

En Logroño, a 17 de septiembre de 2004, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Bueyo Díez Jalón, y D. José M^a Cid Monreal así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

81/04

Correspondiente a la consulta elevada a este Consejo Consultivo de La Rioja por el Excmo. Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Transportes, sobre la resolución de contrato administrativo de ***“mejora de la Seguridad Vial mediante la instalación de sistemas de contención en la LR-415, amortiguadores de impacto en las carreteras LR-111, LR-113, LR-115 y la LR- 134 e instalación de balizamiento luminoso en diversos puntos de la red”***.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Con fecha 19 de junio de 2002, el Jefe de Servicio de Carreteras formula propuesta de iniciación de expediente de contratación de obras de ***“mejora de la Seguridad Vial mediante la instalación de sistemas de contención en la LR-415, amortiguadores de impacto en las carreteras LR-111, LR-113, LR-115 y la LR- 134 e instalación de balizamiento luminoso en diversos puntos de la red”***, exponiendo los antecedentes, motivación de la obra y la forma de adjudicación acompañando el acta de replanteo y la viabilidad del proyecto y la certificación de disponibilidad de los terrenos.

La propuesta se eleva por el Director General de Obras Públicas y Transportes al Secretario General Técnico el siguiente día 20.

Segundo

Por Resolución del Secretario General Técnico, de fecha 26 de junio de 2002, se acuerda iniciar el expediente de contratación, nombrando Director de las obras a D. J.M.M.V. y como Colaborador a D. J.G.R..

Las obras tienen un presupuesto de 146.952,88 €, con cargo a la aplicación presupuestaria designada en el pliego de cláusulas administrativas particulares, obrante en el expediente bajo el número 5.

Tercero

El 9 de julio de 2002 se sometió el expediente a fiscalización previa y se aprobó el gasto de las obras por un importe total de 146.952,88 Euros correspondientes a las aplicaciones presupuestarias de los años 2002 y 2003.

Cuarto

Con fecha de 16 de julio, mediante Resolución del Secretario General Técnico de la Consejería, se aprueba el expediente de contratación definitivo, así como el presupuesto inicial y el Pliego de Cláusulas Administrativas. En la misma Resolución, se ordena la apertura del procedimiento de adjudicación mediante subasta abierta.

Quinto

En el B.O.R. nº 93 de 1 de agosto de 2002, se publicó el anuncio de la subasta mediante procedimiento abierto para la contratación de las obras de ***mejora de la Seguridad Vial mediante la instalación de sistemas de contención en la LR-415, amortiguadores de impacto en las carreteras LR-111, LR-113, LR-115 y la LR- 134 e instalación de balizamiento luminoso en diversos puntos de la red.***

Sexto

El 30 de agosto de 2002, una vez constituida la Mesa de contratación, se procedió a la lectura de las proposiciones presentadas, y analizada la documentación administrativa y las

proposiciones económicas, la misma elevó al Órgano de contratación la propuesta de adjudicación a favor de la empresa P., S.L., por el importe de proposición de 130.464,77 _.

Séptimo

El Secretario General Técnico, en su condición de Órgano de contratación, mediante Resolución de fecha 7 de octubre de 2002, acuerda la adjudicación de las obras a la empresa propuesta por la Mesa, P., S.L., en la cantidad de 130.464,77 _.

En la misma Resolución, se requiere a la empresa adjudicataria la formalización del contrato en el plazo de 30 días, el depósito de la fianza en el plazo de 15, la propuesta del Técnico para ser designado coordinador de Seguridad y Salud de las obras y toda la documentación necesaria establecida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Octavo

Con fecha de 8 de noviembre de 2002, el Secretario General Técnico acuerda la designación de D. O.P., Ingeniero técnico designado por la empresa adjudicataria, como Coordinador de Seguridad y Salud

Obra a continuación en el expediente la fianza prestada por la empresa por valor de 5.218,59 _.

Noveno

El 11 de noviembre de 2002, la Administración Autonómica contratante, y el legal representante de la empresa adjudicataria proceden a la formalización y firma del contrato de las obras de ***mejora de la Seguridad Vial mediante la instalación de sistemas de contención en la LR-415, amortiguadores de impacto en las carreteras LR-111, LR-113, LR-115 y la LR- 134 e instalación de balizamiento luminoso en diversos puntos de la red.*** Entre las cláusulas incluidas en el contrato, hemos de reflejar las que más nos interesan a la hora de concluir el dictamen y éstas son: la ***Cuarta***, en la que la empresa contratante se obliga a finalizar las obras en el plazo de cuatro meses a contar desde el día siguiente a la firma del Acta de comprobación de replanteo; y la ***Octava***, donde el contratista se somete al Pliego de Cláusulas Administrativas, a la legislación propia de la Comunidad y, supletoriamente, a la del Estado.

