

En Logroño, a 22 de abril de 1998, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede provisional, con asistencia de su Presidente, Don Ignacio Granado Hijelmo, y de los Consejeros Don Antonio Fanlo Loras, Don Pedro de Pablo Contreras, Don Joaquín Ibarra Alcoya y Don Jesús Zueco Ruiz, siendo ponente Don Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

11/98

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente, de la formulada por el Excmo. Sr. Alcalde de Autol sobre la resolución del contrato de la obra de instalación del alumbrado público de esa localidad suscrito con E.A., S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Del expediente remitido por el Ayuntamiento de Autol para la emisión del presente dictamen resulta que, con fecha 25 de abril de 1997, fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Autol el proyecto técnico para la ejecución de las obras de instalación del alumbrado público, con carácter de urgencia, redactado por el ingeniero industrial D. M. J.B., cuya exposición al público fue anunciada en el B.O.R. de 17 de mayo de 1997.

Segundo

Por Resolución de la Dirección General de Administración Local de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de 26 de junio de 1997, a la vista del informe favorable de supervisión del proyecto técnico, se autoriza al Ayuntamiento de Autol para que contrate la ejecución de la obras de reforma de alumbrado público incluidas en el Plan Regional de Obras y Servicios de 1997, advirtiendo que la adjudicación definitiva

debe realizarse antes del 31 de julio de 1997.

Tercero

El Pleno del Ayuntamiento de Autol aprobó en su sesión de 2 de julio de 1997 el Pliego de cláusulas económico-administrativas y el Pliego de cláusulas administrativas particulares así como el expediente ordinario de contratación por el procedimiento abierto y subasta. En el referido Pliego de cláusulas administrativas particulares consta, en lo que ahora interesa, un tipo de licitación de 48.409.089 pesetas (Cláusula 2); el plazo de ejecución de las obras que será de *«cuatro meses, contados a partir del día siguiente de la firma del Acta de comprobación del replanteo de las obras»* (Cláusula 4) ; no se establece cláusula de revisión de precios, dada la duración del contrato (Cláusula 13).

Cuarto

La Mesa de contratación procede, el 19 de julio de 1997 a la apertura de las proposiciones económicas de la subasta, entre las cuales figura la presentada por A., S.A. por un importe de 38.975.000 pesetas, que corresponde a una baja de 19.50 por ciento. A la vista de las mismas *«acordó proponer la adjudicación en favor de "A., S.A." con presunción de temeridad con arreglo al artículo 84.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP) y elevar el acta al órgano de contratación para proceder, en su caso, a la adjudicación del contrato»*.

Quinto

Con fecha 21 de julio de 1997, el Director Técnico del Proyecto emite informe técnico sobre la licitación del alumbrado público y las ofertas económicas presentadas. En el mismo se señala que *«la media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones es del 10.3496% y la diferencia entre la oferta más económica (A. S.A.) y la media es de 9.1386 unidades, es decir, muy próxima a una baja temeraria»*. Dado que los precios de las unidades de obras que figuran en el presupuesto son precios de ejecución de mercado, no de tarifas de catálogo, considera que la oferta más económica incurre en una *«presunción de temeridad»*, de manera que *«para garantizar que la obra se ejecute de acuerdo con el proyecto aprobado (sin cambios de materiales) y en el plazo previsto (4 meses) propongo que para adjudicar la obra a A. S.A. se le exija una garantía definitiva por el importe total del contrato adjudicado (art.84.5)»*.

Sexto

Con idéntica fecha, el Arquitecto responsable de la asistencia técnico-urbanística del Ayuntamiento de Autol, que asistió a la Mesa de Contratación, emite informe en el que, tras diversas consideraciones, entiende que en el presente caso podemos encontrarnos *«ante una presunción de temeridad, desde el punto de vista técnico»*, por lo que propone adjudicar el contrato a E.A., con una fianza por el importe total del contrato adjudicado.

Séptimo

El Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Autol, en esa misma fecha, emite informe en relación a la presunción de baja desproporcionada o temeraria presentada por E.A. S.A. a la subasta para la ejecución de las obras de instalación del alumbrado público, en el que, tras diversas consideraciones jurídicas acerca de la interpretación del concepto de baja temeraria tal como está regulado en el actual ordenamiento jurídico (arts. 84.3 LCAP; art. 109 del Reglamento General de Contratación del Estado de 1975 y art 23 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), entiende que la propuesta económica de A. S.A. no incurre en baja temeraria, dado que la baja de su propuesta resulta un 19.4882%, que no sobrepasa los 20,3496% (10,3496% media aritmética de los porcentajes de baja de todas las proposiciones más 10 unidades, de acuerdo con el art. 109 citado). Propone que se le adjudique a dicha empresa con una garantía definitiva del 4 por ciento.

Octavo

El Pleno del Ayuntamiento de Autol, en su sesión de 22 de julio de 1997, adjudicó definitivamente las obras de instalación del alumbrado público a A. S.A. por importe de 38.975.000 pesetas y una garantía del 4 por ciento.

Noveno

El 4 de agosto de 1998 se firma el correspondiente contrato administrativo por cuya cláusula primera «D. J.A.I., en nombre y representación de E.A., S.A., se compromete a la ejecución de las obras de instalación del alumbrado público, con arreglo al pliego de cláusulas económico-administrativas y proyecto técnico de las mismas, que figura en el expediente, documento contractual que firma y acepta incondicionalmente y sin reserva alguna», al tiempo que presenta certificado de seguro de caución en concepto de garantía definitiva por importe de 1.936.364 pesetas, emitido

por la C.E.S.R de C Y C, S.A.

