

Dictamen nº: **265/19**
Consulta: **Alcalde de Cobeña**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **20.06.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de junio de 2019, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Cobeña, cursada a través del Vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato menor de obra de remodelación del pavimento de las pistas de tenis del Polideportivo Municipal, suscrito con la empresa MAJUFRAN XXI, S.L. (en adelante, “*la empresa contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de mayo de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo procedente del Ayuntamiento de Cobeña.

A dicho expediente se le asignó el número 252/19, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D.^a Rocío Guerrero Ankersmit, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 20 de junio de 2019.

SEGUNDO.- Del expediente remitido se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Con fecha 15 de junio de 2018 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato menor de obras consistente en la remodelación del pavimento de las pistas de tenis del Polideportivo Municipal de Cobeña, previa valoración del mismo en 48.279,24 € (39.000,20 € más 21% de IVA). Las obras consistían en la actuación sobre el sistema de drenaje, nuevo pavimento poroso sobre la capa de gravilla drenante, pintura de la base de las pistas y marcaje de líneas de las mismas. Se fijaba un plazo de ejecución de tres meses.

Presentadas ofertas por dos empresas, con fecha 29 de junio de 2018 se propuso a la empresa contratista por ser su oferta 35.201 € más 7.392,21 de IVA, la oferta más conveniente para los intereses municipales (folio 5 del expediente administrativo).

Por Resolución 537/2018, de 2 de julio, el alcalde de Cobeña acordó, a la vista de los informes técnicos contratar con la empresa contratista, lo que se notificó a esta al día siguiente.

2.- El día 7 de agosto de 2018 se firmó el Acta de Comprobación del Replanteo, comenzando el plazo para la ejecución de las obras (folio 11). En la misma se indicaba que el plazo de ejecución se computaría desde el día siguiente al de la firma de la misma, por lo que expiraba el día 8 de noviembre y que *“las obras habrá de ejecutarlas con rigurosa sujeción a las estipulaciones contenidas en la Valoración que sirve de base al contrato así como a las instrucciones que en interpretación técnica de éste*

diere el técnico encargado del seguimiento o persona/s en quien delegue y a su oferta”.

3.- El día 5 de octubre de 2018 el arquitecto técnico municipal emitió informe sobre las visitas de comprobación de las obras realizadas el día 25 de septiembre y 5 de octubre que decía lo siguiente:

“Referente a la pista N° 3, de las cuatro existentes, se ha procedido a hormigonar dicha pista con el pavimento tipo tennisquick y el resultado no es el óptimo puesto que se observan desniveles entre los cuarteles ejecutados, las juntas de dilatación no mantienen ni la dirección ni el nivel adecuados, el pavimento presenta discontinuidades y falta de agarre en determinados tramos, que hacen que nos dirijamos al encargado de las citadas obras para comentarle que el estado de lo ejecutado no es el correcto y que no se va a admitir dicha ejecución, tomándose fotografías de dicho estado y que se incorporan al presente informe.

En el día de hoy, 5-10-2018, y acompañado del Sr. Alcalde y del encargado de Deportes del Polideportivo, se ha girado nuevamente visita a las citadas obras y en concreto a la pista N° 3, observando que si bien se han realizado actuaciones que mejoran el estado en que se encontraban el día 25-09-2018, se siguen observando defectos en la ejecución de la misma, en lo relativo a su pavimentación, manteniendo algún desnivel entre el pavimento y juntas de dilatación y falta de agarre en determinadas zonas donde aparecen las chinias sueltas”.

4.- El día 15 de noviembre tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Cobeña escrito remitido por la empresa contratista en que decía que había remitido un correo electrónico al aparejador municipal, a un concejal que identificaba con su nombre de pila, y al

encargado de Deportes del polideportivo, sin haber recibido respuesta alguna, y añadía:

“... trasladarle que tras la reunión que mantuvimos en las pistas de tenis hace aproximadamente tres semanas y que tiene contratada con esta empresa, y sin que tampoco hayamos tenido noticias vuestras desde entonces, debemos ratificaros una vez más, tras hacer las comprobaciones correspondientes, que los desperfectos por vosotros comentados, no son imputables a nuestra empresa, que está ejecutando las partidas de obra contratadas conforme a lo pactado y de forma correcta, por lo que quedamos pendientes de vuestras instrucciones, a fin de terminarlas y liquidarlas”.