Décimo

El siguiente día 11 de diciembre de 2002, con presencia de la Dirección de las obras, del Responsable del Área de Conservación y Explotación, del Coordinador de Seguridad y Salud y con un representante de la Empresa adjudicataria, se levanta el Acta de comprobación del replanteo de las obras, siendo el siguiente día 12 el primero del plazo exigido para la conclusión de dichas obras.

Decimoprimer

El 14 de abril de 2003, transcurrido el plazo de cuatro meses para la finalización de las obras, el Director de las obras, con el visto bueno del Director General de Obras Públicas y Transportes, propone al Secretario General Técnico de la Consejería la resolución del contrato con la empresa P. S.L., por incumplimiento de los plazos establecidos en el contrato.

No consta notificación al contratista de la anterior propuesta. No obstante, en el escrito de Director de las obras de 15 de mayo, al que nos referiremos más adelante, se hace constar que se le dio traslado de la propuesta en cuestión.

Decimosegundo

Mediante escrito, sin fecha, sellado de entrada en la Consejería el día 15 de mayo, la empresa P. S.L. expone que ha sido imposible empezar las obras debido a las condiciones climatológicas adversas, solicitando una prórroga o, en su defecto, que la Administración se quede el material de la obra, ya que, de lo contrario, supondría un gasto excesivo.

El Director de las obras, en su escrito de 15 de mayo, insiste en proponer la resolución del contrato, argumentando que no resulta técnicamente factible el conceder un prórroga después de estar ampliamente extinguido el plazo de ejecución de la obra.

Decimotercero

En escrito de 16 de octubre de 2003, el Secretario General Técnico se dirige al Jefe del Servicio de Carreteras solicitando se remita informe con la valoración de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual, requerimiento que es cumplimentado el siguiente día 23, considerando como perjuicios cuantificables los determinados por la ejecución del acta de replanteo, que ascienden a 61,06 Euros, correspondientes a dos dietas y un kilometraje de 144 km.

Decimocuarto

Por Resolución de 14 de noviembre de 2003, el Secretario General Técnico acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual con las consecuencias de incautación de la garantía definitiva, por importe de 5.218,59 Euros, e indemnización de daños y perjuicios en cuantía de 61,06 Euros, pudiendo dar lugar, además, a la iniciación de procedimiento de declaración de prohibición de contratar con la Administración.

Decimoquinto

Notificada la resolución anterior a la empresa contratista, ésta, en escrito de 11 de diciembre, insiste en la imposibilidad de iniciar las obras debido a las bajas temperaturas que, por seguridad, hacían aconsejable no trabajar. Y, con reserva del derecho a pedir indemnización, manifiesta no comprender las razones de la Administración, salvo que se actúe así por tratarse de una empresa de fuera de la Comunidad.

Decimosexto

El mismo firmante del escrito anterior, D. J.A.B., en calidad de Administrador de la empresa P., presenta en la Consejería un escrito, fechado el 16 de enero de 2004, en el que solicita, por haber finalizado las obras, le sea devuelto el aval definitivo de 5.218,59 _.

Decimoséptimo

En sendos escritos dirigidos al Secretario General Técnico, de 23 de enero de 2004, el Responsable del Área de Conservación y Explotación, con el visto bueno del Jefe de Servicio de Carreteras, contesta a los de la contratista de fechas 12 de diciembre de 2003 y 16 de enero de 2004, negando que las bajas temperaturas impidieran los trabajos objetos del contrato (barreras de seguridad, protección de postes, barandillas...) y, mucho más, que las obras se hubieran finalizado, insistiendo en que no se había ejecutado absolutamente ninguna unidad de obra del proyecto ejecutado, por lo que propone se deniegue la devolución de la fianza.

Decimoctavo

El Secretario General Técnico, en escrito de 6 de febrero de 2004, remite el expediente a los Servicios jurídicos para el preceptivo informe, que es emitido en sentido favorable a la resolución el siguiente día 17.

Decimonoveno

El 25 de marzo, siendo la compañía M. Caución y Crédito parte interesada en la resolución del contrato, al ser la avalista de la contratista, se le da plazo de 15 días para hacer las alegaciones que estime oportunas.

