

Informe 20/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato. Requisitos para proceder a su resolución.

I. ANTECEDENTES

El Presidente de la Comarca del Campo de Borja, se dirige con fecha 8 de junio de 2011, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

Durante la ejecución de un contrato administrativo denominado “Señalización de nuevos itinerarios, senderos y rutas cicloturistas y senderistas”, nos hemos encontrado con las circunstancias seguidamente relacionadas, que nos plantean la duda respecto a la posible aplicación de la causa de resolución contenida en el artículo 206 g) de Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (en la redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible: *“El incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales calificadas como tales en los pliegos del contrato”*):

-Primero: Con fecha 24 de febrero de 2010 el Presidente de la Comarca Campo de Borja adjudicó definitivamente el contrato de “Señalización de nuevos itinerarios, senderos y rutas cicloturistas y senderistas”, el importe de la adjudicación ascendió a ochenta y seis mil setenta y siete euros (86.077,00 euros) y trece mil setecientos setenta y dos euros (13.772,00 euros) correspondientes al Impuesto de Valor Añadido. La formalización administrativa de dicho contrato se llevó a cabo el 4 de marzo de 2010.

El pliego de prescripciones técnicas que rigen dicho contrato establece lo siguiente en relación con las características de los materiales que debían ser instalados (clausula 3.2).

3.- ESTUDIO PREVIO

3.1. Necesidades de señalización y balizamiento

RESUMEN DE MATERIALES	
MATERIAL DE SEÑALIZACIÓN Y EQUIPAMIENTO	UNIDADES
Postes de madera tratada de sujeción de flechas	238 unidades
Flechas direccionales de madera tratada	400 unidades
Balizas o estacas-mojón de madera de orientación de ruta	464 unidades
Kilómetros de señalización de nuevos senderos	203,4 km
Kilómetros de desbroce y limpieza de sendas y caminos	10,59 km
Paneles de información de las rutas señalizadas, de 100 x 70 cm	18 unidades
Paneles de información de puntos de interés del patrimonio, de 50 x 75 cm, de madera tratada	1 unidades
Folleto turístico o tríptico informativo de la red de senderos	5.000 ejemplares

3.2- Características de los materiales

La señalización vertical estará compuesta por indicadores direccionales de madera y balizas o estacas-mojón de orientación de ruta o itinerario, tal y como se señala en el territorio aragonés, español y a nivel internacional.

- Indicadores direccionales: Postes de madera de 2,5 ó 3 metros de longitud – dependiendo del número de flechas que alberguen-, de diámetro Ø100 mm, de madera tratada. Los postes permanecerán cajeados en la parte superior para incrustar las flechas direccionales correspondientes, en la dirección adecuada y en los cruces y bifurcaciones pertinentes. Las flechas tendrán unas dimensiones de 800 x 140 x 25 mm, con el texto tallado y pintado, incluyendo dirección, distancia y tipo de sendero.
- Balizas o estacas-mojón de madera: Se trata de rondinos de madera tratada, de 120 x 10 cm, con la parte superior biselada, donde aparecerá la información referente a distancia y altimetría. La baliza deberá ir con el texto tallado y pintado. Sobre el pie de la baliza se pintarán los colores para senderos de pequeño recorrido –blanco y amarillo-.

Ambas señales deben ser Señales homologadas por la FEDME para senderos de pequeño recorrido (PR), con los colores blanco y amarillo como tipología para estos itinerarios. Cada sendero deberá de tener una denominación o numeración diferente, para la provincia de Zaragoza. Ej: PR-Z 134.

A continuación se acompaña diseño aproximado de las flechas direccionales y de las balizas o estacas-mojón de orientación de ruta (no es necesario la inclusión del logo comarcal):

Asimismo, el pliego de cláusulas administrativas particulares, establece un plazo de ejecución de cinco meses a partir de la formalización del contrato.