Décimo

Por Resolución de 12 de septiembre de 1997, que tiene entrada el 19 de septiembre en el Ayuntamiento de Autol, la Dirección General de Administración Local, acepta la adjudicación realizada a favor de E.A., S.A.

Undécimo

Con fecha 25 de septiembre de 1997 se formaliza el acta de comprobación de replanteo y autorización del inicio de la obra al que asisten un representante de A. S.A., el Director Técnico de la Obra y un representante del Ayuntamiento de Autol. Pese a que en el Acta se hace constar la conformidad del replanteo con los documentos contractuales del proyecto, la viabilidad de las obras y que el Director Técnico de la obra autoriza el comienzo de la misma con inicio de cómputo para la ejecución desde el día siguiente, en el reverso del acta constan sendas observaciones de la Dirección Técnica y del representante de A. S.A. que es preciso reseñar.

En cuanto a las primeras, se hace constar que en la reunión previa mantenida el 16 de septiembre, A. S.A. no presentó ningún material nuevo como se le había solicitado y se limitó a aportar documentación de luminarias y conductores, materiales que no se aceptan por la Dirección Técnica *«por no ser los del proyecto ni de calidad similar»*, emplazando al contratista para que presente muestras de diversos materiales en el plazo de 10 días. Concluye señalando que *«la presentación de estos materiales y su oportuna admisión es requisito previo imprescindible antes del inicio de cualquier trabajo de montaje de la instalación de alumbrado»*.

El representante de A., S.A. hace constar en dicha acta los siguientes reparos: «que por causas ajenas al contratista, el acta de replanteo no se ha podido hacer antes del día de la fecha; que el proyecto no incluye precios unitarios, ni precios descompuestos; que en la realización del replanteo se han marcado unidades de obra no incluidas en presupuesto, comprometiéndose a presentar relación de nuevos precios unitarios en el plazo de una semana; que solicita a la Dirección de obra la apertura del Libro de Ordenes; que presenta el plan de ejecución de las obras».

Duodécimo

En el Libro de Ordenes y Asistencias núm. 362, Hojas 1 a 6 (folios 38 a 43 del expediente), se recogen las siguientes incidencias: la primera, con fecha 4 de septiembre de 1997, se da cuenta de la presentación de diversas muestras de material que, unas, no son aceptadas por la Dirección Técnica (la luminaria, *«por tener inferior rendimiento fotométrico a la de proyecto y dificultades de mantenimiento»*) y el cable porque *«debe ser un cable de 1ª de cualquiera de las firmas...»*) y, otras, quedan a su disposición para su análisis. En la segunda, de fecha de 23 de septiembre se hace constar que en tal día debía celebrarse el acta de replanteo pero las personas que acuden en representación de A. S.A. manifiestan no tener poderes para firmar dicha acta, si bien se replantean los cuadros 1,2,3 y 5 del proyecto, y como no quieren concluir dicho acto, quedan convocados para el día 25 de septiembre. En la tercera, de fecha 2 de octubre, se da cuenta de la reunión mantenida entre la Dirección Técnica y representantes de A. S.A. para examinar muestras de los materiales solicitados, que no se admiten por no ser de la calidad y especificaciones contempladas en el proyecto. Se reitera de nuevo que *«hasta tanto en cuanto no se presenten el resto de materiales y todos ellos sean aprobados, no se inicien las obras»*.

Decimotercero

El 2 de octubre de 1997, A. S.A. presenta escrito al que se adjuntan diversos documentos (el Plan de trabajos, cálculos eléctricos según potencias proyecto; cálculos electricos para 250w, coef. 1,5 y 1,8; relación de precios unitarios contradictorios; relación materiales CM una salida, documentación, regulador ABB) y solicita que *«se suspenda el plazo de ejecución de la obra desde el día de replanteo hasta que se apruebe un plan de ejecución»*.

Decimocuarto

Ese mismo día 2 de octubre de 1997, todas las partes afectadas (Ayuntamiento, Director de la obra y el contratista) expresan su conformidad al programa de trabajos a realizar en la obra de alumbrado público, presentado en esa fecha como documento adjunto por el contratista y al que se ha hecho referencia en el apartado anterior (folio 37 del expediente).

Decimoquinto

Con fecha 7 de octubre, el Director Técnico de la obra requiere a A. S.A. para que presente todas las muestras de materiales en el Ayuntamiento de Autol y que, mientras ello no se realice, no podrán iniciarse las obras.

Decimosexto

En escrito presentado por A. SA, con fecha de entrada en el Ayuntamiento de Autol de 10 de octubre de 1997, se comunica que las obras de instalación del alumbrado no han podido comenzar debido a diferencias con la Dirección de obra, al no aceptar un modelo de *«luminaria que esta empresa presenta para su instalación y que cumple con todas las características descritas en el Proyecto de la obra»*. Señala, además, que en el acta de replanteo se han marcado una serie de unidades de obra que no figuran en Proyecto y que deben ser aceptadas antes del comienzo de las obras, razón por la que el inicio del plazo de ejecución de la obra no puede ser la del acta de replanteo.

Decimoséptimo

Con fecha 20 de octubre de 1997, el Director Técnico dirige escrito a A. S.A. en el que le comunica que, con fecha 2 de octubre, dio el visto bueno y firmó el programa de trabajos y *«que desde la citada fecha comienza a contar el plazo de ejecución de las obras y que estamos a la espera de la presentación de las muestras de materiales citadas en el libro de órdenes, además de aquéllas que puedan ser objeto de precios contradictorios»*. El escrito contiene una serie de precisiones en relación con los nuevos precios unitarios presentados por A. SA con fecha 2 de octubre.

