



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 1 5 / 2 0 2 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de junio de 2020.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la ***Propuesta de resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato administrativo de las obras de edificación de las cubiertas de los siguientes colegios (...), (...), (...), (...), (...), adjudicado a la entidad mercantil (...) (EXP. 163/2020 CA)*.***

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Alcaldesa del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la Propuesta de Acuerdo para resolver el contrato administrativo de obras de edificación de las cubiertas de los colegios (...), (...), (...), (...) y (...), adjudicado a la empresa (...)

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, en relación con el 191.3, letra a), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), 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, 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-Presidentencia y por el Pleno de la Corporación al amparo de la D.A. Segunda LCSP.

* Ponente: Sra. Marrero Sánchez.

4. Se ha de destacar que en la tramitación del procedimiento de resolución contractual en el que se ha aprobado el presente Dictamen le ha sido de aplicación el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mismo y al RD 465/2020, de 17 de marzo, que lo modifica, y en el que, entre otras medidas, se suspenden los plazos procesales y administrativos, se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a la tramitación de este procedimiento consultivo. No obstante, mediante Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se ha procedido al levantamiento de la suspensión declarada por el Real Decreto 463/2020, a cuyo efecto su art. 9 dispone que *«con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas»*.

5. Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, al haberse iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el plazo para resolver el expediente será de ocho meses, en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP, según resulta de su Disposición Transitoria Primera, apartado segundo. El transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009).

El presente procedimiento se inició el 28 de octubre de 2019. No obstante, tal plazo también se ha visto afectado por la suspensión referida en el apartado anterior, por lo que no ha transcurrido dicho plazo máximo de ocho meses.

II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

- En Junta de Gobierno celebrada el día 30 de abril de 2018 se declara la urgencia en la tramitación del procedimiento de contratación del servicio de Dirección de las obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...) y (...) y de ejecución de las mismas.

- Mediante acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de fecha 9 de julio de 2018 se acordó aprobar los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de

prescripciones técnicas que han de regir la contratación de las obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...) y (...), mediante procedimiento abierto simplificado y tramitación urgente.

- Por delegación de la Junta de Gobierno de la Ciudad, en sesión ordinaria celebrada el día 9 de julio de 2018, la Sra. Concejala Delegada en materia de Deportes, Educación y Juventud, dicta Decreto de fecha 23 de octubre de 2018, adjudicando el contrato de las obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...), (...) a la empresa (...), por importe total de 1.196.140,83, IGIC incluido, distribuido en los siguientes importes por LOTES:

LOTE I (...)211.871,55

LOTE II (OFRA VISTA B.)252.238,08

LOTE III (...)222.698,50

LOTE IV (...)297.937,99

LOTE V (...)211.394,71

- Siendo el día de vencimiento del contrato el 5 de abril de 2019, la Junta de Gobierno, en sesión celebrada el día 8 de abril de 2019 acuerda la ampliación del plazo de ejecución de las obras de los techados de los citados cinco colegios hasta la cuarta semana del mes de mayo de 2019.

- El día 28 de mayo de 2019 tiene lugar la primera acta de recepción negativa de las obras con el resultado de comprobación material desfavorable, en la cual y quedando partidas pendientes de finalizar se concede un plazo para la subsanación hasta el día 28 de junio de 2019.

- El día 23 de julio de 2019 tiene lugar la segunda acta de recepción negativa de las obras con el resultado de comprobación material desfavorable, en la cual y quedando partidas pendientes de finalizar se concede un plazo para la subsanación hasta el día 2 de septiembre de 2019.

- Por último, el día 16 de septiembre de 2019 tiene lugar una nueva acta de recepción negativa de las obras, con el resultado de comprobación material desfavorable.