-Segundo: Con fecha 21 de julio de 2010, registro de entrada número 2264, la empresa adjudicataria del contrato solicitó una prórroga de cuatro meses en el tiempo de ejecución del mismo. Dicha solicitud, venía motivada en la demora en la finalización de otros contratos de señalización que la empresa adjudicataria venía ejecutando en otros lugares de Aragón. Dicha solicitud fue desestimada por la Comarca mediante Resolución de Presidencia de 22 de julio de 2011. Asimismo, se estableció a partir del día 5 de agosto de 2010 una penalidad por cada día de retraso en proporción de 0,20 euros por cada 1.000,00 euros del precio del contrato

-Tercero: Con fecha 3 de junio de 2011, la Dirección técnica de la Señalización de nuevos itinerarios, senderos y rutas de la Comarca Campo de Borja presentó un informe en el que consta que “las estacas de madera colocadas no tienen nada que ver con las mencionadas en el contrato adjudicado, siendo de una gama más baja”.

Esta circunstancia es comunicada al adjudicatario, quien manifiesta la imposibilidad de sustituir las 464 unidades de estacas de madera.

-Cuarto: Además, aunque ni en los pliegos que rigen la contratación, ni en el contrato administrativo formalizado entre las partes, figuraba nada al respecto, esta Administración ha entregado parte de los materiales necesarios para llevar a cabo la señalización, circunstancia que no ha quedado acreditada documentalmente.

A la vista de lo anteriormente expuesto, y de acuerdo con los artículos 299 y 300 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público respecto de las competencias que se otorga a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se solicita se tenga por presentado el presente escrito, se sirva en admitirlo, y en su virtud, se tengan por formulada la siguiente consulta, para que, tras los trámites oportunos, y en atención a lo expuesto, se dicte Informe sobre la interpretación adecuada del artículo 206 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su redacción anterior a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, respecto a la posible resolución del contrato descrito anteriormente por incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte del contratista.

A la vista del escrito, se solicita documentación complementaria que permita conocer la situación del expediente, la calificación del contrato y régimen jurídico del mismo. Con fecha 27 de junio de 2011 la Comarca del Campo de Borja remite un total de 207 folios, integrados en 40 documentos, que constituyen el expediente de contratación 59/2009, denominado: «Señalización de nuevos itinerarios, senderos y rutas cicloturistas y senderistas».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 12 de septiembre de 2011, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento; a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva; no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Presidente de la Comarca del Campo de Borja, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de la posibilidad de resolución por incumplimiento de las obligaciones esenciales de un contrato, ya que esta sí que es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación administrativa, que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El Presidente de la Comarca del Campo de Borja es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Requisitos para resolver un contrato por incumplimiento de sus obligaciones esenciales.

Por la Comarca del Campo de Borja se plantea la posibilidad de resolver un contrato administrativo por incumplimiento de sus obligaciones esenciales, en concreto, un contrato formalizado el 4 de marzo de 2010, con un plazo de ejecución de 5 meses, en el que se ha denegado a la empresa adjudicataria una prórroga de 4 meses, optando la Administración contratante por penalizar al contratista por cada día de retraso en proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, en aplicación del artículo 196.4. de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), a partir del 5 de agosto de 2010, día posterior a la fecha prevista la finalización del plazo de ejecución del contrato.

En el escrito de petición se expresa que el contrato se encuentra en fase de ejecución y, en su resultando tercero, se indica que *«con fecha 3 de junio de 2011, la Dirección Técnica de la Señalización de nuevos itinerarios, senderos y rutas de la Comarca Campo de Borja presentó un informe en el que consta que “las estacas de madera colocadas no tienen nada que ver con las mencionadas en el contrato adjudicado, siendo de una gama más baja”. Esta circunstancia es comunicada al adjudicatario, quien manifiesta la imposibilidad de sustituir las 464 unidades de estaca de madera»* —hay que destacar que esta expresión genérica sobre el alcance del incumplimiento se incluye entre las conclusiones del informe técnico, que además pormenoriza con detalle los defectos detectados— En el informe de la Secretaría-Intervención de la Comarca del Campo de Borja 44/2011, se declara que dicho informe es emitido, al comunicar la empresa la *finalización de las obras*.