Decimooctavo

Con fecha 30 de octubre tiene entrada en el Ayuntamiento de Autol escrito de A. S.A. en el que manifiesta su discrepancia respecto al inicio del plazo de ejecución de las obras dado que en *«el citado programa de trabajos figuran como primer paso la aceptación de materiales y aprobación de nuevos precios contradictorios, para dar comienzo a los trabajos y ninguno de estos apartados se ha producido»*. Expone el parecer de la empresa en cuanto a la contestación de la Dirección Técnica a los precios unitarios contradictorios por ella presentados el 2 de octubre.

Decimonoveno

El 6 de noviembre de 1997 el Director Técnico emite informe sobre el escrito referenciado en el apartado anterior en el que, entre otros extremos, señala que A. S.A. ha incumplido el programa de trabajo aceptado y firmado el día 2 de octubre de 1997 al no presentar muestras de diversos materiales; rechaza los aumentos de precios solicitados por A. S.A. en cuanto que la mayor parte de los precios contradictorios están ya incluidos en el presupuesto del Proyecto y que únicamente deben estudiarse los «precios que corresponden a unidades de obra no previstas en el proyecto o mejora de alguna unidad y se van a englobar en una memoria valorada para que el Ayuntamiento de Autol tramite el oportuno expediente de precios contradictorios» que afectan a seis conceptos; que el plazo de ejecución de obra cuenta a todos los efectos desde el día 2 de octubre de 1997.

Vigésimo

El día 10 de noviembre de 1997 el Alcalde de Autol, en contestación al escrito de 30 de octubre presentado por A. S.A., dicta una resolución, notificada el 13 de noviembre, por la que ratifica y hace suyos en todos sus puntos el informe del Director Técnico, le comunica que el plazo de ejecución de la obra comienza a contar el día 2 de octubre de 1997, fecha de la firma del programa de trabajo, *«ya que la no aceptación de muestras de materiales por la dirección técnica y la no aprobación del expediente de precios contradictorios, no por ello interrumpe el plazo de ejecución»*; le apercibe de que se va a proceder a la apertura del correspondiente expediente sancionador por el retraso en el cumplimiento de los plazos de ejecución del contrato por motivos que le son imputables; que contra dicha resolución puede interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en el plazo de dos meses. Esta Resolución no fue recurrida por A. S.A.

Vigesimoprimer

Que el 20 de noviembre de 1997, A. S.A. solicita al Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Aragón y La Rioja, para que designe a un ingeniero industrial con amplia y contrastada experiencia en la realización de Proyectos y Direcciones de Obra de Alumbrado Público al que quiere encargarle (*«queremos contratarle»*) la redacción de *«un informe técnico independiente, acerca de algunos detalles dentro de una obra de alumbrado público»*. En respuesta a dicha solicitud el referido Colegio profesional propone a D. I.G. G..

Vigesimosegundo

Con fecha de 24 de noviembre de 1997, el Alcalde de Autol da trámite de audiencia a A. S.A. por término de tres días, en relación con las unidades de obra no comprendidas en el proyecto de Instalación de Alumbrado público, para lo que se le adjunta relación valorada propuesta por el Director de la Obra, por importe total de 1.230.515 pesetas.

Vigesimotercero

Que con fecha 5 de diciembre de 1997 el Pleno del Ayuntamiento aprueba la certificación de obra número 1 por valor de cero pesetas que es debidamente notificada al interesado (documentos que corresponden a los folios 192 a 194).

Vigesimocuarto

Con fecha 18 de diciembre de 1997, A. S.A. presenta escrito en el Ayuntamiento de Autol al que se adjunta el informe técnico emitido por D. I.G. G., en el que se justifican unidades de obra no incluidas en el Proyecto por un importe de unos 7.000.000 de pesetas y solicita se suspenda el plazo de ejecución de la contrata hasta que por parte del Ayuntamiento resuelva lo procedente.

Vigesimoquinto

Con fecha 7 de enero de 1998, el Director Técnico, a la vista de dicho escrito y del referido informe, se ratifica en su anterior informe de 6 de noviembre de 1997; señala que no existe justificación alguna para no haberse iniciado las obras contratadas, ni para la falta de presentación por parte del contratista de las muestras exigidas; que debe exigirse a A. S.A. la correcta ejecución del contrato, en las condiciones que se derivan del Pliego de Condiciones, ley entre las partes.

Vigesimosexto

Con fecha 8 de enero de 1998 el Pleno del Ayuntamiento aprueba la certificación de obra número 2 por valor de cero pesetas que es debidamente notificada al interesado

(documentos que corresponden a los folios 195 a 197).

Vigesimoséptimo

El 3 de febrero de 1998, según consta en el sello de fechas del Registro de certificados del Servicio de Correos de Zaragoza y con entrada en el Ayuntamiento de Autol el 5 de febrero de 1998, D. J.A.I., en nombre y representación de A. S.A. en relación con el contrato de instalación del alumbrado público que tiene adjudicado y cuya acta de comprobación de replanteo suscribió en disconformidad, presenta las siguientes alegaciones:

- a) Que el Director Técnico de la obra ha rechazado las propuestas de enmienda de las deficiencias del Proyecto Técnico en su día alegadas.
- b) Que las deficiencias del Proyecto Técnico de la obra han sido ratificadas por el informe emitido por un ingeniero designado por el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Aragón y La Rioja.
- c) Que en su día solicitó la suspensión del plazo de ejecución de la contrata.
- d) Que al no obtener respuesta expresa la empresa requirió al Notario de Calahorra para que levantase acta de presencia en la que se ponen de manifiesto algunas de las imprevisiones del Proyecto Técnico, lo que obligaría a «la ejecución de la contrata de forma muy diferente a la prevista o proyectada».
- e) Que el Ayuntamiento debe resolver motivadamente sobre tales extremos y manifiesta su oposición a la interpretación hecha por la Administración, por lo que debe oírse al Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma.

