

Dictamen n.º:

631/23

Consulta:

Alcaldesa de Venturada

Asunto:

Contratación Pública

Aprobación:

29.11.23

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 29 de noviembre de 2023, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Venturada, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del contrato de obras denominado “*ejecución de proyecto de pavimentación de acceso al núcleo urbano de Venturada*” (expediente de contratación 2C/O/2021, suscrito con la empresa VIALES Y OBRAS PÚBLICAS, S.A..

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de octubre de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen referida al expediente aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 577/23, 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 de la

Comunidad de Madrid (en adelante, ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

Estimándose incompleto el expediente, el día 11 de octubre la secretaría de la Comisión Jurídica Asesora solicitó el complemento del expediente administrativo.

Con fecha 20 de octubre de 2023 tuvo entrada en el registro de este órgano consultivo escrito de alcaldesa de Venturada, en respuesta a la solicitud de documentación formulada.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. 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 29 de noviembre de 2023.

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

Mediante Providencia de Alcaldía de fecha 20 de julio de 2021 se aprobó el inicio del expediente de contratación tramitado mediante procedimiento abierto para la adjudicación del contrato administrativo de obra, expediente de contratación 2C/O/2021, tramitado para la ejecución de la actuación “Proyecto de pavimentación de acceso al núcleo urbano de Venturada”, promovida por el citado ayuntamiento.

El día 3 de agosto de 2021 el jefe de Área de Vías Pecuarias de la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura autoriza al Ayuntamiento de Venturada a la reparación, conservación y mantenimiento de un tramo de 71 m. de largo y 5 m. de ancho en terrenos de las vías pecuarias “Descansadero Cerrillo de la Paja” y “Colada del Campillo o de Cabanillas” en el término municipal de

Venturada, quedando sujeta la autorización al cumplimiento de las condiciones indicadas. Concretamente, en el punto 3 de las condiciones de la autorización dice lo siguiente:

“3. Se empleará materiales compatibles, tales como hormigón desactivado, que debe presentar un aspecto y color terroso, así como contener árido grueso para que la textura contribuya a la moderación de la velocidad; hormigón impreso para pavimentos, para lugares públicos de gran desgaste como calzadas, paseos, parques, urbanizaciones, zonas de aparcamiento, etc., de gran resistencia; Aripaq reforzado para zonas con tráfico, con elemento ligante de base de calcín, que admite distintas coloraciones, etc. Estos tipos de pavimentos son compatibles con la normativa en materia de accesibilidad peatonal, y son no asfálticos”.

El día 9 de agosto de 2021 se firma el Proyecto de pavimentación de acceso al núcleo urbano de Venturada. En la descripción del proyecto, en el punto 1.3.1. denominado “*Programa de necesidades y solución adoptada*” se dice:

“El acceso a la calle Tolle Lege precisara de la realización completa del viario puesto que es actualmente un camino de tierra. Dado que se trata de un camino perteneciente a una vía pecuaria se realizará su pavimentación en hormigón desactivado de aspecto y color terroso y cinco metros de anchura”.

Con fecha 25 de agosto de 2021, por Decreto de la alcaldía con avocación de las competencias de la Junta de Gobierno Local, se aprueba el expediente de contratación, que incluye el cuadro de características particulares del contrato. El anuncio de licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 26 de agosto de 2021.

Tras la tramitación del expediente de contratación, con fecha 9 de noviembre de 2021 el alcalde de Venturada dispuso la adjudicación del contrato a favor de la empresa VIALES Y OBRAS PÚBLICAS, S.A., con un precio de 119.900 euros, excluido IVA, y con sujeción al resto de condiciones contempladas en los pliegos que rigen la licitación y en su oferta.

Constituida la garantía definitiva por el adjudicatario del 5% del precio de adjudicación del contrato en el contrato, mediante seguro de caución concertado con la entidad ASEFA, S.A., por importe de 5.990 euros. Asimismo, se constituyó una garantía complementaria, también mediante seguro de caución concertado con la misma aseguradora, por importe de 11.980 euros.

El día 23 de noviembre de 2021 se firmó el contrato en el que se estipulaba un plazo de ejecución de 90 días y se excluían expresamente las prórrogas.

El acta de comprobación del replanteo e inicio de obra se firmó el día 19 de abril de 2022.