Con carácter previo a la resolución de la cuestión planteada, e insistiendo en la incompetencia de esta Junta para informar expedientes concretos, no pueden dejar de realizarse algunas consideraciones generales sobre el expediente, con la finalidad de contribuir a la correcta tramitación de expedientes de contratación por los poderes adjudicadores.

Así, entre la documentación, figura un informe en el que se indica que, al tratarse de un contrato mixto (obra + suministros + servicios), en el estudio de necesidad se establece que la prestación de mayor importancia desde el punto de vista económico son las obras, definiendo éstas, de conformidad con el artículo 6 LCSP, pero, sin que aparezca un desglose material y económico de las diferentes prestaciones, al objeto de comprobar que, en efecto, se trata de un contrato de obras. Como ya ha indicado en otras ocasiones esta Junta —la más reciente en su Recomendación 1/2011, de 6 de abril— la calificación de un contrato es, sin duda, la primera y principal actuación preparatoria, dado que, en función del tipo de contrato, la legislación le reserva un peculiar régimen jurídico, debiendo velar los órganos de contratación por realizarla de forma adecuada, ya que las consecuencias de una inadecuada calificación-tipificación contractual por su parte, no legitimará el régimen jurídico que se aplique al mismo cuando sea contraria a la debida calificación legal.

Esta actuación preparatoria cobra especial relevancia si el contrato contiene diversas prestaciones. No basta con indicar, de forma genérica, que una de las prestaciones tiene mayor importancia desde el punto de vista económico, sino que resulta necesario cuantificar cada una de las diversas prestaciones, al objeto de comprobar, cual de ellas prevalece y determinar las normas que deben observarse en su adjudicación.

La segunda consideración de carácter general, se refiere al cálculo del valor estimado del contrato. De él, dependerá el procedimiento de adjudicación y, en su caso, la publicidad del mismo. En concreto, si se trata de un contrato de obras (aplicable también al contrato de concesión de obra pública), el artículo 76 LCSP, en su párrafo tercero, prescribe que en dicho cálculo se tendrá en

cuenta el valor total estimado de los suministros que hayan sido puestos a disposición del contratista por el órgano de contratación.

Si bien no existe previsión expresa respecto a los contratos de suministros de fabricación, de la definición dada por el artículo 9.3.c) LCSP «*En todo caso, se considerarán contratos de suministros los siguientes: c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deben ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente los materiales precisos*», debe entenderse que también figurará su valoración a efectos de calcular el valor estimado del contrato.

Pues bien, estas previsiones no solo no se han tenido en cuenta en la tramitación del expediente, sino que expresamente se reconoce que al contratista se le han entregado parte de los materiales necesarios para la ejecución del contrato, sin que tal circunstancia se recogiera en los documentos que rigieron la licitación, actuación totalmente contraria a los principios que deben regir la contratación pública.

Por último, pese a no autorizarse motivadamente la prórroga solicitada por el contratista, la comprobación de la correcta ejecución del contrato se ha producido casi un año después de la fecha inicial prevista de finalización de los trabajos. Aun cuando no se acredita en el expediente la causa de tal retraso, lo que resulta evidente — y se plasma en el informe técnico de 3 de junio— es que el propio paso del tiempo hace difícil, sino imposible, determinar hasta que punto algunos de los defectos detectados lo son como consecuencia del uso de las señalizaciones.

A estos efectos, quiere señalarse que el artículo 194 LCSP pone a disposición de la Administración contratante una serie de prerrogativas, que permiten asegurar una correcta ejecución del contrato; entre ellas, la relativa a la interpretación de los contratos, para resolver las dudas que ofrezcan su cumplimiento.