En base a las cuales solicita *«acordar la modificación del Proyecto y las condiciones de su ejecución, o bien, en su caso, aceptar la propuesta del contratista sobre precios contradictorios por unidades de obra no previstas y por las deficiencias observadas en dicho Proyecto, y, en cualquier caso, la suspensión de ejecución de las obras. Subsidiariamente, y para el caso de no aceptar lo anterior, tener por formulada, oposición a la interpretación del contrato de obras, sometiendo al preceptivo informe del Consejo Consultivo de La Rioja la resolución que adopte el Ayuntamiento de Autol»* (documentos que corresponden a los folios 157 a 191).

Vigesimoctavo

Con fecha 6 de febrero de 1998 el Pleno del Ayuntamiento aprueba la certificación de obra número 3 por valor de cero pesetas que es debidamente notificada al interesado (documentos que corresponden a los folios 198 a 200).

Vigesimonoveno

Con fecha 9 de febrero, la Dirección Técnica emite la certificación liquidación número 4 por importe de cero pesetas por lo que «se dan por concluidas las obras con E.A., S.A.».

Trigésimo

El Pleno del Ayuntamiento, en sesión ordinaria celebrada el día 6 de febrero de 1998, a la vista del informe presentado el 3 de febrero de 1998 por el Director de la obra en el que da cuenta pormenorizada de las incidencias ocurridas en relación con la instalación de alumbrado público adjudicada en su día a A. S.A. y, como quiera que ha transcurrido el plazo de ejecución sin haberse comenzado las obras, acuerda iniciar el expediente de resolución del contrato, dando un plazo a A. S.A. y a la C.E.S.R, en su condición de avalista del contrato, para alegaciones en el referido expediente de resolución del contrato. Dicho acuerdo les fue notificado el 17 y 16 de febrero, respectivamente.

Trigesimoprimer

Que A. S.A., en el expediente de resolución del contrato, presenta, con fecha 26 de febrero de 1998, las siguientes alegaciones:

- a) Que en el acta de comprobación del replanteo ya advirtió diversas deficiencias del Proyecto Técnico.

- b) Que la Dirección Técnica ha rechazado las propuestas de modificación presentadas con fecha 2 de octubre. Señala que la Administración tiene la potestad de modificar los contratos por razones de interés público y en este caso, A. S.A. ha propuesto esa modificación sin la cual la ejecución de la obra en las condiciones del proyecto «*sería imposible técnicamente (salvo modificación presupuestaria)*» y que «*aceptaría que la cuantía de las modificaciones no fuese superior al aludido 20%*». Que el procedimiento para

la modificación del contrato una vez perfeccionado éste se ha simplificado en la actualidad puesto que los requisitos legales *«son de sencillo cumplimiento, si existe voluntad de la Administración local concernida...»*.

c) Que para avalar la postura de la contratista *«solicitó informe institucional técnico al Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Aragón y La Rioja»*, que designó a un colegiado que emitió informe al efecto. que se remitió al Ayuntamiento solicitando la suspensión del plazo de ejecución de la contrata.

d) Que por el Notario de Calahorra se levantó acta de presencia que pone de manifiesto ciertas deficiencias del proyecto y la imposibilidad de llevar a cabo su ejecución, debido a las graves imprecisiones de orden técnico como abundantes disposiciones del Proyecto que no tienen ninguna correspondencia con la realidad.

e) Que la aceptación de tales modificaciones del proyecto permiten reajustar los plazos de ejecución del contrato.

f) Que se opone a la interpretación del contrato realizada por el Ayuntamiento de Autol así como a su resolución.

Solicita se tenga por formulada su oposición a la resolución del contrato y se modifique el Proyecto y las condiciones de su ejecución sin vulnerar los límites legales, o, subsidiariamente, aceptar la propuesta del contratista sobre precios contradictorios, por unidades de obra no previstas. Si no se aceptase, se opone a la interpretación del contrato y a su resolución, sometiéndose las eventuales propuestas al preceptivo informe del Consejo Consultivo de La Rioja.

Trigesimosegundo

El Secretario-Interventor con fecha 6 de marzo, emitió informe en el expediente de resolución. En él se da cuenta pormenorizada de los hechos más relevantes relativos al contrato adjudicado a A. S.A. y cuya ejecución ha sido imposible por *«la negativa de E.A., S.A. de presentar las muestras de materiales conforme a las calidades y características del Proyecto e iniciar las obras contratadas»*, lo que determina un incumplimiento culposo del contrato. Tras un análisis del régimen legal del incumplimiento total del plazo propone al Pleno del Ayuntamiento resolver el contrato por culpa del contratista; exigir a A. S.A. la indemnización de los daños y perjuicios; declarar la pérdida de la fianza definitiva y requerir a tal efecto a la entidad avalista y afectar la fianza a la reparación

de los daños y perjuicios causados.

Trigesimotercero

El Pleno del Ayuntamiento de Autol, en sesión extraordinaria de 23 de marzo de 1998, acuerda desestimar las alegaciones formuladas por A. SA. que en nada modifican las apreciaciones y manifestaciones del informe de la Dirección facultativa de 6 de noviembre de 1997 y la Resolución de la Alcandía de 10 de noviembre de 1997 y solicitar dictamen del Consejo Consultivo sobre si existen o no razones jurídicas que justifiquen la resolución del contrato de instalación del alumbrado público adjudicado a A. S.A. y sobre cualquier otro extremo que considere conveniente en relación a este asunto.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por el Excmo. Sr. Consejero de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y medio Ambiente, mediante escrito registrado de entrada en el Consejo Consultivo el 30 de marzo de 1998, remite para dictamen el expediente enviado por el Ayuntamiento de Autol sobre este asunto.

