



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2ª)

La Laguna, a 12 de marzo de 2020.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa María de Guía en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato administrativo denominado "CENTRO CÍVICO-DEPORTIVO LA ATALAYA" adjudicado a la mercantil (...) (EXP. 62/2020 CA)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa María de Guía, es la Propuesta de Acuerdo para resolver el contrato administrativo de obras denominado «Centro Cívico-Deportivo La Atalaya», adjudicado a la mercantil (...).

2. La Legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia del Consejo para la emisión del Dictamen 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 (LCCC), en relación con el art. 191.3, letra 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 2014 (en adelante, LCSP), precepto que es de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (art. 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, es la Junta de Gobierno Local, en virtud de las competencias delegadas por la Alcaldía-Presidencia y por el Pleno de la Corporación al amparo de la D.A. Segunda LCSP.

---

\* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

4. No ha transcurrido el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP, por lo que el procedimiento de resolución contractual no ha caducado al haberse iniciado el 30 de diciembre de 2019.

5. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del procedimiento que, por producir indefensión a los interesados, impida un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada.

## II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

- En virtud del convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio de Fomento, la Comunidad Autónoma de Canarias y el Ayuntamiento de Santa María de Guía para la renovación urbana de La Atalaya-Becerril, se licitó el contrato de obras «Centro Cívico-Deportivo La Atalaya», con un presupuesto base de licitación (IGIC incluido) de 854.467,81 euros, actuando el citado convenio como instrumento financiero de la actuación.

- Tras seguirse la licitación por los cauces del procedimiento abierto simplificado, se adjudicó el contrato a favor de la mercantil (...), con arreglo a las siguientes condiciones:

a. Precio de adjudicación (IGIC incluido): 789.955,32 euros.

b. Plazo de ejecución: 8 meses a contar desde la firma del acta de comprobación del replanteo en conformidad.

c. Plazo de garantía: 5 años.

d. Mejoras ofertadas:

- Bucle de inducción magnética.

- Canalización de cableado aéreo.

- Iluminación.

- Cartelería exterior.

- Protección solar.

- Mueble de control de acceso.

- El contrato se formalizó en documento administrativo en fecha 2 de octubre de 2018.

- El acta de comprobación del replanteo se formalizó en fecha 6 de noviembre de 2018, debiendo finalizar las obras el día 6 de julio de 2019.

- En fecha 10 de junio de 2019 se registra escrito por la adjudicataria por el que solicita una ampliación del plazo de ejecución de las obras hasta el 31 de octubre de 2019, motivado en la existencia de un poste de madera de red aérea de BT cuya responsabilidad compete a Endesa, debiendo realizar esta el traslado o cambio de ubicación del mismo, sin que a la fecha se haya verificado, por lo que se impide la continuidad de los trabajos.

- La Junta de Gobierno Local, previo informe de la Dirección Facultativa y del Supervisor municipal, acuerda ampliar el plazo de ejecución de los trabajos hasta el 31 de octubre de 2019.

- En fecha 26 de septiembre de 2019, la adjudicataria registra dos escritos, en uno solicita nueva ampliación del plazo hasta el día 23 de febrero de 2020, con fundamento en que el poste de madera fue trasladado el día 26 de junio de 2019, provocando, por un lado, un retraso en el plan de ejecución de los trabajos presentado conjuntamente con la primera solicitud de ampliación del plazo de 23 días; y en el otro escrito solicita una modificación del proyecto con fundamento en:

- Cambios introducidos por la Dirección Facultativa en el proyecto durante su ejecución.

- Exceso de medición de partidas de proyecto.

- Partidas contradictorias.

- Servicios afectados.

- La Alcaldía-Presidencia, a la vista de los citados escritos, solicita en fecha 3 de octubre de 2019 informe al Director Facultativo.

- En fecha 10 de octubre de 2019, el Director Facultativo registra los siguientes informes:

- Informe de 10 de octubre de 2019 referido a la aprobación de una partida alzada por importe de 560,26 euros referido al aumento de la partida 15.05 de reposición de servicios afectados.

- Informe de 10 de octubre de 2019 referido a la inclusión de nuevas unidades de obra por importe de 11.225,17 euros al abrigo del art. 242.4 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, no tramitándose como modificación al no afectar a

unidades de obra que en su conjunto supongan un 3% del presupuesto primitivo del contrato, al suponer el 1,67% de este.

- Informe de 10 de octubre de 2019 por el que pone en conocimiento del órgano de contratación la omisión o incumplimiento por parte del contratista de las órdenes de la Dirección Facultativa.

