



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 171/2019

(Sección 2ª)

La Laguna, a 16 de mayo de 2019.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pájara en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obra del «Acondicionamiento de la calle (...) en Morro Jable», suscrito con la sociedad (...) (EXP. 130/2019 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Pájara, con entrada en este Consejo Consultivo el 2 de abril de 2019, es la Propuesta de Resolución, a la que se opone el contratista, del contrato de obra del «Acondicionamiento de la calle (...) en Morro Jable».

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 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el art. 109.1.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

La anterior normativa es de aplicación porque, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) en sus apartados primero y segundo:

* Ponente: Sra. de León Marrero.

«Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos». Y, «los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Pues bien, habiéndose adjudicado el presente contrato de obra mediante Decreto 3467/2017, de 28 de diciembre, suscribiéndose el oportuno contrato el día 4 de enero de 2018, resulta de aplicación la normativa sustantiva a la que nos hemos referido, vigente en ese momento, sin perjuicio de la aplicación de la actual Ley de Contratos en aquellos aspectos procedimentales que le sean de aplicación.

También es de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

3. No ha transcurrido el plazo máximo de ocho meses que, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual, establece el art. 212.8 LCSP, aplicable en virtud de la Disposición Transitoria Primera, apartado segundo, de dicha ley, en aquello que no contradiga el pliego de cláusulas Administrativas particulares.

II

Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 5 de junio de 2017 se aprobó el proyecto técnico denominado «Acondicionamiento de la calle (...) en Morro Jable».

- Por Resolución de la Alcaldía-Presidencia nº 2433/2017, de 5 de septiembre, se aprueba el expediente para la contratación de la mencionada obra.

- Mediante Decreto de la Alcaldía 3387/2017, de 19 de diciembre, se resuelve clasificar como oferta económicamente más ventajosa para la contratación de la obra de referencia, la presentada por la mercantil (...) a la que, tras la presentación de toda la documentación requerida, se le adjudicó el mencionado contrato de obras mediante Decreto 3467/2017, de 28 de diciembre, suscribiéndose el oportuno contrato el día 4 de enero de 2018.

- Con fecha 2 de febrero de 2018 tuvo lugar la firma del Acta de comprobación de replanteo e inicio de obra.

- Por el Director facultativo de la obra se emite informe, de fecha 30 de abril, poniendo de manifiesto diversos incumplimientos, por lo que tramitado el oportuno expediente, mediante Resolución de la Alcaldía nº 1331/2018, de 4 de mayo, se resuelve imponer al contratista penalidades por importe de 1.574 euros, -las cuales serán descontadas de la siguiente certificación de la obra que se aprueba- y aprobar la ampliación del plazo de ejecución de la obra hasta el 2 de julio de 2018.

- Con fecha 30 de enero de 2019, se recibió en el departamento de Contratación nuevo informe del Director de obra sobre más incumplimientos por parte del contratista. Informe al que el técnico supervisor le ha dado el visto bueno, añadiendo además que la obra se encuentra abandonada desde julio de 2018.

- Mediante Decreto de la Alcaldía Presidencia nº 582/2019, de 13 de febrero, se inició expediente de resolución contractual, concediéndole al contratista un plazo de diez días para que alegase lo que a su derecho convenga.

- Por el contratista de la obra, con fecha 14 de febrero de 2019, se presentan alegaciones contra el Decreto de incoación de la resolución contractual.

- El Director de la Obra informa el 15 de marzo de 2019 las alegaciones del contratista.

- Asimismo, por el Arquitecto municipal se emite, el 22 de marzo de 2019, informe tanto sobre las alegaciones presentadas por el contratista, como sobre el informe del Director facultativo, concluyendo que procede la resolución contractual propuesta y la reclamación de daños y perjuicios.

- El Informe-propuesta, con retención de la garantía definitiva prestada por la empresa adjudicataria, plantea elevar a definitiva la Resolución de contrato de obras «Acondicionamiento de la calle (...) en Morro Jable», suscrito con la sociedad (...), por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales consistentes en la demora en la ejecución del contrato de obras en virtud de lo dispuesto en el art. 223 d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

III

Este Consejo no puede entrar en el fondo de la cuestión planteada ya que del análisis del expediente se aprecia que los informes del Director facultativo (de 15 de marzo) y del Arquitecto municipal (de 22 de marzo de 2019) en los que se basa la Propuesta de Resolución, emitidos con posterioridad al trámite de audiencia (dado el 13 de febrero), no han sido trasladados a la empresa adjudicataria.

Tal omisión le produce indefensión a la empresa, cuya consecuencia es irremediablemente la nulidad de lo actuado.

En efecto, como hemos dicho en distintas ocasiones (ver por todas el reciente Dictamen 158/2019, de 29 de abril) en palabras del Tribunal Supremo: «(...) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la misma omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses» (STS de 11 de noviembre de 2003)».

En el presente caso, el desconocimiento de esos dos informes le provoca a la empresa adjudicataria una limitación de los medios de alegación, de prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses, pues en ellos se realizan una serie de aseveraciones que aparecen por primera vez en el expediente y que, por ello mismo, no han podido ser refutados, lo que le produce indefensión.

Por ello, procede que, conservando los actos y trámites practicados, se retrotraigan las actuaciones para que se otorgue a la empresa adjudicataria nuevo trámite de audiencia sobre todo el expediente, tras lo que procederá la redacción de una nueva Propuesta de Resolución, que deberá ser sometida a dictamen por este Consejo.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a dictamen, que resuelve el contrato de obras «Acondicionamiento de la calle (...) en Morro Jable», no se considera ajustada a Derecho, ya que procede la retroacción del procedimiento a fin de dar trámite de audiencia sobre los informes emitidos con posterioridad a las alegaciones de la empresa contratista, en los términos señalados en el presente dictamen.