Segundo

Mediante escrito registrado de salida el 1 de abril de 1998, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, en nombre del mismo, procedió a acusar recibo de la solicitud ed dictamen, a tenerla por correctamente efectuada con arreglo al Reglamento del Consejo y a declarar provisionalmente la competencia del mismo para dictaminar.

Tercero

Designado ponente el Consejero señalado en el encabezamiento, la ponencia quedó incluida en el orden del día de la sesión allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Competencia del Consejo Consultivo para emitir el presente dictamen.

De acuerdo con el art. 60.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), el órgano de contratación tiene la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos así como, en su caso, acordar su resolución y determinar 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 [art. 60.3 letra a) de la referida Ley]. 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 interpretación y resolución de los contratos administrativos.

En el caso sometido a nuestra consideración, nos hallamos ante un supuesto legal en el que es preceptivo el dictamen, por haberse formulado oposición por el contratista tanto a la interpretación del contrato realizada por el órgano de contratación como a su resolución, doble razón por la que es competente este Consejo Consultivo para evacuar la consulta formulada por el Ayuntamiento de Autol, remitida a través del Excmo. Sr. Consejero de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente.

Segundo

Concurrencia de una doble causa de intervención del Consejo Consultivo

Como se desprende de la relación fáctica antes referida, aunque la consulta formulada por el Ayuntamiento de Autol se refiere expresamente a si concurren las causas de resolución del contrato celebrado con A. S.A. para la instalación del alumbrado público, admite que nuestro dictamen pueda extenderse a *«cualquier otro extremo que considere conveniente en relación a este asunto»*.

Si bien ese inespecífico requerimiento de nuestra intervención es rechazable en abstracto, en cuanto que este Consejo Consultivo no es un simple órgano consultivo de la Administración local (dado que sólo podemos actuar en los casos preceptivamente

establecidos en el ordenamiento jurídico), en el caso concreto, tiene pleno sentido y justificación. En efecto, el escrito presentado por A. S.A., que tuvo su entrada en el Ayuntamiento de Autol el 5 de febrero de 1998, al que se refiere el Antecedente de Hecho Vigésimoséptimo, pone de manifiesto la oposición del contratista respecto a la interpretación que ha hecho la Administración del contrato en su día adjudicado, en particular, respecto del inicio del plazo de ejecución del contrato. Y este Consejo Consultivo, como ha quedado señalado en el Fundamento anterior, es competente para conocer de la interpretación de los contratos administrativos hecha por la Administración cuando exista oposición del contratista [art. 60.3.a) LCAP], al margen de cual sea la valoración que nos merezca el referido escrito.

En un orden lógico, debemos examinar, en primer lugar, la cuestión interpretativa suscitada en torno al inicio del plazo de ejecución del contrato administrativo celebrado entre el Ayuntamiento de Autol y A. S.A., puesto que la decisión que adoptemos sobre ello pudiera dejar sin fundamento la causa alegada de resolución del contrato, en cuanto limitada al incumplimiento del plazo contractual.

Tercero

La cuestión interpretativa

De acuerdo con lo que ha quedado recogido en el Antecedente de Hecho Vigésimoséptimo, A. S.A. formula en su escrito de 3 de febrero de 1998, que tuvo entrada en el Ayuntamiento de Autol el día 5 de febrero de 1998, una serie de alegaciones que, tras recordar que firmó en disconformidad el acta de comprobación del replanteo de la obra debido a ciertas deficiencias del proyecto técnico, se refieren al rechazo por el Director Técnico de la obra de ciertas modificaciones del Proyecto Técnico, a su petición de suspensión del plazo de ejecución de la contrata y a que tales discrepancias no han sido resueltas expresamente por el Ayuntamiento, y en relación con las cuales debe oírse al Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma y solicita que el Ayuntamiento acuerde la modificación del Proyecto y las condiciones de su ejecución de acuerdo con los precios contradictorios por ella propuestos y, en cualquier caso, la suspensión de ejecución de las obras. Caso de no aceptar lo anterior, solicita se tenga por formulada la oposición a la interpretación del contrato de obras sometiéndolo al preceptivo informe del Consejo Consultivo de La Rioja.

Al margen, como luego se razonará, del carácter absolutamente extemporáneo de este escrito, deben rechazarse sus afirmaciones de que el Ayuntamiento de Autol no resolviera expresamente sus peticiones que habían sido reiteradas en diversos escritos

anteriores de los que ha quedado constancia en los Antecedentes decimocuarto, decimosexto y decimoctavo de este dictamen. Basta examinar el contenido de la Resolución de la Alcaldía, de 10 de noviembre de 1997 (Antecedente vigésimo), en el que se reproduce íntegramente y hace suyo el informe suscrito por el Director Técnico de la obra (Antecedente decimonoveno), para constatar que se ha dado respuesta escrita al problema de las modificaciones del Proyecto, así como a la cuestión del inicio de la obra, no admitiendo la petición de suspensión de dicho plazo, que queda fijado en el 2 de octubre de 1997 y en la tramitación de una memoria valorada para las unidades de obra realmente nuevas y no contempladas en el Proyecto técnico inicial. Se habían resuelto, por tanto, expresamente dichas cuestiones, si bien no en los términos que pretendía A. S.A.

Debemos examinar, pues, si fue ajustada a Derecho la Resolución de la Alcaldía de 10 de noviembre de 1997 en cuanto a la fecha de inicio del contrato y a la modificación del Proyecto de obra. Examinemos por separado cada una de estas cuestiones.