Haciendo uso del trámite concedido, el siguiente día 21 de abril, M.Caución y Crédito envía un escrito de alegaciones en el que manifiesta que el retraso de las obras fue siempre por causas ajenas a la empresa contratista, que las temperaturas fueron siempre inferiores a menos 5 grados, lo cual suponía un riesgo para la salud de los trabajadores, que P. mantuvo contacto con D.J.G.R., Responsable del Área de Conservación y Explotación, en todo momento y le comunicó la situación en la que estaban las obras y que la paralización de éstas fue de mutuo acuerdo entre la empresa y la Administración, solicitando por todo la devolución de la fianza.

Se acompaña, junto al escrito de alegaciones, partes del Instituto Nacional de Meteorología pertenecientes a las fechas en que debieron haberse ejecutado las obras.

Vigésimo

El Secretario General Técnico, el 15 de julio de 2004, emite propuesta de resolución en la que propone resolver el contrato con la empresa P. S.L., proceder a incautar la garantía prestada de 5.218,59 _ y advertir a la contratista que una resolución firme del contrato por incumplimiento de la empresa puede dar lugar a la iniciación de procedimiento de declaración de prohibición de contratar, según lo regulado en los artículos 20 c) y 21.3 de la LCAP.

En la misma resolución, se recaba el dictamen de este Consejo.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito fechado el 15 de julio de 2004, registrado de entrada en este Consejo el 28 de julio de 2004, el Excmo. Sr. Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Transportes del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de 28 de julio de 2004, registrado de salida el día 29 de julio de 2004, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo.

Son varios los preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico en que apoyar la preceptividad del informe de los Órganos Consultivos, y así hemos de traer a colación los siguientes:

- El artículo 59.3 del Texto refundido de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas dispone la preceptividad del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de : **“a) interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”**.

- El artículo 109 del Reglamento de desarrollo de la LCAP, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, contiene el procedimiento a que deben ceñirse las Administraciones Públicas contratantes para acordar, en su caso, la resolución anticipada de los contratos por ellas convenidos, y así recoge el: **“Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista”**.

- El artículo 11 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, impone el deber de elevar la consulta en los siguientes asuntos: **“i) nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones, cuando se formule oposición por parte del contratista y , en todo caso, en los supuestos que así lo dispongan las normas aplicables.”**

- El artículo 12 del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional del Consejo Consultivo de la Rioja, la misma preceptividad impone para estos supuestos, y así se colige de lo expuesto en la letra i).

Por lo tanto, en el caso sometido a nuestra consideración, nos hallamos ante un supuesto legal en el que es preceptivo el dictamen, por haber formulado el contratista oposición a la propuesta resolutoria.

Segundo

Sobre la concurrencia de causa de resolución del contrato

El artículo 94 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone: ***“Los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares.”***

En el contrato celebrado por la Administración y la empresa P. S.L, de fecha 11 de noviembre de 2002, se establece, en su cláusula cuarta, que el plazo total de ejecución de las obras será de cuatro meses, a contar desde el día siguiente a la firma del Acta de comprobación de replanteo. Dicha firma es de fecha 11 de diciembre de 2002, con lo que el plazo de ejecución de las obras empezaba el siguiente día 12. El 12 de abril de 2004, último día de plazo, las obras están aún sin empezar, no se ha ejecutado una sola unidad de obra, por lo que el Director de obras propone la resolución del contrato.

Según artículo 95 de la LCAP, en su apartado primero, ***“el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva”***. Es decir, P. S.L había pactado un plazo de ejecución de las obras al que estaba sometido y no lo cumplió en absoluto.

No sólo estaba la contratista sujeta a un plazo determinado, sino que, además, ese plazo era justa causa de resolución contractual, como establecen los artículos 95.3 y 111 e) de la LCAP.

Es evidente, por tanto, que la contratista ha incurrido en el incumplimiento contractual que, conforme a los citados preceptos, constituyen causa de resolución del contrato, restando examinar si el incumplimiento es imputable a la contratista o si, por el contrario, es debido a circunstancias ajenas a su propia actuación y voluntad, examen que realizaremos en el siguiente Fundamento de Derecho.

La propuesta de resolución hace referencia a otra causa resolutoria, el incumplimiento del artículo 7.2 del Real Decreto 1627/1997 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras, incumplimiento subsumible en el artículo 111-g) de la LCAP. No obstante, no resulta claro del expediente si dicho incumplimiento contractual es imputable a la contratista o a la Administración, por lo que, siendo evidente la concurrencia de la otra causa resolutoria, según estudiamos en el siguiente Fundamento, obviamos profundizar en el incumplimiento referido.