El día 22 de julio de 2022 se firmó el acta nº 5 de órdenes y asistencias en el que se recoge:

“Se visita la obra.

Se encuentra la obra prácticamente acabada a falta del tratamiento superficial de la vía pecuaria, partida 5.6 y el suministro y colocación de las farolas (partida 5.3).

Con fecha 18 de julio del presente año, se ha enviado una notificación a la empresa constructora para que anule la colocación de las farolas, partida 5.3, porque, aunque está descrita en el presupuesto del proyecto, no ha sido mencionada su autorización

expresamente en el informe de “Vías Pecuarias” de la Comunidad de Madrid. Por tanto, no es posible la instalación de las farolas sin la autorización expresa.

Se tienen que retirar tanto los tubos de protección con el cableado y restituir el terreno a su estado original, haciendo el correspondiente acuerdo con la pavimentación de la vía que se ha autorizado.

El tratamiento de acabado de la vía de acceso a Tolle Ledge no es el descrito en el proyecto ni el autorizado por Vías Pecuarias, (partida 5.6) debiendo tener un color acabado terroso. Deberá cambiarse”.

El día 31 de marzo de 2023 el director de la obra emite informe que dice:

“A día de hoy, la obra sigue sin finalizarse debido a la inadecuada ejecución de la unidad o partida 5.6 del Presupuesto de la Obra citada, correspondiente a una pavimentación con solera coloreada de color terroso, ya que el Contratista, VIALES Y OBRAS PÚBLICAS S.A. la ha ejecutado con color gris hormigón en lugar del color descrito en el presupuesto de adjudicación del proyecto y prescrito en el informe técnico, expte VP AUTO 510/2, del Área de Vías Pecuarias de la Dirección General de Agricultura, Ganadería y Alimentación, que autorizó la pavimentación de dicha vía pecuaria con la condición de realizarla con un color terroso”.

Según el informe del director de obra, la vía a tratar tiene una longitud de 73,00 m y una anchura de 5,00 m y la superficie a tratar es de 365,00 m². El precio de ejecución del m² es de 23,40 €/m² lo que arroja un presupuesto de ejecución material de 8.541,00 €. Al tener un coeficiente de adjudicación de 0,6938 y teniendo en cuenta

el 13% de gastos generales y el 6 % de beneficio industrial, esa partida tendría una valoración de 7.051,63 euros, que con el 21% de IVA totaliza la cantidad de 8.532,48 euros.

Según el informe:

“Este Director de Obra entiende que después de haber requerido a la empresa contratista mediante escrito en el Acta 5 de 22 de julio de 2022 el inadecuado color dado a la solera y su adecuación al proyecto, entiende que es de aplicación del artículo 193 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, estimando que debe ser resuelto el contrato con dicha empresa contratista, si no existen otras cláusulas en el Pliego de Condiciones de Contratación que especifiquen otras actuaciones a realizar por la Administración”.

TERCERO.- En relación con el presente procedimiento:

1.- A la vista del informe firmado por el director de obra, por Providencia de Alcaldía de 20 de abril de 2023, se solicitó informe a la Secretaría sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir, en relación con la resolución del contrato de obras.

2.- Ese mismo día, 20 de abril de 2023, la secretaría municipal emite informe sobre la normativa y el procedimiento aplicable, que destaca que para responder del cumplimiento del contrato se constituyó por el adjudicatario garantía definitiva equivalente al 5% del precio de adjudicación, en la Tesorería de este ayuntamiento, formalizada mediante seguro de caución nº R2590/14/41/2021/3625 de fecha 6 de octubre de 2021 de la entidad de crédito ASEFA S.A., por importe de 5.990,00 €, así como garantía complementaria, en la Tesorería de este ayuntamiento, formalizada mediante seguro de caución nº R2590/14/41/2021/3624 de fecha 6 de octubre de 2021 de la entidad de crédito ASEFA S.A., por importe de 11.980,00 €.

Consta en el expediente una resolución de la alcaldía, sin firmar, en el que se acuerda la incoación del procedimiento de resolución del contrato y dar audiencia a la empresa contratista y a la entidad avalista, así como dar traslado de las alegaciones a los servicios jurídicos municipales para la emisión del correspondiente informe propuesta.