El día 19 de noviembre de 2018 tuvo entrada nuevo escrito de un abogado que actúa por cuenta de la empresa contratista que decía:

“Mi cliente, (...), me ha hecho entrega de la documentación que me acredita la relación contractual concurrente entre Vds., así como las diferentes incidencias de las que han dado traslado con respecto a las obras de las pistas de tenis sitas en el término municipal de Cobeña (Madrid).

Me indican igualmente, respecto a dichas obras, que tras hacer las comprobaciones correspondientes, les han ratificado por diferentes medios, como los "desperfectos" e "incidencias" por Vds. comentados, no les son imputables a esta empresa, dado que vienen ejecutando las diferentes partidas de obra contratadas conforme a lo pactado e instrucciones recibidas a su instancia.

En tal sentido me han solicitado me ponga en contacto con Vds., en orden a dar solución amistosa a este asunto, habida cuenta la paralización de la actividad de esta empresa por causas a Vds. imputables, dado que al día de la fecha mi cliente ha recibido la llamada por respuesta, a los diferentes comunicados que les han

efectuado en tal sentido y donde expresamente les trasladaban, quedaban pendientes de sus indicaciones, a fin de concluir dichas obras, procediendo a la liquidación y pago de lo pactado”.

5.- El día 21 de noviembre de 2018 el arquitecto municipal emitió informe sobre el estado de ejecución de las obras, tras la visita de comprobación realizada el día 13 de noviembre en el que se observaba que las obras se encontraban en estado de abandono, no apreciándose ningún signo externo de trabajo en las mismas ni de maquinaria.

En relación con los trabajos realizados en la pista nº 1, el informe decía:

“Se han ejecutado las partidas 1, 2 y 3 citadas anteriormente observándose los siguientes defectos de ejecución:

Existen muchas zonas desniveladas que van a provocar que el bote de la bola no sea uniforme ya que hay muchas cejas entre los paños.

Se observan muchas zonas obstruidas en el pavimento poroso que van a provocar que no filtre el agua por dichas zonas provocando el embalsamiento de agua en dichas zonas.

La superficie está mal ejecutada en la elaboración y compactación del cemento y gravilla, pudiéndose comprobar cómo se encuentra suelta la gravilla en superficie, y eso sin haber comenzado el uso de la pista, que provocaría aún más desprendimiento de gravilla.

Las juntas de dilatación están hundidas como consecuencia de haber utilizado una junta plana que no es la adecuada para el pavimento poroso, y las reparaciones realizadas en todas las juntas se han realizado de manera defectuosa para subsanar el problema de compactación de las mismas.

La pintura no se encuentra ejecutada en su totalidad”.

Sobre los trabajos de la pista 2 el informe señalaba que *“no se ha ejecutado nada”.*

En relación con los trabajos realizados en la pista 3, el informe señalaba que se había ejecutado la partida 1 y parte de la partida 2, *“con los defectos de ejecución observados en la pista 1 pero con agravados en su peor ejecución si cabe”*, indicaba que no se había procedido al pintado de la pista ni al marcaje de líneas y que su estado se podía apreciar en las fotografías que adjuntaba.

En la pista 4, donde simplemente había que realizar reparaciones en el hormigón poroso y pintado de la superficie, el informe señalaba que se había pintado la pista confundiendo en el color de manera que lo rojo lo habían pintado de verde y lo verde de rojo, lo que era inadmisibile y obligaba a volver a pintar.

El informe concluía que debía requerirse a la contratista para que en el plazo de 15 días procediera a subsanar las deficiencias y desperfectos señalados en el informe o, en su defecto, *“proceder a la resolución del contrato y si procede a su liquidación”.*

El informe se acompaña de una valoración de las obras ejecutadas que concluye que *“la valoración de las obras ejecutadas correctamente, según lo descrito anteriormente, asciende a la cantidad de 2.421,08 €.*

Con fecha 27 de noviembre de 2018 el alcalde de Cobeña acordó dar traslado del informe del arquitecto municipal de 21 de noviembre de 2018 y conceder un plazo de 10 días para formular alegaciones, lo que se notificó el día 28 de noviembre.

