



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 0 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 2 de marzo de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obras para la construcción de «Plaza y aparcamiento para guaguas y turismos, Cruz Blanca», en el término municipal de Tejeda, suscrito con la empresa (...) (EXP. 34/2017 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de resolución del contrato de obras para la construcción de PLAZA Y APARCAMIENTO PARA GUAGUAS Y TURISMOS, CRUZ BLANCA, a la que el contratista se opone.

2. La legitimación para la solicitud de dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D).c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y el art. 109.1.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administración Pública, aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), que son de aplicación por haberse opuesto el contratista a la resolución del contrato.

3. El procedimiento de resolución contractual se ha iniciado de oficio (15 de noviembre de 2016), por lo que está sujeto al plazo de 3 meses para resolver, de acuerdo con el art. 21.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), por lo que el 15 de febrero de 2017 se hubiera producido la caducidad de aquél.

No obstante, por Resolución nº 21, de 6 de febrero de 2017, de Consejero de Gobierno de Cooperación Institucional y Solidaridad Internacional, se acuerda la suspensión del plazo legal para resolver y notificar la resolución del presente procedimiento. Tal acuerdo ordena su notificación al contratista y al avalista, constando en el expediente acuse de recibo de tal notificación el 9 y el 13 de febrero de 2017, respectivamente, por lo que no se ha producido la caducidad del procedimiento.

II

Los antecedentes relevantes sobre la contratación administrativa que se pretende resolver son los siguientes:

- Por Resolución nº 139/14, de 4 de noviembre, se procedió a la adjudicación de la obra a la empresa (...), para la ejecución del proyecto denominado «Plaza y aparcamiento para guaguas y turismos; CRUZ BLANCA», T. M. de Tejeda (14.PCA.16.01), por importe de quinientos sesenta y siete mil seiscientos ochenta y tres euros con cuarenta y siete céntimos (567.683,47 €).

- Por Resolución nº 135/2016, de 15 de noviembre, se inicia el procedimiento administrativo en orden a la resolución del contrato celebrado con la empresa (...), por la demora en el cumplimiento del plazo total fijado para su realización, de conformidad con lo establecido en el artículo 223, apartado d) del TRLCSP, ya que el contrato tenía que haber finalizado el 25 de julio de 2016. También se exige la indemnización a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados y se da audiencia a la empresa (...), así como a su avalista, la empresa (...), por un plazo de diez días naturales a efectos de que puedan formular las alegaciones que consideraran oportunas.

- Con fecha 1 y 2 de diciembre de 2016, se envía a la empresa (...) y a su avalista (...), la notificación de inicio de resolución de contrato por causa culpable al contratista a efectos de pudiera formular las alegaciones que considerara oportunas en el plazo de diez días naturales a partir de la recepción de la misma, siendo recibidas con fecha 20 y 9 de diciembre de 2016, respectivamente.

- Con fecha 30 de diciembre de 2016, la empresa (...), a través de su representante, presenta informe de alegaciones, en las que se opone a la resolución del contrato al entender que el retraso no le puede ser imputado.

- Con fecha 12 de enero de 2017, el Ayuntamiento de Tejeda presenta informe, de fecha 11 de enero de 2017, emitido por el Director de obra, en contestación a las alegaciones realizadas por la empresa (...), en el que se concluye que la contratista no justifica los retrasos acaecidos en la obra y las incorrecciones detectadas en la ejecución de las mismas.

- Con fecha 12 de enero de 2017, el Jefe de Servicio Técnico de Cooperación Institucional emite informe ratificando lo expuesto por el Director de Obra, en el sentido de que las alegaciones planteadas por la empresa (...), no justifican los retrasos acaecidos en la obra y las incorrecciones detectadas en la ejecución de las mismas.

- También obra en el expediente escrito de las empresas (...) (anexo 3), en el que denuncian que (...), adjudicataria de la obra que nos ocupa, les ha dejado facturas impagadas por un importe de 4.394,36 €, así como de (...), denunciando que (...) no querían certificarles obra ejecutada como subcontrata por importe de 2.720 euros.

- La Propuesta de Resolución entiende, de acuerdo tanto con el escrito del propio Director de Obra de 26 de julio de 2016 como con el informe en que da respuesta a las alegaciones de la empresa adjudicataria, que «debe rescindirse el contrato al finalizar el plazo de ejecución al ser preferible a la continuación con aplicación de penalidades, dada la actitud general de la empresa adjudicataria en el desarrollo de la obra, como queda demostrada en los escritos de la Dirección de Obra, al no garantizarse que pueda ejecutarse de forma adecuada en un periodo razonable de tiempo».

III

1. A la vista de lo actuado en el procedimiento se aprecia la inobservancia de la realización de determinados trámites esenciales. Así, por un lado, no se ha abierto el preceptivo y esencial trámite probatorio, toda vez que la Administración no ha tenido por ciertos los hechos alegados por la interesada.