Con fecha 3 de mayo de 2023, se reciben alegaciones por parte de la empresa contratista en las que se opone a la resolución del contrato al entender que el informe emitido por la Dirección de obras ha efectuado una calificación errónea al considerar como incumplimiento del contrato lo que debe calificarse como un cumplimiento defectuoso que están tratando de solventar, alegando asimismo que no puede atribuirse la naturaleza de condición esencial a una calidad de los materiales tan indeterminada como “color terroso” y “solo es aplicable a una parte del contrato que no representa ni un 5% del total del precio total de la obra”, solicitando la no resolución anticipada del contrato por no concurrir causas justificativas de la misma.

En este sentido, argumenta que “el no acierto por parte de esta sociedad en el color a aplicar en una parte de la obra” no encaja en uno de los incumplimientos graves definidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, no pudiendo acoger el criterio mantenido por la Dirección de Obra en su informe; que el para que proceda la resolución del contrato tiene que haberse producido un incumplimiento grave, lo que no es el caso y, finalmente, alega que han realizado una propuesta al Ayuntamiento de Venturada consistente “en aplicar una capa de mortero bicomponente de resina epoxi, Epoxan, y una segunda capa de mortero a base de resinas sintéticas, Compotop, en color albero”, habiéndose enviado, a tal efecto, las fichas técnicas al director de obra, para su aprobación.

No consta en el expediente que la entidad aseguradora haya efectuado alegaciones.

Dado traslado de las anteriores alegaciones al director de Obras, con fecha 19 de mayo de 2023 emite nuevo informe, ratificando el inicial de 31 de marzo de 2023, e indicando que la solución aportada por la empresa contratista no se ajusta a lo especificado en el proyecto *“ni tampoco a las condiciones requeridas en el informe emitido por el Área de Vías Pecuarias de la Dirección General de Agricultura, Ganadería y Alimentación”*. El informe indica que para que dicha solución constructiva sea admitida por este director de obra, la misma tiene que ser autorizada expresamente por el Área de Vías Pecuarias, mediante el correspondiente certificado o informe administrativo y que *“en ningún caso se puede justificar el retraso en la finalización de obra”*.

El día 22 de agosto de 2023 se dicta providencia de la Alcaldía solicitando la emisión de informe-propuesta a fin de elevar el expediente al órgano consultivo de la Comunidad de Madrid.

En la elaboración del informe-propuesta se detectó un error material en la valoración por parte de la Dirección de las obras de la partida no ejecutada, por lo que con fecha 25 de agosto de 2023, se incorpora al expediente nuevo informe de rectificación de 31 de marzo de 2023, en el que se subsana el error material señalado y se cuantifica la partida no ejecutada conforme los precios del proyecto en la cantidad de 10.339,39 euros más IVA (12.510,66 euros).

A la vista de la rectificación del error cometido en el primer informe, se procedió a notificar a la empresa contratista, con fecha 11 de septiembre de 2023, el nuevo informe rectificado, que afectaba exclusivamente al valor de las obras no ejecutadas, otorgando nuevo plazo de alegaciones.

Ante este nuevo plazo, por parte de la empresa adjudicataria se requiere al ayuntamiento con fechas 13 de septiembre y 20 de septiembre la vista y copia de todos los documentos e informes que obren en el expediente.

Con fecha 22 de septiembre de 2023 se aportan nuevas alegaciones contra la resolución en las que insisten en que no hay un incumplimiento sino un cumplimiento defectuoso, al considerar que no resulta proporcionado atribuir la naturaleza de condición esencial a la calidad de los materiales a emplear.

La secretaria-interventora municipal elabora informe-propuesta en el que concluye que *“por parte del órgano de contratación se justifica que concurren razones de interés público que aconsejan la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, dado el incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, así como respecto al incumplimiento de la condiciones del pavimento de la vía pecuaria afectada, que no se ha ejecutado conforme proyecto ni informe de la Comunidad, todo ello con los perjuicios para el interés público que resultan, conforme se señala, apreciándose en ello una razón de interés público suficiente para acudir a dicha causa resolutoria”*. Por esta razón, propone declarar la resolución del contrato con incautación de las garantías constituidas.

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 de la alcaldesa de Venturada se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Presidencia, Justicia y Administración Local, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se rige por 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. Con carácter subsidiario se ha de aplicar la LPAC.