El día 13 de diciembre de 2018 la empresa contratista presentó alegaciones. En las mismas manifestaba que los defectos observados por

la Administración eran consecuencia de los defectos de construcción de las pistas, como era el desnivelado de las mismas y que el proyecto presentaba defectos técnicos importantes al desconocer el Ayuntamiento los “cimientos” de las pistas. Afirmaba que el contrato tenía por objeto la remodelación y que la empresa no tiene que pechar con los defectos de construcción existentes. Advertía que aportaría un informe pericial tan pronto como dispusieran del mismo y que habían encargado como prueba de sus afirmaciones.

Emitido nuevo informe por el arquitecto municipal en el que proponía desestimar las alegaciones formuladas por la empresa contratista, con fecha 21 de diciembre de 2018, el alcalde de Cobeña por Resolución 1085/2018 acordó desestimar las alegaciones y requerir a la empresa contratista para que en un plazo de quince días reiniciara las obras, subsanara las deficiencias y defectos señalados en el informe técnico de 21 de noviembre de 2018 y finalizara las obras que faltaran por ejecutar, con la advertencia de que transcurrido el plazo indicado para cumplir el requerimiento se solicitaría informe a la secretaría sobre la legislación aplicable y el procedimiento para resolver el contrato.

Con fecha 9 de enero de 2019, la empresa contratista presenta escrito en el que denuncia que no se le ha dado traslado del informe emitido por el arquitecto municipal el día 20 de diciembre de 2018 y que ha servido de fundamento para desestimar las alegaciones lo que le causa indefensión. Advierte, además, que se le está causando indefensión porque no se le está permitiendo aportar el informe pericial anunciado en su anterior escrito. Considera además que la falta de motivación del acto acarrea su nulidad radical, por lo que solicita que se declare la nulidad de la Resolución 1085/2018 de la Alcaldía y que se declare la suspensión de la ejecución del acto y resolución impugnada.

A la vista del anterior escrito y observado error en la notificación practicada el día 24 de diciembre de 2018, con fecha 16 de enero de

2019 el alcalde de Cobeña acuerda dar traslado del informe técnico de 20 de diciembre de 2018 por el que se desestimaban las alegaciones, concediéndole nuevo trámite de audiencia por diez días.

El día 1 de febrero de 2018 tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Cobeña escrito de alegaciones por la empresa contratista en el que vuelve a insistir en los graves defectos procedimentales de que adolecía el procedimiento pues la Administración no le había remitido todos los informes y no le había permitido la remisión del informe pericial que se estaba elaborando al respecto. El escrito insiste en que la falta de entrega del informe de 20 de diciembre de 2018 y que la Resolución 1085/2018 no dice nada sobre el informe pericial anunciado, lo que le genera un gravísimo perjuicio y acarrea la nulidad radical del procedimiento.

El día 12 de febrero de 2019 el arquitecto municipal emite informe en el que se ratifica en sus anteriores informes de 21 de noviembre de 2018 y 20 de diciembre de 2018, *“toda vez que el resto de alegaciones formuladas son idénticas a las ya manifestadas en su primer escrito de alegaciones”*.

Solicitado informe al secretario municipal sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir en la resolución del contrato por un incumplimiento parcial y cumplimiento defectuoso del contrato por causas imputables al contratista, con fecha 11 de marzo de 2019 la secretaria municipal emite informe en el que señala que resulta de aplicación el artículo 192 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17), así como el procedimiento aplicable.

TERCERO.- 1.- Por Resolución de 11 de marzo de 2019 del alcalde de Cobeña se acordó el inicio del procedimiento de resolución del contrato.