Cuarto

La fecha de inicio de la ejecución del contrato

En cuanto a la fecha de inicio de los contratos de obra, cuestión que enfrenta al Ayuntamiento de Autol (que considera fecha de inicio la de 2 de octubre de 1997) y al contratista A. S.A. (que pide la suspensión de la iniciación de las obras mientras no se resuelva sobre la modificación del proyecto) debemos recordar ahora cuáles son las previsiones legales y reglamentarias sobre tal extremo. En el art.142 LCAP se establece escuetamente que *«la ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo»*, replanteo que debe hacerse dentro del plazo que se consigne en el contrato, *«que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización, salvo casos excepcionales justificados»*.

Más detallada es la regulación del art. 127 del Reglamento General de Contratación del Estado (Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre), que resulta aplicable en cuanto no se opone a lo dispuesto en la vigente Ley, de acuerdo con su Disposición Derogatoria única, letra b). A tal efecto señala dicho precepto:

«...

D) Cuando el resultado de la comprobación del replanteo demuestre la posesión y disposición real de los terrenos, su idoneidad y la viabilidad del proyecto, a juicio del facultativo Director de las obras, y sin reserva por parte

del contratista, se dará por aquél la autorización para iniciarlas, haciéndose constar este extremo explícitamente en el acta extendida, de cuya autorización quedará notificado el contratista por el hecho de suscribirla, y empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta.

E) En el caso contrario, o sea, cuando no resulten acreditadas las circunstancias a que se refiere el precedente párrafo o cuando el citado facultativo entienda necesario la modificación de las obras proyectadas o el contratista haga presente reservas, se hará constar en el acta que queda suspendida la iniciación de las obras hasta que por la Autoridad u órgano que celebró el contrato se dicte la resolución que estime oportuna dentro de las facultades que le están conferidas por la legislación de contratos del Estado. En tanto sea dictada esta resolución, y salvo el caso en que resulten infundadas las reservas del contratista, quedará suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, a los fines de reconocimiento de los derechos que cuando se produce esta situación concede el primer párrafo del artículo 148 de este Reglamento a los contratistas.

...

G) Si resultaren infundadas las reservas, en su caso, del contratista, formuladas en el acto de comprobación del replanteo o, si fueren superadas las causas que impidieran la iniciación de las obras, se dictará acuerdo, autorizando el comienzo de éstas mediante acto formal, debidamente notificado al contratista. El cómputo del plazo de ejecución se contará desde el día siguiente al de la notificación».

En los tres párrafos transcritos se contemplan en realidad dos supuestos distintos en cuanto a la comprobación del replanteo del Proyecto:

A) Si es favorable, el Director de la obra dará autorización para iniciar las obras, «*empezándose a contar el plazo de ejecución de las obras desde el día siguiente al de la firma del acta*».

B) Si es desfavorable, esto es, si no concurren las circunstancias a las que se refiere el párrafo D), resulte necesario modificar las obras proyectadas o se formulen reservas por el contratista, se hará constar en el acta que queda suspendida la iniciación de las obras hasta que la autoridad u órgano de contratación resuelva. Con arreglo al párrafo G) del art. 127 del Reglamento, en

estos casos, la autorización de comienzo de las obras debe adoptarse mediante acuerdo formal debidamente notificado al contratista, computándose el plazo de ejecución a partir del día siguiente al de esta notificación.

Esta es la interpretación integradora que debe mantenerse para salvar la antinomia que existe entre los párrafos E) y G) relativa al supuesto en que las reservas resulten infundadas. Teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica y la protección de la posición del contratista debe primar el tenor literal del párrafo G) y considerar como no puesta la salvedad contenida en el párrafo E), interpretación que queda reforzada si tenemos en cuenta el antecedente del viejo art. 127 del Reglamento de Contratación de 1968.

En el caso concreto, el Acta de comprobación de replanteo presenta ciertas singularidades que han quedado sintéticamente recogidas en el Antecedente Undécimo. Responde al supuesto de replanteo favorable (conformidad del replanteo de los documentos contractuales del proyecto; viabilidad de las obras definidas en el proyecto y autorización del comienzo de las obras por el Director Técnico), razón por la cual se da por notificado el contratista y comienza a contar el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la fecha, previsión en todo concordante con el art. 127.D) del Reglamento de Contratación.

La singularidad del Acta estriba en que se incluyen sendas observaciones en el dorso. El Director Técnico incluye como observación que no se han admitido las muestras de luminarias y conductores presentados, y que «el inicio de cualquier trabajo de montaje de la instalación de alumbrado» requiere imprescindiblemente la presentación previa de los materiales y su oportuna admisión. Para nada desvirtúa el contenido del Acta. Antes, al contrario, es una reafirmación del respeto de las obligaciones derivadas del contrato firmado. Asimismo, el contratista deja constancia de ciertas manifestaciones que este Consejo Consultivo entiende que no constituyen una reserva propiamente a la comprobación del replanteo y, en particular, ninguna reserva se hace en cuanto al inicio de las obras (nos remitimos al Antecedente Undécimo, último párrafo). Así llama la atención la primera de sus manifestaciones relativa al retraso en la realización de la comprobación del replanteo -que realmente existe, aunque la explicación del retraso debe buscarse en la tardía comunicación por la Comunidad Autónoma de la conformidad a la adjudicación realizada, que se hace el 19 de septiembre- cuando en la reunión del día 23 de septiembre ninguno de los representantes de A. S.A.cuenta con poderes para firmar el Acta. Por lo demás, debe recordarse que, en la formalización del contrato, consta la aceptación incondicional y sin reserva alguna del pliego de cláusulas económico-administrativas y del proyecto técnico (antecedente noveno), extremos sobre los que giran las alegadas discrepancias del

contratista.