En particular, el artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109 del RGCAP exige la audiencia al avalista o asegurador

“si se propone la incautación de la garantía”. Por otro lado, el apartado tercero del artículo 191 dispone que sea preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Por lo que se refiere al ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la corporación.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, los artículos 190 y 212 de la LCSP/17, la atribuyen al órgano de contratación, que en este caso es la Junta de Gobierno Local. No obstante, debe tenerse en cuenta que con fecha 25 de agosto de 2021, por Decreto de la Alcaldía se avocaron las competencias de la Junta de Gobierno Local, siendo el alcalde quien, tras la tramitación oportuna, acordó la adjudicación del contrato.

Consta en el expediente un decreto de la Alcaldía de incoación del procedimiento que no aparece firmado electrónicamente por el alcalde de Venturada, por lo que se desconoce la fecha de dicha resolución. Solicitado por la secretaría de este órgano consultivo el complemento del expediente administrativo por esta razón, el ayuntamiento responde que dicho documento no se encuentra firmado por un error informático y que, al haberse producido un cambio en el gestor de expedientes, el citado documento ha quedado sin firmar. No obstante, el Ayuntamiento de Venturada indica que debe tenerse como acto iniciador del procedimiento de resolución del contrato la Providencia de la Alcaldía de 20 de abril de 2023 por la que se acuerda, a la vista del informe del director de obras sobre el

incumplimiento del contrato, solicitar informe jurídico a la secretaria-interventora del municipio, que lo emite con fecha 20 de abril de 2023.

En efecto, resultando preceptivos en la tramitación del procedimiento de resolución contractual la emisión de los informes de la Secretaría e Intervención municipales, debe considerarse como acto iniciador del procedimiento, la solicitud de informe a la secretaria-interventora municipal formulada por la Alcaldía el día 20 de abril de 2023.

En materia de procedimiento, en el presente caso como acabamos de ver, ha emitido informe la secretaria-interventora y se ha dado audiencia al contratista, que ha efectuado alegaciones con fecha 3 de mayo y 22 de septiembre de 2023, oponiéndose a la resolución del contrato por causa imputable al mismo.

Asimismo, se ha notificado el día 8 de mayo de 2023 el trámite de audiencia a la entidad aseguradora del seguro de caución presentado como garantía por la contratista, sin que dicha empresa haya formulado alegaciones.

Consta, igualmente, la emisión de informe-propuesta por la secretaria-interventora, favorable a la resolución del contrato por causa imputable a la empresa contratista. Dicho documento, si bien contiene un código de validación y es posible su verificación en la sede electrónica del Ayuntamiento de Venturada, no aparece firmado electrónicamente por la secretaria-interventora que es quien lo elabora.

De conformidad con el artículo 42 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) el código seguro de verificación vinculado a la Administración Pública es un posible sistema de firma para la actuación administrativa

automatizada. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 41 de la LRJSP, se entiende por actuación administrativa automatizada, “*cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público*”.

En el presente caso, el documento analizado no puede considerarse como actuación automatizada sino que figura elaborado por la secretaría-interventora por lo que debería aparecer su firma electrónica, de conformidad con el artículo 43 de la LRJSP que prevé que “*sin perjuicio de lo previsto en los artículos 38, 41 y 42, la actuación de una Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, cuando utilice medios electrónicos, se realizará mediante firma electrónica del titular del órgano o empleado público*”.

Por tanto, antes de dictar la resolución finalizadora del procedimiento deberá subsanarse este defecto observado.

Además, en relación con el procedimiento hemos hacer particular referencia al plazo de resolución de este, pues, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de duración para resolver determina la caducidad conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17.

Sobre la determinación de cuál sea el plazo de aplicación en el ámbito autonómico madrileño, el criterio inicialmente mantenido por esta Comisión, que aplicaba el artículo 212.8 LCSP/17 según el cual “*los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses*”, ha resultado esencialmente modificado a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, recaída a raíz de un recurso

de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, que ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17 y ha afectado señaladamente a esta cuestión. En concreto, el artículo 212.8, fue impugnado al considerar que vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica, puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento, que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de Aragón.