En la misma resolución de inicio del procedimiento se acordaba conferir trámite de audiencia a la empresa adjudicataria por un plazo de diez días para alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

Con fecha 11 de marzo de 2019 el coordinador de servicios deportivos elabora un informe sobre los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento parcial del contrato y cumplimiento defectuoso del mismo en 6.901,90 €, cantidad resultante de la suma de los ingresos dejados de percibir por el alquiler de las 4 pistas de tenis durante el período del 1 de agosto de 2018 a 31 de agosto de 2018; los ingresos dejados de percibir por el alquiler de las 2 pistas de tenis durante el período del 1 de septiembre de 2018 a 11 de febrero de 2019; los ingresos dejados de percibir por el alquiler del pabellón polideportivo durante el 1 de septiembre de 2018 al 11 de febrero de 2018, al haber tenido que habilitar su uso como pistas de tenis (2), así como los gastos necesarios para el acondicionamiento de dicho pabellón en pistas de tenis.

2.- Con fecha 25 de marzo de 2019, la empresa contratista presenta escrito de alegaciones en las que vuelve a insistir en los defectos procedimentales observados y, en relación con el incumplimiento contractual alegado, insiste en los defectos de construcción de que adolecían las pistas de tenis por el desnivelado de las mismas con carácter previo a las obras. Vuelve a insistir en que se le ha impedido aportar un informe pericial que acredite la realidad de sus afirmaciones y que dice aportar con su escrito.

El informe que aporta, fechado el 24 de marzo de 2019, está firmado por un ingeniero de Caminos, Canales y Puertos cuyo nombre y apellidos coinciden con la persona que firmó el Acta de Comprobación de Replanteo el día 7 de agosto de 2018 como representante de la empresa contratista.

El informe dice:

“• Como hemos podido observar en el reportaje, hay una serie de desplazamientos laterales y de asientos diferenciales del terreno los cuales no sabemos por qué se han originado estos movimientos se suceden bajo las pistas actuales.

• Los trabajos contemplados en contrato, no contemplan ninguna medida para corregir lo arriba mencionado.

• Los desperfectos no se producen justo después del fraguado del hormigón, sino días después. Lo que nos lleva a decir que se han vuelto a producir movimientos en el terreno.

• Obviamente no corresponde a MAJUFRAN XXI, S.L. el estudio de las soluciones para evitar lo anteriormente citado.

• Las pistas adolecían, antes de los trabajos, de unos desperfectos que no se deben solamente al uso normal de las mismas.

• El uso continuado de una pista de tenis puede producir decoloración en la pintura, desgaste en algunas zonas e incluso, si apuramos el desprendimiento de algo de material o aparición de ciertas “calvas” en la pista.

• Lo que no puede producir sólo por su uso son asientos diferenciales en las pistas o levantamientos del pavimento por la compresión de dos losas entre sí ni por supuesto fisuras en pavimento.

- *Se desconoce el tipo de terreno sobre el que se están ejecutando las obras. No se sabe si es un relleno o si es terreno firme. Se carece de estudio geotécnico.*
- *Anterior a los trabajos ya se habían extendido otras pistas encima de las actuales, como se pudo constatar al realizar los taladros. Esto repercute en un mayor peso de las pistas, lo cual puede hacer que haya mayores movimientos del terreno.*
- *Un incremento de peso en las anteriores pistas, puede producir mayores asentamientos.*
- *Al producirse asentamientos diferenciales y empujes laterales, estos producen asentamientos y resaltes en las pistas.*
- *Existen 3 balsas junto a las pistas que, en caso de tener filtraciones, podrían afectar a la estabilidad de las pistas.*
- *En las pistas de frontón situadas por encima de las pistas de tenis aparecen fisuras, lo cual nos hace pensar que es un problema generalizado”.*

El informe concluye que los desperfectos observados tras los trabajos se deben a los mismos vicios ocultos que causaron los desperfectos iniciales, por lo que la empresa contratista no puede ser responsable de los vicios ocultos existentes.

3.- Con fecha 9 de abril de 2019 el arquitecto municipal elabora informe que dice:

1º.- Ratifico todo lo manifestado en los informes emitidos en fecha de 21 de noviembre de 2018, 20 de diciembre de 2018, y 12 de febrero de 2019, toda vez que el resto de las alegaciones formuladas son idénticas a las ya manifestadas anteriormente y el informe pericial,

al tratarse de un informe de parte, carece de objetividad en cuanto a las consideraciones técnicas planteadas que se resumen en su apartado 10 y que no se pusieron de manifiesto en el Acta de Replanteo, momento que de ser ciertas dichas consideraciones, que a juicio de quien suscribe no lo son, deberían haberse reflejado en dicho acta.