En efecto, de acuerdo con lo previsto establecido en el art. 77.2 LPACAP: «Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes».

El art. 77.2 LPACAP es de idéntico tenor al del art. 80.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); por lo que se reitera lo que dicho sobre tal precepto (ver los Dictámenes 1/2017, de 4 de enero y 19/2016, de 16 de enero):

«La regla general del Derecho, contenida en el art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, impone a las partes la carga de probar los hechos que presenta como fundamento de su alegato. De ahí que el art. 80 LRJAP-PAC establezca en su apartado 1 que, “cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados, acordará la apertura de un período de prueba”; y el número 2 del referido precepto prevé que “sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”».

Que la representación legal de la contrata no propusiera prueba alguna a lo largo del procedimiento no exime a la Administración de cumplir con la obligación prevista en la legislación vigente (el instructor acordará la apertura, reza el precepto reproducido líneas arriba), toda vez que la Propuesta de Resolución refuta abiertamente la versión fáctica defendida por la interesada.

Esta ausencia de actividad probatoria por parte de la Administración vulnera las reglas que la rigen, lo que produce en opinión de este Consejo indefensión a la interesada en la protección de sus intereses legítimos.

2. A lo que hay que añadir que tampoco se ha dado trámite de audiencia al contratista. Según dispone el art. 82.1 LPACAP, instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre y que la audiencia 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, añadiendo que solo se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

En el caso que nos ocupa, además de las alegaciones iniciales del contratista, se ha tenido en cuenta para la resolución contractual tanto el informe, de fecha 11 de enero de 2017, del Director de obra, de contestación a las alegaciones realizadas por la empresa (...), en el que se concluye que la contratista no justifica los retrasos

acaecidos en la obra y las incorrecciones detectadas en la ejecución de las mismas, como el informe del Jefe de Servicio Técnico de Cooperación Institucional, de 12 de enero de 2017, en el que se ratifica lo expuesto por el Director de Obra. Igualmente se alude a los escritos de las empresas (...), en el que denuncia que (...), adjudicataria de la obra que nos ocupa, les ha dejado facturas impagadas por un importe de 4.394,36 €, y de (...), denunciando que (...) no querían certificarles obra ejecutada como subcontrata por importe de 2.720 euros.

Es decir, existe documentación relevante a la que no ha tenido acceso el contratista.

3. Según reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la indefensión es un concepto material, que no surge de la mera omisión del trámite de audiencia, sino que de esa omisión resulte para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses. Por esta razón, para establecer si se ha producido indefensión con la omisión de ese trámite de audiencia, hay que atender al posible el influjo que hubiera podido tener en el acto resolutorio, esto es, si hubiese o no variado por la omisión de ese trámite (véanse entre otras muchas, las Sentencias de 5 junio de 2001; de 18 marzo de 2002; de 15 julio de 2002; de 11 noviembre de 2003 y de 7 junio de 2004).

En el presente procedimiento la Propuesta de Resolución pretende la resolución contractual sin que se abriera el preceptivo período de prueba y en base a informes que desconoce e contratista, privándole de la posibilidad de probar y alegar sobre cuantas cuestiones estime pertinentes; pruebas y alegaciones que se deberán tener en cuenta en la resolución final y que, siguiendo la jurisprudencia citada, va a influir en su contenido, porque, a la vista de la práctica de la prueba y de las nuevas alegaciones del contratista, esa resolución podría ser distinta de la que ahora se propone.

De lo anterior se ha de concluir que se ha producido indefensión al contratista y la única manera de enervarla es que, conservando los actos y trámites practicados, primero, se retrotraigan las actuaciones para que el instructor abra, al amparo de los arts. 77 y 78 LPACAP, período de prueba y, en su caso, se practiquen las pruebas que considere pertinentes, y, segundo, le dé vista del expediente y trámite de audiencia al contratista. Posteriormente se deberá elaborar una nueva Propuesta de Resolución

teniendo en cuenta las nuevas actuaciones practicadas que se someterá a dictamen de este Consejo Consultivo.

Como para la realización de tales actuaciones habrá de alzarse la suspensión acordada y dada la proximidad de la fecha de caducidad del procedimiento, en caso de que tal circunstancia se produzca como parece previsible, deberá así acordarse expresamente, sin perjuicio de que pueda iniciarse un nuevo procedimiento de resolución contractual, al que podrán incorporarse los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad, debiendo cumplimentarse en el nuevo procedimiento los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado antes de remitirse la nueva Propuesta de Resolución a este Consejo para que sea dictaminada.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, que pretende la resolución del contrato con la empresa (...), no se considera conforme a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento a fin de que se realicen las actuaciones señaladas en el Fundamento III de este Dictamen.