- Informe de 10 de octubre de 2019 sobre los siguientes extremos:

. Respecto a la solicitud de modificación registrada por el contratista: Se analizan todos y cada uno de los motivos alegados por el contratista como motivadores de esta solicitud para concluir que no se halla justificado.

. Respecto a la solicitud de ampliación del plazo: No encuentra justificada la concesión de nueva ampliación del plazo con fundamento en el traslado tardío del poste de Endesa y en la necesidad de la tramitación de un modificación. Respecto al traslado tardío del poste se hace constar y así se aporta un correo electrónico del Contratista de 4 de junio de 2019 en el que reconoce que solicitó a Endesa el traslado en el mes de abril de 2019, es decir seis meses después de la firma del acta de comprobación del replanteo. Respecto al modificación en su informe expone las razones por las que no procede.

. Respecto a la solicitud de indemnización económica del contratista por la ampliación del plazo concedida por el órgano de contratación, concluye que no procede por las razones en el informe contenidas.

. Respecto a la solicitud del contratista de que se le abonen precios contradictorios por la ejecución de unidades de obra no previstas recogidas en su escrito de 11 de septiembre de 2018, analiza una a una las mismas, con el resultado obrante en el citado informe.

. Respecto al exceso de medición de algunas partidas: Las identifica y valora en 10.568,37 euros, abonándose de acuerdo con el art. 242.4 LCSP en la certificación final de obra como obra realmente ejecutada al no exceder del 10% del precio del contrato.

. Respecto a las causas del incumplimiento del plazo de ejecución acompaña análisis detallado.

. Acompaña un cuadro económico final de los extremos comprendidos en su informe de los que resulta:

. Necesidad de incluir al abrigo del art. 242.4 ii LCSP precios nuevos por importe de 11.255,17 euros.

. Recoger en la certificación final de obra la cantidad de 27.258,03 euros en concepto de exceso de medición de conformidad con el art. 242.4 i. LCSP.

- En fecha 31 de octubre de 2019 la contratista registra escrito en el que solicita la resolución, por mutuo acuerdo, del contrato, motivado en las causas ya recogidas en los escritos anteriores.

- A la vista del anterior escrito, la Alcaldía-Presidencia dictó la Resolución número 1697/2019, de 5 de noviembre de 2019, en el que se acordaba:

1) Declarar de urgente tramitación el expediente para conocer el estado de ejecución de la obra denominado «Centro Cívico-Deportivo La Atalaya-Fase 1» adjudicado a la mercantil (...), habida cuenta que el plazo de ejecución finalizó el día 31 de octubre de 2019, sin que conste que las mismas estén finalizadas a la luz del escrito registrado por la contratista en fecha 31 de octubre de 2019 por el que solicita la resolución por mutuo acuerdo del contrato; reduciéndose a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario.

2) Requerir del Director Facultativo informe sobre los siguientes extremos, que ha de ser emitido en plazo no superior a 5 días a contar desde la notificación de la presente Resolución:

. Estado de ejecución de las obras, indicando el porcentaje de ejecución respecto al proyecto aprobado, la parte o partes ejecutadas, con su correspondiente medición y valoración, y la valoración de la obra pendiente de ejecutar, en su caso.

. Informe sobre los extremos contenidos en la solicitud del contratista de fecha 31 de octubre de 2019, debiéndole adjuntársele copia.

3) Notificar esta Resolución al Director Facultativo y a la contratista de las obras haciéndole saber que contra la declaración de tramitación urgente no cabrá recurso alguno ni contra la petición de informe interesada, sin perjuicio del recurso procedente que se pueda interponer a la finalización del procedimiento.

4) Dar cuenta del informe emitido.

5) Dar cuenta al Pleno de esta Resolución en la próxima sesión ordinaria que celebre.

- En fecha 8 de noviembre de 2019 el Director Facultativo emite el informe solicitado del que se destaca lo siguiente:

«A. ESTADO DE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS

*Las obras para la ejecución del Centro Cívico Deportivo La Atalaya - Fase 1 no se han finalizado a fecha de redacción de este informe. El contratista ha procedido a la retirada de las casetas de obra y diverso material de construcción desde el pasado día 31 de octubre de 2019. La obra se encuentra abandonada en estos momentos, con el riesgo que ello supone, ya que a pesar de encontrarse vallada, es posible el acceso peatonal por los huecos existentes entre el vallado de obra.*