2º.- De todo lo manifestado se observa el incumplimiento del contratista tanto por incumplimiento parcial como por cumplimiento defectuoso en la ejecución del contrato.

3º.- La valoración de los daños y perjuicios ocasionados, según informe del Coordinador de Servicios Deportivos asciende a 6.901 ,90 euros”.

4.- A la vista del anterior informe, con fecha 10 de abril de 2019, la secretaria del Ayuntamiento de Cobeña concluye en su informe fechado el 9 de abril de 2019 que, jurídicamente el incumplimiento del contrato es imputable al contratista y que el incumplimiento se encuadra dentro del supuesto previsto en el artículo 192 de la LCSP/17.

5.- El alcalde de Cobeña acuerda propuesta de resolución consistente en resolver el contrato menor de obra adjudicado a MAJUFRAN XXI S.L., para la ejecución de las obras de “Remodelación de Pavimento y Pistas de Tenis del Polideportivo Municipal de Cobeña (MADRID)”, todo ello al amparo de lo dispuesto en el artículo 192 y siguientes de la LCSP/17 y el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Asimismo se acuerda solicitar Dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora y notificar la propuesta a los interesados.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: *“3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”.*

La solicitud de dictamen del alcalde de Cobeña se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavocía del Gobierno, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) del ROFCJA (*“Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los alcaldes-presidentes de las mismas, y se cursarán a través del consejero competente en relaciones con la Administración Local.”*).

SEGUNDA.- El expediente del contrato cuya resolución se pretende se inició el 15 de junio de 2018, una vez entrada en vigor la LCSP/17 y se adjudicó el día 2 de julio de 2018 por lo que, tanto desde el punto de vista procedimental como en el sustantivo, resulta de aplicación la LCSP/17.

En materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, ha de atenderse, por tanto, a lo previsto en el artículo 212.1 de la LCSP/17 a cuyo tenor *“la resolución del contrato se acordará*

por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca". Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *"procedimiento para la resolución de los contratos"* en lo que no se oponga a la ley.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, tanto el artículo 59 del TRLCSP como, actualmente, los artículos 190 y 212 de la LCSP/17, la atribuyen al órgano de contratación, que en este caso es el alcalde de Cobeña.

Igualmente se ha recabado el informe de la Secretaría exigible conforme la disposición adicional 3^a.8 de la LCSP/17 y el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191 de la LCSP/17, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución (al que se equipara la caducidad de una concesión), cuando se formule oposición por parte del contratista. En este caso, la mercantil contratista se ha opuesto a la resolución del contrato por las causas invocadas por el Ayuntamiento de Cobeña, lo que hace necesario el dictamen de este órgano consultivo.

Por otro lado se ha cumplido con el trámite de audiencia a la contratista. Al no haberse constituido garantía, no resulta necesario dar audiencia al avalista o persona que garantice el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Con posterioridad al trámite de audiencia se ha incorporado al procedimiento el informe de la secretaria del Ayuntamiento de Cobeña, lo que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 82.1 de la LPAC que prevé que *“La audiencia a los interesados será anterior a la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento”*.

Se observa, también, que después del trámite de audiencia ha emitido nuevo informe el arquitecto municipal. Sobre esta forma de proceder se ha pronunciado este órgano consultivo al considerar que, por regla general, no pueden incorporarse informes después del trámite de audiencia más que con la excepción del informe de la Asesoría Jurídica, en este caso el de la secretaria del Ayuntamiento de Cobeña, y el informe del órgano consultivo. Ahora bien, también es doctrina reiterada de este órgano consultivo que la incorporación de otros informes distintos de los citados anteriormente solo genera indefensión cuando introduzcan hechos o cuestiones nuevas en el procedimiento administrativo, lo que no ocurre en el presente caso.