Como es sabido, la citada Sentencia 68/2021, al analizar la impugnación del artículo 212.8, considera (FJ 5º) que tal precepto recoge una norma de naturaleza auxiliar y procedural que no puede ser considerada básica, por lo que el Tribunal Constitucional no anula el precepto en cuanto es de aplicación a los procedimientos de resolución de la Administración General del Estado, pero considera que infringe las competencias de las comunidades autónomas y por tanto no es de aplicación a estas, ni a las entidades locales.

La normativa de la Comunidad de Madrid en materia de contratación es muy escasa y no aborda esa cuestión. No obstante, debe tenerse en cuenta en esta la materia, la modificación realizada por la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid en la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos que establece que los expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos tienen un plazo máximo de tramitación de ocho meses, transcurridos los cuales, si se trata de expedientes iniciados de oficio caducarán y si lo hubieren sido a instancia de parte, se entenderán desestimados.

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de ocho meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, tal y como establece el artículo 22.1 d) de la LPAC, que en dicho sentido sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse, entre otras circunstancias, en la siguiente: “...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.

En el presente caso, no consta que el ayuntamiento consultante haya hecho uso de esta facultad. No obstante, iniciado el procedimiento el día 20 de abril de 2023, resulta claro que, a la fecha de emisión del presente dictamen, el procedimiento no ha caducado.

CUARTA.- Una vez analizado el procedimiento, debemos estudiar si concurre o no causa de resolución del contrato.

El Ayuntamiento de Venturada invoca como causas de resolución del contrato las previstas en el artículo 211.1. d) y f) de la LCSP/17 que prevén, respectivamente, la resolución del contrato por demora en el cumplimiento de los plazos establecidos y por incumplimiento de la obligación principal de este.

La empresa contratista se opone a la resolución del contrato al entender que el informe emitido por la Dirección de obras ha efectuado una calificación errónea al considerar como incumplimiento del contrato lo que debe calificarse como un cumplimiento defectuoso porque no puede atribuirse la naturaleza de condición esencial a una cualidad de los materiales tan indeterminada como “color terroso” y que “solo es aplicable a una parte del contrato que no representa ni un 5% del total del precio total de la obra”, solicitando la no resolución anticipada del contrato por no concurrir causas justificativas de la misma. En este sentido, alega que, para que proceda la resolución del contrato tiene que haberse producido un incumplimiento grave, lo que no es el caso y, finalmente, alega que han realizado una propuesta alternativa al Ayuntamiento de Venturada consistente “en aplicar una capa de mortero bicomponente de resina epoxi, Epoxan, y una segunda capa de mortero a base de resinas sintéticas, Compotop, en color albero”, enviándose las fichas técnicas al director de obra para su aprobación, que han sido rechazadas por este.

Respecto a la resolución de los contratos administrativos, la Sentencia de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) del 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”.

Así las cosas, conviene analizar el *iter* que ha seguido la ejecución del contrato que nos ocupa con el objeto de dilucidar si concurre la causa de resolución contractual que invoca la Administración.

Conforme a lo previsto en el PCAP, el contrato de obras tenía un plazo de ejecución de tres meses contado desde el día siguiente a la fecha del acta de comprobación del replanteo. Según resulta del expediente, la mencionada acta se firmó el día 19 de abril de 2022 y, con fecha 22 de julio de 2022 se firmó el acta nº 5 de órdenes y asistencias en la que se puso de manifiesto que la obra se encontraba “prácticamente acabada a falta del tratamiento superficial de la vía pecuaria, (...) y que “el tratamiento de acabado de la vía de acceso a Tolle Lege no es el descrito en el proyecto ni el autorizado por Vías Pecuarias, (partida 5.6) debiendo tener un color acabado terroso”, por lo que debería cambiarse.

El Ayuntamiento de Venturada sostiene que las condiciones exigidas para efectuar la pavimentación del camino, al ser una vía pecuaria, es una obligación esencial. En este sentido, según la

propuesta de resolución, “esta condición técnica deriva directamente del informe de 3 de agosto de 2021, emitido por el área de Vías Pecuarias de la Dirección General de Agricultura, Ganadería y Alimentación de la Comunidad de Madrid, que autorizó el arreglo de dicha vía pecuaria con la condición de realizarla en color terroso, y con la expresa advertencia de que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones impuestas producirá automáticamente la nulidad de la autorización otorgada, sin perjuicio de las responsabilidades a las que pueda haber lugar, quedando éste Administración obligada a las reposiciones que procedan”.

