



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 3 3 4 / 2 0 1 9

(Sección 2ª)

La Laguna, a 25 de septiembre de 2019.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de ejecución de la obra denominada «Edificio de Aparcamiento en Arguineguín», T.M. Mogán, adjudicado a la entidad mercantil (...) (EXP. 293/2019 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Mogán, es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato de la obra denominada «Edificio de Aparcamiento en Arguineguín, T.M. Mogán» adjudicada a la entidad (...).

2. La legitimación para la solicitud del 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. 191.3.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma aplicable al presente supuesto tanto porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor, como porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

También es de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor y el art. 114.3 del

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

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.

II

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

- Mediante Acuerdo del Pleno de la Corporación en sesión celebrada en fecha 4 de julio de 2018 se adjudicó a la entidad (...) el contrato de ejecución de la obra denominada «Edificio de aparcamientos en Arguineguín, T.M. Mogán», Ref: 16-OBR-43, tramitado mediante procedimiento abierto, tramitación urgente y sujeto a regulación armonizada, por un importe de 6.969.907,98 euros.

Para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, el adjudicatario constituyó a favor de esa Administración una garantía definitiva por importe de 348.495,40 euros.

- El contrato se formaliza en fecha 1 de agosto de 2018.

- El 23 de agosto de 2018 se levanta el Acta Viable de comprobación de replanteo, con observaciones por parte del contratista.

- El Pleno en sesión extraordinaria y urgente, de fecha 13 de noviembre de 2018, acordó entre otros, los siguientes acuerdos:

«SEGUNDO.- Aprobar el expediente de modificación del contrato de ejecución de la obra denominada "Edificio de aparcamientos en Arguineguín, T.M. Mogán", Ref" 16-OBR-43, adjudicada por un importe de 6.969.907,98 euros, atendiendo a los informes obrantes en el expediente.

TERCERO.- Aprobar la modificación del contrato de ejecución de la obra "Edificio de aparcamientos en Arguineguín, T.M. Mogán", Ref. 16-OBR-43, por un importe total incluyendo la baja que asciende a la cantidad de 10.282.870,59 euros, que supone un incremento sobre el presupuesto adjudicado de 3.312.962,61 euros, que equivale a un aumento del 47,53% sobre el presupuesto adjudicado, y adjudicarlo a la entidad (...), con un incremento de ocho (8) MESES en el plazo de ejecución, resultando un plazo total de ejecución de treinta y dos (32) meses.

CUARTO. Requerir al adjudicatario del contrato, la entidad mercantil (...) al objeto de que proceda al reajuste de la garantía definitiva depositada, correspondiente al 5% del incremento, por importe de 165.648,13 euros, así como a la firma del correspondiente contrato administrativo, en un plazo máximo de quince días hábiles siguientes a aquel en que reciba la notificación».

- El 16 de noviembre de 2018 se formaliza Contrato administrativo de adjudicación del Modificado N.º 1, en el que se recoge respecto a la garantía definitiva que «Existe una variación en el importe de la garantía definitiva que supone un incremento de 165.648,13 depositada en la Tesorería Municipal, el día 15 de noviembre de 2019, bajo el número de operación 320180004919».

- El Pleno de la Corporación, en sesión de fecha 29 de noviembre de 2018, acuerda, entre otras cuestiones: «autorizar el derecho a (...), a percibir abonos a cuenta hasta el 7 por 100 de los materiales acopiados necesarios para la obra y hasta el 20 por 100 de los equipos que se han detallado en el informe de los directores de la obra, así como delegar en la Junta de Gobierno Local el ejercicio de la competencia del Pleno como órgano de contratación respecto del contrato de la meritada obra con condiciones recogidas en dicho acuerdo».

- La Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria, celebrada el día 30 de abril de 2019, vistas las garantías depositadas por materiales acopiados en la obra, adoptó entre otros, el siguiente acuerdo:

«Primero.- Que habiendo sido amortizada la cantidad suficiente, se proceda a la devolución de los 8 avales depositados por la entidad (...) en la Tesorería de este Ayuntamiento por importe total de 300.000,00 €, que se relacionan a continuación:

32018003524100.000,00 €72757141071411201815472

32018003525100.000,00 €72757141071411201815473

32018003526100.000,00 €72757141071411201815474».

-El 26 de junio de 2019 la entidad (...) presenta escrito solicitando la cesión del contrato.

- La entidad (...), el 6 de junio de 2019, presenta escrito en el que, entre otras cuestiones, expresa:

«(...) Sirva la presente para comunicarles los problemas económicos acaecidos en nuestra empresa durante los últimos meses y que nos impiden la continuación normal de las obras que tenemos con ustedes contratadas.

Como habrán podido comprobar, la obra que estaba en ejecución ha sufrido su completa paralización, y el motivo no es otro que la falta de pago de nuestra empresa a los diferentes proveedores y subcontratistas que colaboran en la ejecución de la obra. Como solicitan, les adjuntamos un listado actualizado a día de hoy de todas las facturas que quedan pendientes de abonar de los meses de abril y mayo».