La empresa contratista ha alegado en diversos escritos que se le ha generado indefensión y que ello genera *“la nulidad del procedimiento”*, solicitando de forma confusa la nulidad de la Resolución de la Alcaldía nº 1085/2018, porque no se hizo entrega del informe técnico emitido el día 20 de diciembre de 2018 y que, una vez hecha entrega del mismo, el día 17 de enero de 2019, se debería *“haber retrotraído las actuaciones y conferir a esta parte el plazo correspondiente a la resolución de 21 de diciembre de 2018”*.

Sobre esta alegación, es preciso advertir que, si bien es cierto que la Resolución 1085/2018, de la Alcaldía desestimaba las alegaciones presentadas por la empresa fundándose en los motivos expresados en un

informe técnico fechado el día 20 de diciembre de 2018 que no se acompañaba con dicha resolución, también requería a la empresa para que en un plazo de quince días reiniciara las obras y subsanara las deficiencias y defectos señalados en el informe técnico con la advertencia de que, transcurrido dicho plazo, se podía iniciar un procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista.

Por tanto, la entrega del informe técnico de fecha 20 de diciembre de 2018, el día 17 de enero de 2019 y la subsanación del error cometido por la Administración en su resolución anterior, reabrían el plazo para que la empresa contratista hubiere reiniciado las obras y subsanado los defectos observados por el arquitecto municipal.

La empresa contratista, sin embargo, el día 1 de febrero de 2019 presenta nuevo escrito en el que vuelve a insistir en la falta de motivación de la resolución del alcalde al quedar remitida a un informe que no se acompañaba y que determina la nulidad de la Resolución 1085/2018 y sobre la falta de pronunciamiento sobre la prueba pericial que anunciaba en su escrito y que le genera indefensión al impedirle su presentación.

Esta Comisión Jurídica Asesora no comparte los anteriores argumentos. La falta de motivación de un acto no está prevista entre las causas que determinan la nulidad del mismo (artículo 47.1 de la LPAC) sino de anulabilidad de acuerdo con el artículo 48.1 de la LPAC. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 251/2017) declara:

«Como hemos señalado en numerosas ocasiones (por todas STS de 14 de febrero de 2000) “la nulidad de los actos administrativos sólo era apreciable en los supuestos tasados del art. 47 LPA (art. 62 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común) y la anulabilidad por defectos formales, sólo procedía cuando el acto carecía de los requisitos

formales indispensables para alcanzar su fin o producía indefensión de los interesados, según el art. 48.2 LPA (RCL 1958, 1258) (art. 63.2 LRJ-PAC)”; por ello, “cuando existen suficientes elementos de juicio para resolver el fondo del asunto y ello permite presuponer que la nulidad de actuaciones y la repetición del acto viciado no conduciría a un resultado distinto, esto es, cuando puede presumirse racionalmente que el nuevo acto que se dicte por la Administración, una vez subsanado el defecto formal ha de ser idéntico en su contenido material o de fondo, no tiene sentido apreciar la anulabilidad del acto aquejado del vicio formal”.

En la misma línea hemos señalado (SSTS 10 de octubre de 1991 y 14 octubre 1992) que para que proceda la nulidad del acto prevista en el precepto considerado como infringido (62.1.e LRJPA, antes 47 LPA) “es preciso que se haya prescindido totalmente de los trámites del procedimiento, no bastando la omisión de alguno de estos trámites por importante que éste sea. Cuando se ha omitido un trámite procedimental, pero no se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto nos encontramos con la posibilidad de que el acto pueda ser anulable de conformidad con el artículo 48.2 de la referida Ley Procedimental (ahora 63.2 de la Ley 30/1992) aunque en este supuesto sólo procederá la declaración de anulabilidad si el acto carece de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o si ha producido indefensión a los interesados”.