Los propios actos del contratista, en sus primeras actuaciones, demuestran su convicción de que el inicio del cómputo de la ejecución de la obra es desde el día siguiente al de la firma del acta de replanteo. Y así, en el escrito de 2 de octubre de 1997 (antecedente decimotercero), tras referirse a la presentación de las muestras de materiales a instalar requeridas por el Director de Obra, literalmente señala que *«dado que el día del replanteo se entregó por parte del contratista el plan de ejecución de las obras, y no habiendo recibido hasta la fecha la aprobación del mismo, rogamos se suspenda el plazo de ejecución de la obra desde el día del replanteo hasta que se apruebe un plan de ejecución»*.

El rechazo explícito de que la fecha de inicio de la ejecución del contrato sea la del día siguiente a la de la comprobación del replanteo se produce, por primera vez, en el escrito presentado el 10 de octubre de 1997 (antecedente decimosexto), hecho que pone de manifiesto que no se formuló una reserva expresa y en sentido propio al Acta en este extremo y que, por tanto, la fecha de inicio fue la prevista de acuerdo con el art. 127 D) *in fine* del Reglamento de Contratación. En efecto, la fijación del inicio de la ejecución del contrato no es una cuestión dejada a la disponibilidad de las partes. Sólo cuando concurren las circunstancias previstas en el apartado E) del art. 127 del Reglamento queda suspendida la iniciación de las obras, debiéndose actuar de acuerdo con lo dispuesto en el apartado G) del citado art. 127. Lo que plantea A. S.A. a partir de sus escritos de 10 de octubre es una cuestión interpretativa sobre diversos aspectos del contrato adjudicado (la fecha de inicio de la ejecución; la inclusión en los precios no descompuestos del Proyecto de determinados trabajos; la valoración de las unidades nuevas que no figuraban en el Proyecto y se han concretado en el acto de comprobación del replanteo).

Pero, en la hipótesis de admitir que el Acta de comprobación de replanteo contiene una reserva del contratista, reserva que los posteriores escritos de A. no hacen sino poner de manifiesto, las actuaciones de la Administración contratante dan cobertura suficiente a las exigencias del art. 127 G) del Reglamento de Contratación. En efecto, el mismo día 2 de octubre que A. S.A. pide que se suspenda el plazo de ejecución de la obra desde el día de replanteo hasta que se apruebe un plan de ejecución», se firma, como ha quedado señalado, por todas las partes interesadas el denominado *«programa de trabajos a realizar»*, con lo que la pretensión del contratista quedaba satisfecha. Y tal es el sentido del recordatorio que con fecha 20 de octubre realiza el Director Técnico en escrito dirigido a A. S.A. (Antecedente decimoséptimo).

Incluso en el supuesto de que neguemos a dicha firma conjunta del *«programa de*

trabajos» el valor de un «*acto formal*», como exige el art. 127. G del Reglamento de Contratación, no podemos negársela a la resolución del Alcalde, de 10 de noviembre de 1997 (antecedente vigésimo). Ahora bien, como quiera que en ella se ratifica la fecha de 2 de octubre de 1997 como fecha de inicio de la ejecución del contrato, podría considerarse dicha previsión contraria al tenor literal del art. 127 G) del Reglamento, en cuanto que no sería esa fecha sino la de 14 de noviembre, día siguiente al de la notificación de la Resolución interpretativa, que fue practicada mediante certificado de correos con acuse de recibo el 13 de noviembre. Pese a concurrir una causa de anulabilidad, la Resolución del Alcalde goza de la presunción de validez mientras no se recurra ante los Tribunales, como se deduce del art. 60.1, segundo párrafo LCAP, que señala que los acuerdos dictados en el ejercicio de la potestad de interpretación de los contratos «*pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos*». Y A.S.A. en ningún momento interpuso recurso contencioso-administrativo alguno, como consta en el expediente.

Por lo demás, la citada Resolución del Alcalde daba respuesta a todas las cuestiones hasta entonces planteadas por A., S.A: la cuestión ya referida del inicio de la ejecución de las obras; la denegación de incluir ciertos precios en cuanto que ya están contemplados en el Proyecto técnico y, finalmente, la comunicación de que, en relación con las unidades de obra nuevas no contempladas en el Proyecto pero necesarias y señaladas como tales en la comprobación del replanteo, se redactará una memoria valorada para que el Ayuntamiento tramite el oportuno expediente de precios contradictorios, como así se hizo, al amparo del art. 146.4 LCAP. Distinto es que esa resolución expresa no fuera satisfactoria para sus pretensiones, pero esa es ya otra cuestión.

Como queda señalado, A. S.A. no recurrió la Resolución del Alcalde ni, en ese momento, a la vista de su oposición a la interpretación del contrato adoptada por la Administración, reclamó la intervención de este Consejo Consultivo. Lejos de utilizar los medios adecuados y eficaces para la defensa de sus intereses, A. S.A. contrata los servicios de un ingeniero para que avale sus pretensiones y que, como informe de parte, es rechazado por el Director de Obra; solicita la intervención del Notario de Calahorra para que levante un acta de presencia, que demuestra lo que es obvio; en modo alguno manifiesta su discrepancia con las certificaciones de obra mensuales que a partir de noviembre comienza a liquidar el Director de obra por importe de cero pesetas y sólo reacciona el 3 de febrero de 1998, el día siguiente al de la finalización del plazo para la conclusión de la intalación del alumbrado, de acuerdo con lo señalado por la Administración contratante. Por estas consideraciones no puede sino juzgarse extemporáneo este escrito, presentado ante el propio Ayuntamiento dos meses y dieciocho días más tarde que le fuera notificada la Resolución del Alcalde de 10 de

noviembre de 1997.

En este contexto, el referido escrito más parece una argucia procesal para reabrir la discusión sobre un acto administrativo firme y consentido, con la coartada de la necesaria intervención de este Consejo Consultivo al existir una «*aparente*» oposición del contratista a los criterios interpretativos del Ayuntamiento de Autol, que cuando pudo hacerse contenciosa en su momento y no se hizo.