De acuerdo con el artículo 211.1.f) LCSP/17, “serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

1º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”.

En el presente caso, según la propuesta de resolución, la obligación incumplida está prevista en el Proyecto de pavimentación de acceso al núcleo urbano de Venturada y contemplada en una partida del mismo.

El Tribunal Administrativo Centro de Recursos Contractuales en su Resolución nº 1112/2022, de 27 de septiembre, analiza los requisitos básicos y comunes que deben reunir las obligaciones para poder ser calificadas como esenciales y, declara:

«Dada la literalidad del precepto, cuando señala “Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales”, resulta evidente que solo pueden ser calificadas como tales las obligaciones vinculadas al contrato y a su ejecución.

De conformidad con lo expuesto, se puede fijar un primer requisito que ha de reunir una obligación para poder ser calificada como esencial: que su cumplimiento resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte (en esa misma línea, vinculando la obligación esencial con la prestación objeto de contrato vid el artículo 122.3 de la LCSP). A sensu contrario, obligaciones ajenas al objeto del contrato y a su ejecución, no pueden elevarse a la categoría de obligación esencial de este.

Un segundo requisito es que se identifiquen de forma expresa y deliberada, por ello, el órgano de contratación ha de señalarla de forma clara, inequívoca y expresa, para que su contenido y alcance no suscite dudas, dadas las consecuencias que la ley anuda a su incumplimiento: la resolución contractual y/o la imposición de penalidades”.

Como declara el Consejo de Estado en su Dictamen 3428/1999, de 18 de mayo de 2000, “solo cuando la obligación incumplida constituya un aspecto esencial en el contexto de la relación jurídica entablada entre las partes contratantes, podrá llegarse a la resolución del contrato”.

En el presente caso, el artículo 64 del PCAP relaciona en su apartado A, las causas de resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en los artículos 211, 243.2 y 245 de la LCSP/17 y, en su punto 9 contempla como causa de resolución:

“Reincidir en incumplimientos contractuales tipificados de muy graves en este pliego, incluido el incumplimiento las obligaciones contractuales esenciales señaladas en la cláusula 40. En el caso de infracciones muy graves, el órgano de contratación podrá instar la resolución del contrato directamente si, a la vista de lo actuado, se estima que la penalización no será suficiente para compelir al contratista a subsanar la deficiencia que la motiva, o si la infracción lo es de una condición especial de ejecución de carácter social o medioambiental o de las reglas establecidas en este pliego para la subcontratación”.

El artículo 40 del PCAP, por su parte, dispone que *“si los medios materiales y humanos destinados a la ejecución de la obra hubieran sido uno de los criterios de valoración de las ofertas, la aportación de los mismos será considerado obligación esencial del contrato y su incumplimiento causa de resolución en los términos previstos en la cláusula 64 de este pliego”*.

En el presente caso, la obligación de construir la vía de acceso a la Urbanización Tolle Lege estaba sujeta al cumplimiento de unos requisitos, previstos todos ellos en la Resolución de 3 de agosto de 2021 de la Dirección General de Agricultura, Ganadería y Alimentación de la Comunidad de Madrid, que se debería haber incorporado al PCAP como obligación esencial del contrato y tipificado su incumplimiento como causa de resolución del mismo.

No puede compartirse el criterio sostenido por el ayuntamiento consultante en la propuesta de resolución porque, el PCAP no hace mención alguna al informe de 3 de agosto de 2021 de la Dirección General de Agricultura, Ganadería y Alimentación de la Comunidad de Madrid y a la naturaleza de vía pecuaria que tenía el terreno donde tenían que realizarse los trabajos. Tampoco lo hace el Cuadro de Características Particulares y solo se hace una mención en el

“Proyecto de pavimentación de acceso al núcleo urbano de Venturada”
donde se dice:

“El acceso a la calle Tolle Lege precisará de la realización completa del viario puesto que es actualmente un camino de tierra. Dado que se trata de un camino perteneciente a una vía pecuaria se realizará su pavimentación en hormigón desactivado de aspecto y color terroso y cinco metros de anchura”.

El proyecto, por tanto, tampoco hace mención alguna a la existencia de una autorización de la Dirección General de Agricultura, Ganadería y Alimentación de la Comunidad de Madrid, de 3 de agosto de 2021. Autorización que se debería haber incorporado a los pliegos e, incluso, haberse contemplado de forma expresa en el contrato.