*Ante la imposibilidad de acceder a la obra en condiciones de seguridad, al estar cerrados los accesos habituales a la misma, la valoración disponible es la existente en la última certificación, la número 11 del mes de septiembre de 2019, según la cual, el importe certificado asciende a 201.492,74 euros, incluyendo gastos generales, beneficio industrial, baja del contratista e IGIC.*

*Teniendo en cuenta que la adjudicación del contrato asciende a 789.955,32 euros, el porcentaje certificado es de un 25,52%, a falta de la emisión de la última certificación, en la cual según estudios previos, presumiblemente no se superará el 30% de la totalidad de la obra.*

*Las obras ejecutadas se corresponden con la totalidad de las demoliciones, así como aproximadamente un 50% de los movimientos de tierra, un 23% del saneamiento, un 42% de la estructura, un 33% de la albañilería y un 30% de las impermeabilizaciones, con la parte proporcional de gestión de residuos y seguridad y salud.*

*La obra pendiente de finalizar se estima en aproximadamente un 70% de la incluida en el contrato de adjudicación.*

*Para la medición y valoración solicitada se adjunta en anexo 2 la certificación número 11, que se corresponde con la última emitida, a falta de poder acceder a la obra para realizar las mediciones y la certificación final.»*

- En fecha 2 de diciembre de 2019 la contratista registra escrito en el que comunica que desde el día 31 de octubre de 2019 ha abandonado la obra, depositando la llave de los candados del cierre del vallado en la notaría de Guía.

- La Junta de Gobierno Local, en su condición de órgano de contratación, acordó el 30 de diciembre de 2019:

«1) Desestimar la solicitud del contratista de ampliación del plazo de ejecución de las obras hasta el día 20 de febrero de 2020.

2) Desestimar la solicitud del contratista de modificar el proyecto y el contrato de conformidad con los fundamentos de esta propuesta.

3) Desestimar la reclamación del contratista de indemnización por la ampliación del plazo concedida, por precios contradictorios, por costes indirectos y desestimar las alegaciones sobre exceso de medición con fundamento en esta propuesta y en los informes del Director Facultativo adjuntos que sirven de motivación "in allunde" a la misma.

4) Autorizar el exceso de medición solicitado por el contratista en fecha 10 de octubre de 2019 y el aumento de la partida alzada 15.05, al abrigo del art. 242.4 i de la LCSP, debiendo recogerse en la liquidación del contrato.

5) Otorgar trámite de audiencia al contratista por plazo de tres días de conformidad con el art. 242.4 i y art. 242.2 a los precios nuevos a incluir en el proyecto según informe del Director Facultativo de 10 de octubre de 2019, apercibiéndole que en caso no oponerse se entenderán aceptados.

6) Incoar el procedimiento para acordar, si procede, la resolución del contrato administrativo de obras adjudicado por causa imputable al contratista derivada del incumplimiento del plazo total de ejecución de las obras al configurarse como una obligación contractual esencial al ser objeto de valoración en la adjudicación del contrato el menor plazo de ejecución ofertado según los razonamientos contenidos en esta propuesta, mediando culpa o negligencia, lo que conllevará, en su caso, la obligación del contratista de indemnizar a la administración por los daños y perjuicios ocasionados, a cuantificar en un expediente independiente, a tramitar una vez se acuerde, en su caso, la resolución del contrato, haciéndose efectiva la misma sobre la garantía definitiva constituida sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada.

7) Otorgar audiencia al contratista por un plazo de diez días naturales desde la notificación del acuerdo que se adopte, y al avalista o asegurador por el mismo plazo, a los efectos de que presenten las alegaciones y documentos que consideren convenientes.

8) A la vista de las alegaciones deducidas se requiera informe de secretaría e intervención en el que se valoren las mismas, y de mediar oposición del contratista se recabe dictamen del superior órgano consultivo autonómico a los efectos prevenidos en la legislación vigente.

9) Notificar el acuerdo que se adopte al contratista a los efectos prevenidos haciéndole saber que los apartados 1, 2 y 3 agotan la vía administrativa indicándole los recursos a que haya lugar.

10) Notificar el acuerdo que se adopte a la entidad avalista, en su caso.

11) *Dar traslado del acuerdo que se adopte al supervisor municipal y al Director Facultativo.*

12) *Facultar a la Alcaldía para la adopción de cuantos acuerdos, trámites, y documentos fueren necesarios para dar ejecutividad a lo acordado, incluyendo la solicitud de dictamen del superior órgano consultivo autonómico, en su caso, así como acordar la suspensión del plazo para resolver y notificar el expediente y su notificación a los interesados en caso de recabarse el citado dictamen hasta su recepción por la administración solicitante».*

- Con posterioridad, a solicitud de la Administración contratante, se emite informe, de 24 de enero de 2020, por parte de la Dirección Facultativa sobre el escrito de alegaciones del contratista, así como de abogado externo, de 5 de febrero de 2020.