- La Junta de Gobierno Local celebrada en fecha 2 de julio de 2019, entre otras cuestiones, acuerda:

«PRIMERO.- Iniciar el procedimiento para acordar la resolución del contrato de ejecución de la obra denominada "Edificio de Aparcamiento en Arguineguín, T.M. Mogán", adjudicado a la entidad mercantil (...), por incumplimiento culpable del contratista, siendo la causa de resolución invocada el incumplimiento de la obligación principal del contrato, prevista en el art. 211.1 f) de la LCSP, atendiendo al informe Técnico de fecha 26 de junio de 2019.

SEGUNDO.- Otorgar trámite de audiencia al contratista, a los avalistas y aseguradores del contrato de obras por plazo de diez días naturales, a contar a partir del día siguiente al de la notificación del presente acuerdo, a fin de que pueda alegar y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes (...).

- El Técnico municipal designado como Director de la Obra, en fecha 8 de julio de 2019, emite informe en el que propone denegar la cesión del contrato.

- El 9 de julio de 2019 se emite, por el Técnico municipal, con el visto bueno del Secretario de la Corporación, Informe Jurídico sobre el procedimiento y la legislación aplicable para la cesión del contrato.

- El 9 de julio de 2019 la Junta de Gobierno Local acuerda, respecto a la cesión del contrato solicitada, lo siguiente:

«PRIMERO.- NO AUTORIZAR la cesión del contrato solicitada en el contrato de ejecución de la obra denominada "Edificio de Aparcamiento en Arguineguín, T.M. Mogán", REF:16-0BR-43, adjudicado a la entidad mercantil (...), de conformidad con la propuesta contenida en el Informe Técnico de fecha 8 de julio de 2019».

- Se confiere trámite de audiencia al contratista y a sus avalistas en las siguientes fechas:

(...): 9/07/19

(...): 08/07/19

(...): 03/07/19

- Las alegaciones de la entidad aseguradora (...), se presentan en las oficinas de correo postal en fecha 15 de julio del presente, en las que en síntesis, manifiesta su disconformidad a la incautación de las garantías definitivas constituidas.

- El contratista presenta escrito de oposición a la resolución del contrato, con fecha 10 de julio de 2019, RE: 626, formulando dos alegaciones: la primera de ellas, en la que considera que debe optarse por la cesión y no por la resolución, y la segunda, en la que cuestiona la causa de resolución invocada, considerándose, en síntesis, que la alternativa a la resolución es la cesión del mismo, al objeto de garantizar su continuidad.

- El 12 de julio de 2019 se practica notificación electrónica al contratista del acuerdo adoptado en la Junta de Gobierno Local de 9 de julio de 2019, por el que se le deniega la cesión del contrato.

- En fechas 19 y 23 de julio de 2019, se emiten informes técnicos por parte de la Dirección de Obra en contestación a las alegaciones presentadas por el contratista y el avalista (...).

- Sin más trámites, el 30 de julio de 2019 se dicta la Propuesta de Resolución en la que se propone:

«PRIMERO.- Desestimar las alegaciones presentadas por la aseguradora y el contratista, por los motivos y consideraciones contenidas en los Informes Técnicos de la Dirección Facultativa de la obra, así como por los Informes Jurídicos que obran en el expediente.

SEGUNDO.- Resolver el contrato de ejecución de la obra denominada "Edificio de Aparcamiento en Arguineguín, adjudicado a la entidad mercantil (...), por incumplimiento culpable del contratista, siendo la causa de resolución el incumplimiento de la obligación principal del contrato, prevista en el art. 211.1 f) de la LCSP, atendiendo al Informe Técnico de fecha 26 de junio de 2019.

TERCERO.- Incautar las garantías depositadas para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato».

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 Técnico municipal, con el visto bueno del Secretario de la Corporación, sobre el procedimiento y la legislación aplicable para la cesión del contrato, así como los de 19 y 23 de julio de 2019, de la Dirección de Obra en contestación a las alegaciones presentadas por el contratista y

el avalista, en los que se basa la Propuesta de Resolución, emitidos con posterioridad al trámite de audiencia (3, 8 y 9 de julio de 2019), no han sido trasladados ni a la empresa adjudicataria, ni a los avalistas.

Tal omisión les produce indefensión 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 informes les provoca a la empresa adjudicataria y a los avalistas 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 conocidos y, por ende, refutados, lo que les produce indefensión.

Por ello, procede que, conservando los actos y trámites practicados, se retrotraigan las actuaciones para que se otorgue 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 ejecución de la obra denominada «Edificio de Aparcamiento en Arguineguín, T.M. Mogán», no se considera ajustada a Derecho, procediendo la retroacción del procedimiento a fin de dar trámite de audiencia sobre los informes emitidos con posterioridad a las alegaciones de la empresa contratista y sus avalistas, en los términos señalados en el presente Dictamen.