por otros de hierro con el consiguiente ajuste de precios), dadas las características del terreno.

Sin embargo, como reitera el Director de obras, estas circunstancias no podían desconocerse, puesto que estaban previstas en el proyecto. La imposibilidad técnica a la que se refiere el contratista parece deberse, más una incompatibilidad para realizar las operaciones de vallado mediante máquinas pesadas, que podían causar un considerable impacto medioambiental, que a la imposibilidad real de que los postes de madera o de acero galvanizado pudieran colocarse mediante los procedimientos ordinarios..

F) Debe ponerse de manifiesto, además, que la prórroga del contrato se solicitó con fecha 6 de agosto de 1997, esto, es, cuando ya se había rebasado en un día el plazo de

cumplimiento del mismo, circunstancia que, por sí sola, determina el incumplimiento imputable al contratista.

La solicitud de prórroga dentro del plazo contractual constituye, de acuerdo con la doctrina reiterada del Consejo de Estado, una exigencia para que la Administración otorgue la prórroga, siempre que el retraso se haya producido por motivos no imputables al contratista. Así lo entendió el Dictamen del Consejo de Estado de 5 de noviembre de 1987, en aplicación de lo dispuesto en el art. 140 del Reglamento General de Contratación del Estado. Y así debe entenderse ahora, cuando el art. 97.2 LCAP establece como obligatoria la prórroga siempre que el retraso no sea imputable al contratista, entendiéndose que la regulación del citado art. 140, en ese particular no se opone a la vigente Ley y es, por tanto, exigible que la petición de prórroga se formule antes de que concluya el plazo contractual.

En el presente caso, las peticiones de la empresa *G.C., S.A.* en cuanto a la modificación de las condiciones del contrato y de la prórroga del plazo, una vez que había éste concluido, no tienen fundamento suficiente para desvirtuar que el incumplimiento del contrato no les es imputable y de su exclusiva responsabilidad, sino que se debió a la imposibilidad o mayor dificultad técnica inherente al contrato.

G) En la relación fáctica, queda de manifiesto que esas supuestas dificultades técnicas fueron advertidas cuando se inician los trabajos de cerramiento en las tres semanas y media previas a la conclusión del plazo de ejecución. En fin, que la causa fundamental de las dificultades radica en no haber observado una actividad suficientemente diligente en los siete meses anteriores, que le habría permitido cumplir en plazo el contenido del contrato.

Por todo ello, este Consejo Consultivo considera acreditado que el incumplimiento resulta imputable a la empresa *G.C., S.A.*

En tal caso, el incumplimiento culpable del contratista, como el que concurre en el supuesto sometido a nuestro dictamen, dará lugar a las consecuencias previstas en el art. 114 LCAP.

CONCLUSIONES

Única

El Consejo Consultivo entiende que concurre la causa de resolución prevista en el artículo 112.e) en relación con los arts. 96 y 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con los efectos de la resolución establecidos en el art. 114 LCAP.

Este es nuestro dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.