La primera vez que se hace mención al contratista de la existencia de una autorización de “Vías Pecuarias” de la Comunidad de Madrid, según resulta del expediente administrativo, es en el Acta nº 5 de 22 de julio de 2022 donde, además el defecto en el color del acabado de la vía, al no ser terroso, se le indicaba que no era posible la instalación de las farolas sin la autorización expresa y que había que retirar tanto los tubos de protección como el cableado y *“restituir el terreno a su estado original”*.

En el presente caso, en el contexto de la relación jurídica contractual que se examina, es evidente que el cumplimiento irregular que ha dado origen al presente expediente no puede ser calificado de incumplimiento grave culpable del contratista, debiendo calificarse como un cumplimiento defectuoso o irregular, lo que dará lugar a la imposición de penalidades, pero no la resolución del contrato.

Por lo que se refiere a la segunda causa de resolución invocada por el Ayuntamiento de Venturada, demora en el cumplimiento de los

plazos por parte del contratista, estando previsto un plazo de ejecución de las obras de tres meses, iniciado el día 19 de abril de 2022, consta en el expediente que el día 22 de julio se levantó acta en la que se reconoce, en primer lugar, que la obra se encontraba “*prácticamente acabada a falta del tratamiento superficial de la vía pecuaria, partida 5.6 y el suministro y colocación de las farolas (partida 5.3)*”.

Según el informe del director de obra de 25 de agosto de 2023, Con fecha 22 de julio de 2022, se requirió a la empresa contratista, mediante escrito recogido en el Acta nº 5, que debía cambiar el color gris dado a la solera ejecutada, adecuándolo al descrito en el proyecto, color terrizo, ya que dicho color fue exigido además en el escrito recibido del Área de Vías Pecuarias que informaba sobre el proyecto de ejecución.

“Después de haber requerido a la empresa contratista, en repetidas ocasiones, el cambio de color conforme al especificado en el proyecto y no haberse cumplido dicho requerimiento, y al haber transcurrido un tiempo excesivo desde que se dio la orden del cambio de color hasta el día de hoy, es de aplicación el artículo 193 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público”.

No figuran documentados en el expediente los requerimientos efectuados a la empresa para efectuar el cambio de color especificado en el proyecto que deberían constar como prueba de los alegados incumplimientos reiterados.

Por otro lado, la empresa contratista alegó el 3 de mayo de 2023 que había realizado una propuesta al ayuntamiento, consiste en aplicar una capa de mortero bicomponente de resina epoxi, Epoxan, y una segunda capa de mortero a base de resinas sintéticas, Compotop,

en color albero, enviando las fichas técnicas al director de obra y estando a la espera de su aprobación.

Esta alegación si bien no resulta acreditada en la documentación del expediente, aparece reconocida por el informe de la Dirección de obras de 19 de mayo de 2023, que afirma conocer la solución propuesta y considerar que no se ajusta a los especificado en la unidad de obra 5.6 del presupuesto de la obra, “*ni tampoco a las condiciones requeridas en el informe emitido por el Área de Vías Pecuarias de la Dirección General de Agricultura, Ganadería y Alimentación*” y que, para admitir la nueva solución constructiva, tendría que “*ser autorizada expresamente por el Área de Vías Pecuarias*”.

Para que procediera la resolución del contrato por esta causa debería figurar en el procedimiento un acuerdo del ayuntamiento denegando de forma expresa la solución técnica propuesta por la empresa contratista y requiriendo a esta para la ejecución del contrato de conformidad con lo establecido en el proyecto, con retirada del acabado en gris de la vía y su sustitución por otro de color terroso, y con indicación del plazo necesario para el cumplimiento de este requerimiento, de forma que resulte completamente acreditado en el expediente que el incumplimiento del contratista obedece a una voluntad consciente y deliberada de contravenir las órdenes de la Administración en la ejecución del contrato, lo que no sucede en el presente caso.

En consecuencia, no resulta acreditado en el procedimiento la concurrencia de esta segunda causa de resolución invocada.

En mérito cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato por causa 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 29 de noviembre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 631/23

Sra. Alcaldesa de Venturada

Calle Álamos, 4 – 28729 Venturada