Esta prerrogativa, que ya se encuentra recogida en la Ley de Contratos del Estado de 1965, no debe considerarse una potestad discrecional de la Administración, que puede o no utilizarla, sino que se trata de un poder-deber atribuido al órgano de contratación, en aras a preservar el interés público perseguido, a través del contrato administrativo suscrito.

Junto a esta prerrogativa de carácter general, aplicable a todos los contratos administrativos, en fase de ejecución, encontramos una serie de preceptos, específicos para determinados contratos, tales como los artículos 213 y 215 LCSP, relativos al contrato de obras, o el artículo 271 LCSP, relativo al contrato de suministros de fabricación, en los que se atribuye a la Administración la dirección, supervisión e inspección de la obra o del producto a entregar como consecuencia del contrato.

En concreto, y aplicado al contrato objeto de consulta, la Administración podría haber ordenado o realizar, por sí misma, análisis, ensayos y pruebas de materiales, al objeto de asegurarse del estricto cumplimiento de lo convenido, detectando las deficiencias antes de la finalización del contrato y posibilitando así su subsanación en el momento oportuno.

Entrando ya en la cuestión planteada, el primer requisito para resolver un contrato en aplicación del artículo 206 g) LCSP —en la actualidad, artículo 206 f) — se deduce de su tenor literal: «*El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas con tales en los pliegos o el contrato*»; es decir, bien en el pliego de cláusulas administrativas particulares, o bien en el clausulado del contrato, deben figurar expresamente, qué obligaciones del contrato se consideran esenciales, cuyo incumplimiento conllevaría su resolución. En el expediente objeto de consulta, no figuran obligaciones de las partes calificadas con tal carácter, por lo que no es posible acudir a esta concreta causa de resolución.

Hay que tener en cuenta que esta causa difiere de las previstas en la anterior regulación. En efecto, el Artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto

Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) determinaba, como causas de resolución, en su apartado g) «*El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*» y, su apartado h) «*Aquellas otras que se establezcan expresamente en el contrato*». El TRLCAP, por un lado, dejaba un cierto margen de apreciación de las obligaciones que la Administración consideraba esenciales, en virtud de la prerrogativa de interpretar los contratos reconocida en el artículo 59.1 del mismo texto legal y, por otro, permitía resolver el contrato, por cualquier causa recogida en su clausulado, sin necesidad de que ésta hubiera sido calificada como esencial. La LCSP solventa los problemas de interpretación suscitados respecto del alcance del término «obligaciones esenciales», exigiendo expresamente que ese carácter esencial esté previsto en los pliegos o en el contrato.

La conclusión señalada no es obstáculo para que proceda la resolución por incumplimiento del contratista, si, como exige la jurisprudencia, el incumplimiento es grave y de naturaleza sustancial (STS 29 mayo 2000). Si bien la resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales, calificadas con tales en los pliegos o el contrato, podría ser apreciada de forma automática, en tanto que en resoluciones por incumplimientos graves del contratista, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos.

En cuanto a los trámites formales de la resolución, el procedimiento que ha de seguir la Administración que pretende resolver un contrato administrativo se encuentra regulado en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se prueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siendo competente el órgano de contratación, y requiriendo la audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, informe del Servicio Jurídico, así como Dictamen del Consejo Consultivo de Aragón, cuando se formule oposición por parte del mismo.

III. CONCLUSION

- I. La resolución por incumplimiento de obligaciones esenciales de un contrato administrativo, al amparo del actual artículo 206 f) LCSP, requiere que dichas obligaciones figuren de forma expresa y con tal carácter en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el contrato, y puede apreciarse de forma automática por parte de la Administración; mientras que en la resolución por otros incumplimientos graves del contratista —no identificados expresamente en los pliegos como obligaciones esenciales—, corresponde a la Administración, motivando su decisión, identificar y calificar dichos incumplimientos.

Informe 20/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 12 de septiembre de 2011.