En el presente caso, el defecto procedimental alegado consistente en la falta de motivación del Decreto de la Alcaldía 1085/2018 fue subsanado por el propio Ayuntamiento cuando, una vez alegado en el recurso de reposición interpuesto, fue estimado acordando hacer entrega a la empresa contratista del informe técnico de 20 de diciembre de 2018 al que se remitía la citada resolución. Consta en el expediente que el día

17 de enero de 2019 se notificó a la empresa contratista el citado informe, subsanándose la falta de motivación alegada de conformidad con el artículo 52 de la LPAC que prevé que la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

Tampoco puede considerarse que cause indefensión la falta de pronunciamiento del instructor sobre el anuncio de la presentación de un informe pericial porque, de acuerdo con el artículo 76.1 de la LPAC, *“los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio”*, de suerte que si la prueba pericial hubiese sido aportada, podría haber sido valorada por el instructor, como lo ha sido en el procedimiento de resolución del contrato. No habiéndolo hecho anteriormente, no puede alegar que la actuación de la Administración le haya causado indefensión.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en lo relativo al plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo previsto para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la LPAC). En el caso sujeto a dictamen, al regirse la regulación del procedimiento para resolver el contrato por la LCSP/17, le será de aplicación el plazo de ocho meses previsto en dicho texto legal en orden a la instrucción y resolución de los expedientes de resolución contractual. Por ello, a la fecha de emisión del presente dictamen no puede tenerse por caducado el procedimiento, dado que su inicio se produjo en la fecha de 11 de marzo de 2019 , aunque no se haya acordado la suspensión del procedimiento de conformidad con el artículo 22.1.d) de la LPAC.

TERCERA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato. El Ayuntamiento de Cobeña invoca como causa de resolución la prevista en el artículo 192 LCSP/17 que prevé que cuanto el contratista, por causas imputables al

mismo, hubiese incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, atendidas las circunstancias del caso, por su resolución o por la imposición de penalidades que para tales supuestos se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

Como ya dijimos en nuestros dictámenes 517/18, de 29 de noviembre y 209/19, de 23 de mayo, la resolución de los contratos es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración de velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato.

En su Sentencia de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda la doctrina fijada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que:

“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos,

también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

En el presente caso, al tratarse de un contrato menor de obras en el que no existen pliegos de cláusulas administrativas hay que estar a la “Valoración de obras de remodelación del pavimento de las pistas de tenis en el polideportivo municipal de la carretera Alcalá-Torrelaguna de Cobeña”, publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y al que alude el Acta de Comprobación del Replanteo firmada por la contratista al señalar que *“las obras habrá de ejecutarlas con rigurosa sujeción a las estipulaciones contenidas en la Valoración que sirve de base al contrato así como a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere el técnico encargado del seguimiento o persona/s en quien delegue y a su oferta”.*

En este documento se determinaba el objeto del contrato, consistente en la actuación sobre el sistema de drenaje, nuevo pavimento poroso sobre la capa de gravilla drenante, pintura de la base de las pistas y marcaje de líneas de las mismas. Esta actuación se pretendía realizar en tres de las cuatro pistas existentes y en la cuarta solo se realizarían pequeñas reparaciones en el pavimento poroso, pintura en general y marcaje de líneas. El plazo de ejecución se fijaba en tres meses a contar desde el día siguiente a la firma del Acta de Comprobación del Replanteo.

Del estudio del expediente resulta que, aunque con fechas 6 y 13 de noviembre la empresa contratista remitió un correo electrónico y burofax en el que manifestaba estar pendiente de indicaciones por parte del Ayuntamiento a fin de concluir las obras y proceder a la liquidación y pago de lo pactado, girada visita de comprobación el día 13 de noviembre

por el arquitecto municipal *“se observa que las obras se encuentran en estado de abandono, no apreciándose ningún signo externo de trabajo en las mismas ni de maquinaria”*.

Aunque el Ayuntamiento de Alcobendas requirió inicialmente en su Resolución 1085/2018 de 21 de diciembre de 2018 (notificada el día 17 de enero de 2019, al subsanarse el defecto de motivación de que adolecía) a la empresa contratista para que en el plazo de quince días reiniciara las obras, subsanara las deficiencias y defectos señalados en el informe técnico de 21 de noviembre de 2018 y finalizara las obras, no consta que esta haya cumplido dicho requerimiento y procedido a la finalización de las obras.