Por las razones expuestas, la Resolución interpretativa del Alcalde de Autol, de 10 de noviembre de 1997, así como todas sus actuaciones relacionadas con la ejecución del contrato (liquidaciones de obra) gozan de presunción de validez propia de los actos administrativos, que no ha sido desvirtuada al no haber sido recurridas en tiempo y forma por el contratista.

Quinto

Concurrencia de causa de resolución del contrato

Procede ahora que examinemos si concurre causa que justifique la resolución del contrato de instalación del alumbrado público como pretende el Ayuntamiento de Autol, al no haberse siquiera iniciado su ejecución en la fecha de finalización del plazo. El incumplimiento de los plazos de ejecución de los contratos administrativos constituye una causa general de resolución 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 para la Administración, opción legal que reiteran el art. 96 y 97 LCAP. En efecto, 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, teniendo en cuenta las circunstancias que han concurrido resumidas sintéticamente en el informe del Director de obra de 3 de febrero de 1998 (Antecedente trigésimo), ha optado por iniciar el expediente para la resolución del contrato, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 97 LCAP. A tal efecto, ha dado trámite de audiencia a A. S.A., y ha desestimado sus alegaciones por considerar que en nada modifican las apreciaciones y manifestaciones de la Dirección Facultativa de 6 de noviembre de 1997 y la Resolución de la Alcaldía de

10 de noviembre de 1997. Como quiera que existe oposición del contratista es preceptivo nuestro dictamen.

Como hemos señalado en nuestro Dictamen 4/98 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.

A estos efectos, conviene recordar que los contratos administrativos y, muy especialmente, el contrato 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, 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 establece que la prórroga «*se concederá*» por la Administración «*si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista*»).

Pues bien, en el presente caso, según lo expuesto en los antecedentes fácticos, el incumplimiento total del plazo de ejecución del contrato, que ni siquiera ha comenzado las obras, es enteramente imputable a A. S.A. por su negativa a presentar las muestras de materiales conforme a las calidades y características del Proyecto requisito exigido por la Dirección técnica como garantía de la correcta ejecución del contrato. Con ello ha incumplido de manera culposa lo establecido en el art. 143 LCAP que señala que «*las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el director facultativo de las obras*». Y estas instrucciones le han sido transmitidas, tanto de palabra como por escrito, en reiteradas ocasiones.

En modo alguno la continuada actitud discrepante y de oposición del contratista respecto de la interpretación sostenida por el Director Técnico y con el órgano de contratación justifican el incumplimiento, puesto que la misma, como hemos señalado en el fundamento anterior, goza de la presunción de validez y es inmediatamente ejecutiva, sin que haya sido recurrida en tiempo y forma por el contratista. El carácter

restrictivo y de última medida que según el Tribunal Supremo tiene la resolución contractual cesa cuando se ponga de manifiesto de manera indubitada una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido. Y ello es patente en el caso sometido a nuestra consideración. En efecto, A. S.A. ha hecho caso omiso a los requerimientos de presentación de muestras de materiales que respondieran a los requisitos de calidad establecidos en el Proyecto (luminarias y conductores); ha solicitado mayores precios por unidades de obra que estaban incluidas en el Proyecto y en el Pliego de Prescripciones Técnicas, así como en la Cláusula 51 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado.

Esa contumacia del contratista tal vez deba ponerse en relación con la extraordinaria baja que representa su oferta económica, cercana por unas centésimas a la presunción de temeridad, como queda señalado en los Antecedentes de este dictamen. La experiencia contractual pone de manifiesto que cuando tales bajas se producen, se suele acudir a ciertos subterfugios (materiales de inferior calidad, discusión sobre los precios del proyecto, introducción de mejoras «*ficticias*», importantes reformados posteriores, compromiso de aceptar incrementos que no sobrepasen el 20 por ciento al objeto de evitar el trámite de informe del Consejo de Estado, etc) para escapar de la estrechez de los precios resultantes de la baja ofertada, que podría acabar en un pésimo negocio para el contratista. Resistirse a tales prácticas y subterfugios no es fácil y ha sido éste un ámbito muy propicio para las corruptelas administrativas. Por ello, debemos señalar que, en el presente caso, los intereses públicos del municipio de Autol han quedado convenientemente protegidos por quienes tenían el deber de hacerlo. Y de ello debemos dejar constancia en nuestro dictamen.

El incumplimiento culpable del contratista, que ni siquiera ha comenzado las obras en el momento de vencimiento del plazo para su conclusión, da lugar, de acuerdo con el art. 114.4 LCAP, a la incautación de la fianza definitiva constituida por el contratista como efecto propio del acuerdo resolutorio, dado el carácter de pena convencional que la misma tiene. Esta incautación no libera al contratista del deber de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento (Dictamen del Consejo de Estado 1646/91, de 23 de enero de 1992, que reitera doctrina legal anterior), cuantía de los daños que se determinará previa la instrucción del oportuno expediente siempre posterior al acuerdo de resolución del contrato, sin que haya que compensar nada en el presente caso por las obras ejecutadas, porque, como queda dicho, ni siquiera han comenzado.

CONCLUSIONES

Primera

La oposición formulada por E.A. S.A., en su escrito de 3 de febrero de 1998, a la interpretación del contrato de instalación del alumbrado público realizada por la Resolución de la Alcaldía de 10 de noviembre de 1997 es extemporánea al plantearse contra un acto firme y consentido, tal como ha quedado razonado en el Fundamento jurídico cuarto.

Segunda

Concorre la causa de resolución prevista en el art. 112.e) en relación con los arts. 96 y 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo razonado en el fundamento jurídico quinto.

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