Tercero

Sobre si la causa de resolución es imputable a la contratista

El legal representante de la empresa, en los escritos de alegaciones que remite a la Consejería, afirma siempre no haber podido comenzar las obras, ya que, durante los meses en que la obra debía realizarse, las temperaturas eran inferiores a 5 grados, impidiendo que se iniciaran por la posibilidad de producirse accidentes y por la propia seguridad de los trabajadores.

En este mismo sentido, la Compañía aseguradora M. Caución y Crédito, en su escrito de alegaciones, afirma que la contratista comunicó en todo momento al Servicio de Obras Públicas de Logroño el estado en que se encontraban las carreteras durante los meses de ejecución de la obra y las bajas temperaturas que impedían su comienzo, recibiendo por parte del Servicio el visto bueno de ese retraso hasta que finalizara el tiempo adverso. Afirma la Compañía que el incumplimiento no ha sido por causas imputables a la contratista sino por fuerza mayor, por las bajas temperaturas que afectaron durante el plazo de ejecución de la obra y que, por tanto, no cabe la incautación de la fianza.

Como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no basta sin más con un simple alegato, sino que ha de quedar suficientemente probado, por los medios admisibles en Derecho, que el incumplimiento es ajeno a la voluntad del contratista, obedece a otras causas, como son la fuerza mayor, el caso fortuito, las inclemencias del tiempo o la propia actuación administrativa. Es aquí donde reside el problema, ni la contratista ni la Aseguradora han probado, con la suficiencia que se exige, que las temperaturas no permitieran el comienzo de las obras, ni que el Servicio de Obras Públicas estaba al corriente del retraso.

Ya en su informe respondiendo a la contratista, el Responsable del Área de Explotación y Conservación manifiesta que el primer contacto con él fue en mayo, un mes después de la fecha de finalización de las obras, es decir, que no se había comunicado el retraso hasta después de finalizar el plazo de ejecución. También afirma la posibilidad de trabajo en

temperaturas inferiores a 5 grados sin peligro para la salud de los trabajadores y la posibilidad que por Ley le hubiera permitido, en plazo y forma, adoptar los mecanismos previstos para ampliar el plazo o para suspender la obra.

Es evidente que se tratan de meras alegaciones de parte, sin apoyatura probatoria alguna. Antes de la finalización del plazo, meses de marzo y principios de abril, es notorio que las temperaturas diurnas fueron superiores a 5 grados muchos días y, en todo caso, de haber concurrido las inclemencias climatológicas alegadas, de acuerdo con el artículo 100.1 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento de la LCAP, la petición de prórroga debía hacerse en el plazo máximo de quince días desde aquél en que se produzca la causa del retraso y, en todo caso, antes de la finalización del plazo de ejecución de las obras.

Debemos hacer una breve mención al escrito de P. S.L, de fecha 16 de enero de 2004, en que solicita le sea devuelta la fianza por haber concluido las obras, aserto desmentido por el informe del Responsable del Área de Explotación y Conservación de 23 de enero de 2004 y por las propias alegaciones de la contratista y de la Compañía aseguradora excusando la no ejecución de las obras por las inclemencias del tiempo. Aquel escrito pone de relieve la mala fe con que ha actuado la contratista.

La conclusión, pues, no puede ser otra que la resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista en base al artículo 111 de la LCAP, en concreto su apartado e).

Cuarta

Sobre las consecuencias derivadas de la resolución del contrato

Dispone el artículo 113.4 de la LCAP que: ***“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.”***

Pues bien, a tenor de lo que dispone el artículo anteriormente citado, la garantía de 5.219,59 Euros, prestada por M. Caución y Crédito ha de ser incautada por la Administración contratante.

Por otro lado, la contratista está obligada a indemnizar los daños y perjuicios, en que haya podido incurrir, en lo que exceda de la garantía incautada. De esta forma lo determina el artículo 113 del Reglamento de desarrollo de la LCAP, cuando establece que será el Órgano de contratación el que determinará la cantidad, previa audiencia. En el caso concreto, la

Administración, en la propuesta de resolución, ya dice que los daños y perjuicios no exceden de la cantidad incautada, con lo cual no cabe hablar de indemnización.

CONCLUSIONES

Primera

Concurre causa legal de resolución del contrato suscrito entre la Administración Autonómica y la empresa adjudicataria, P. S.L., de acuerdo con el artículo 111 e) de la LCAP pues, transcurrido el plazo para la finalización de las obras, ésta estaban aún sin comenzar.

Segunda

Procede, además, la incautación de la garantía definitiva constituida para responder de la ejecución del contrato, de 5.219,59 €, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113 de la LCAP.

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