Aunque podría ser discutible si tras la subsanación del defecto de motivación observado por la Administración con fecha 17 de enero de 2019, el Ayuntamiento de Cobeña debería haber requerido nuevamente a la empresa contratista para que en un plazo de quince días reiniciara las obras y subsanara los defectos observados, lo cierto es que no parece que fuera esta la voluntad de la empresa contratista, que en todo momento ha alegado la imposibilidad de efectuar las obras por vicios ocultos existentes en las construcciones.

Resulta acreditado que, de los trabajos que se tenían que realizar en las cuatro pistas de tenis en virtud del contrato, se ha finalizado en la pista 4 en la que solo había que hacer pequeñas reparaciones y pintado, a pesar de que se observa que está mal ejecutado porque se ha cambiado el color de las zonas de la pista; que en las pistas 1 y 3 los trabajos quedaron sin concluir y que las obras no han comenzado en la pista 2, de suerte que según informe de valoración de obras ejecutadas, se valoran en 2.481,08 €, las obras ejecutadas correctamente.

La empresa contratista alega que no ha habido incumplimiento por su parte, *“siendo imputable cualquier eventual desperfecto a este*

Ayuntamiento, dado que sobre el terreno a ejecutar las obras hay una serie de desplazamientos laterales y de asientos diferenciales del terreno, movimientos se suceden bajo las pistas actuales” (sic). Considera así que los trabajos contemplados en el contrato no contenían ninguna medida para corregir los defectos, ni tampoco se informó a la empresa ni se encargó nada al respecto. Aporta como prueba de su afirmación un informe que denomina “pericial” que concluye que “los desperfectos observados tras los trabajos, se deben a los mismos vicios ocultos que causaron los desperfectos iniciales”.

Sobre este informe es preciso advertir que no es, como alega la empresa contratista, un informe pericial, toda vez que el firmante del mismo aunque en su condición de ingeniero de Caminos, Canales y Puertos pueda tener conocimientos técnicos sobre obras, no actúa como perito. En este sentido, el artículo 335.2 de la LEC dispone que *“al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito”*, lo que no se cumple en el presente caso.

Además, el firmante del informe es la misma persona que, como representante de la empresa, firmó el Acta de Comprobación del Replanteo, por lo que el valor que ha de darse a dicho informe es el de unas alegaciones de parte.

Por último señalar que las observaciones realizadas en el citado informe deberían haberse hecho constar en el Acta de Comprobación de Replanteo que es el momento oportuno para alegar los vicios o defectos pues es el momento en el que se confronta el proyecto sobre el terreno en que se prevé la ejecución del citado contrato para, en su caso, solucionar

los errores materiales subsanables que pudiera contener el proyecto elaborado por la Administración o poner de relieve aquellos que, en razón a su gran entidad pudieran conducir a la resolución del contrato. La suspensión del inicio de las obras sólo tendrá lugar cuando se ponga en evidencia en tal acto la inviabilidad del proyecto por razones fundadas.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004 (recurso de casación 6331/2001) declara que la firma del Acta de Comprobación del Replanteo significa, por lo tanto, *“que no efectuada oposición alguna en tal momento a la viabilidad del proyecto es improsperable realizarla posteriormente respecto de hechos o de planteamiento técnicos cuyo conocimiento era posible en tal fase”*.

Por tanto, acreditado un incumplimiento parcial en la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato y no estando previsto en el contrato la imposición de penalidades, resulta de aplicación lo previsto en el artículo 192.2 LCSP/17, según el cual, la Administración podrá optar por la resolución del contrato.

En relación con los efectos, el artículo 194 LCSP/17 prevé que *“en los supuestos de incumplimiento parcial (...) en que no esté prevista penalidad o en que estándolo la misma no cubriera los daños causados a la Administración, esta exigirá al contratista la indemnización por daños y perjuicios”*.

Al no estar previstas en el contrato la imposición de penalidades por el incumplimiento parcial, resulta de aplicación este precepto.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente conclusión

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato del contrato menor de obra de remodelación del pavimento de las pistas de tenis del Polideportivo Municipal, suscrito con la empresa MAJUFRAN XXI, S.L., por el Ayuntamiento de Cobeña, por incumplimiento parcial imputable a la empresa contratista.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 20 de junio de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 265/19

Sr. Alcalde de Cobeña

Pza. de la Villa, 1 – 28863 Cobeña