- Finalmente, la Propuesta de Resolución, en base a los dos informes anteriores, formula la adopción de, entre otros, acuerdo de resolución del contrato administrativo por causa imputable al contratista derivada del incumplimiento del plazo total de ejecución de las obras, al configurarse como una obligación contractual esencial al ser objeto de valoración en la adjudicación del contrato el menor plazo de ejecución ofertado, mediando culpa o negligencia, lo que conllevará la obligación del contratista de indemnizar a la administración por los daños y perjuicios ocasionados, a cuantificar en un expediente independiente, a tramitar una vez se acuerde la resolución del contrato, incautándose, como medida cautelar, la garantía definitiva constituida mediante aval otorgado por la Sociedad de Garantías y Avaluos de Canarias, SGR por importe de 32.919,15 euros, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda de la garantía incautada.

### III

Este Consejo no puede entrar en el fondo del asunto porque del análisis del expediente se aprecia que ni respecto del contratista, ni del avalista, se les ha abierto un trámite de audiencia.

En efecto, lo que se le dio inicialmente al contratista fue el trámite de alegaciones, al que compareció presentando alegaciones. Sin embargo, con posterioridad se emitieron los informes de la Dirección Facultativa, de 24 de enero de 2020, sobre el escrito de alegaciones del contratista, y el del abogado externo, de 5 de febrero de 2020, en los que se basa la Propuesta de Resolución para resolver el contrato, debiendo, tal como preceptúa el art. 82 LPACAP, dar trámite de audiencia, ya que, según el apartado 4, únicamente se podrá prescindir del mismo 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.

Tal omisión es un defecto de forma que produce indefensión, cuya consecuencia es irremediamente la nulidad de lo actuado.

Como hemos dicho en distintas ocasiones (ver por todos los recientes Dictámenes 202/2019, de 23 de mayo; 158/2019, de 29 de abril, y 454/2019, de 5 de diciembre), 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 tales informes, sobre todo el de la Dirección Facultativa, le provoca a la empresa adjudicataria una limitación de los medios de alegación y, en consecuencia, de defensa de sus 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 contestados por los interesados, lo que les produce indefensión.

Esas cuestiones nuevas introducidas por la Dirección Facultativa fueron, además de contestar cada una de las alegaciones, las siguientes: la calificación de sus alegaciones como confusas, poco coherentes e injustificadas, que «enturbian» el relato de los acontecimientos; la calificación de acto casi temerario la mejora del contratista en minorar el plazo de ejecución en 2 meses; achacar al contratista el retraso en la solicitud de permisos para el traslado de la palmera y el poste de la luz; la afirmación de que no hubo quejas anteriormente por parte del contratista con respecto a las indefiniciones del proyecto; achacar al contratista la comisión del error de no tener en cuenta que la adjudicación de la obra conllevaba el abono de los honorarios de la Dirección Facultativa, lo que le supuso una pérdida de alrededor de 60.000 euros antes de comenzar la obra, por lo que fueron numerosas las peticiones del contratista a la Dirección Facultativa para que le ayudara a paliar esas pérdidas y que la negativa a ello desde el principio desembocó en una tensa relación como afirma el contratista en el informe; afirmar que esas relaciones se deterioran aun más cuando en el mes de septiembre de 2019 se le comunica al contratista en presencia de representantes de la Administración Local que no ve indicios que

justifiquen la necesidad de un modifico de proyecto y, por lo tanto, se opone a la aprobación de una segunda prórroga, lo que provoca que, a solo un mes para la finalización del contrato, el contratista busca diariamente -mediante la remisión de sucesivos correos electrónicos- intentar justificar que el proyecto no es válido para finalizar la obra.

Por ello, procede que, conservando los actos y trámites practicados, se retrotraigan las actuaciones para que se otorgue nuevo trámite de audiencia al contratista -y por las mismas razones también al avalista o asegurador- sobre todo el expediente, tras lo que procederá, en su caso, 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 denominado «Centro Cívico-Deportivo La Atalaya», adjudicado a la mercantil (...), no se considera ajustada a Derecho, por lo que procede la retroacción del procedimiento con la finalidad de dar trámite de audiencia sobre la totalidad del expediente a la empresa contratista, así como al avalista o al asegurador, en los términos señalados en el Fundamento III del presente Dictamen.