- Dado que las obras de techados de los colegios no han finalizado en los plazos establecidos, se solicita a la Dirección Facultativa, adjudicada a la empresa (...), que tome las medidas necesarias para garantizar la seguridad de las construcciones

realizadas y elabore un informe sobre el estado de las obras ejecutadas y pendientes de ejecutar, emitiéndose por parte de la citada empresa informes de fecha 19 de septiembre de 2019, sobre el estado actual de cada una de ellas, detallando el estado de las obras realizadas, las pendientes de ejecutar y valoración de obra para finalización parcial, que resumidamente exponen lo siguiente:

CEIP (...):

Las obras realizadas representan el 85,47% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 14,53%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

(...):

Las obras realizadas representan el 87,52% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 12,48%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

(...):

Las obras realizadas representan el 87,57% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 12,43%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

(...):

Las obras realizadas representan el 91,68% del presupuesto del Proyecto correspondiente con un porcentaje pendiente de ejecutar que asciende a 8,32%.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

(...):

Con las modificaciones realizadas en la pavimentación, principalmente las obras realizadas representan el 106,69% del presupuesto de ejecución material completo,

incluyendo la obra civil, la separata de instalaciones y la mejora de pavimento presente en la licitación.

Las obras pendientes de ejecutar están referidas a trabajos en altura, instalaciones enterradas, sobre rasante, pavimento y equipamiento, generales y otros ajenos a la obra.

- Consta «Comunicado» por parte de la empresa (...) haciendo constar la recogida de llaves de acceso de las obras por parte de la contrata, presentado por registro electrónico de fecha 11 de octubre de 2019.

- La Junta de Gobierno, en sesión ordinaria celebrada el día 28 de octubre de 2019 acordó, entre otros asuntos:

«PRIMERO: Incoar el expediente de resolución del contrato de obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...) y (...), adjudicado a la empresa (...).

SEGUNDO: Instar a los servicios municipales que puedan tener competencias o funciones en las referidas contrataciones a la finalización de las obras de techados de los Colegios, pendientes de ejecución, utilizar los procedimientos más ágiles de que dispongan, dada la urgencia de su culminación por tratarse de Centros Escolares.

TERCERO: Notificar el acuerdo de resolución del contrato que se dictare a la empresa (...) y publicarla en la Plataforma de Contratación del Estado».

- El día 31 de octubre de 2019, la empresa (...) recibe la notificación de incoación del expediente de resolución del contrato, con la concesión de un plazo de 10 días naturales a los efectos de dar audiencia a la misma.

- El día 8 de noviembre de 2019, se recepciona por la entidad (...), avalista de la empresa contratista, la citada notificación sobre incoación del expediente de resolución del contrato a los efectos de dar cumplimiento al art. 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, sin que hayan presentado alegaciones al respecto.

- El día 9 de noviembre de 2019 se presenta por registro electrónico por parte de la empresa (...) documento de alegaciones y anexos que se incorporan al expediente.

Las alegaciones se concretan resumidamente en lo siguiente:

* Dificultades de inicio de la obra en el (...) en cuanto a vallado del recinto afectado (7 días de retraso) y prohibición de entrada por parte de la Directora.

* Dificultades en la obtención de la chapa de fachada para el (...) por parte de la empresa suministradora (...) y falta de acuerdo en cuestiones técnicas y económicas entre las mismas.

* Retraso en el inicio de la obra motivado por ser competencia de IMESAPI el tema de las desconexiones eléctricas en los Centros, necesaria para ejecutar lo proyectado y que impedían acometer los movimientos de tierra y demoliciones.

* Igualmente se retrasó la obra en el (...) por la existencia de un árbol existente en el patio del mismo y que afecta a una de las zapatas principales de la estructura.

* Se detalla cada uno de los plazos que permitieron que la obra con vencimiento para el día 5 de abril se prolongara hasta el día 16 de septiembre de 2019.

* Se pone de manifiesto las dificultades surgidas respecto del suministro y colocación de chapa metálica (...), respecto al cual entiende que, si bien en el Pliego de Prescripciones Técnicas se establecen las características de la cubierta a instalar, es en el proyecto de la obra donde se hace referencia a una marca determinada, vulnerando así los límites establecidos en la Ley de Contratos del Sector Público y jurisprudencia, lo que imposibilitó utilizar otra marca que reunía las características del Pliego Técnico pero que fue rechazada por la Dirección Facultativa.

* En relación con la obtención de permisos necesarios para la ejecución de la obra. Señalan que la tramitación y obtención de los permisos necesarios para la ejecución de las obras han oscilado entre 4 y 6 semanas. Y por ello debido a la dificultad de introducir los asfaltos en cada Colegio, las obras hubiesen estado acabadas a finales de septiembre de 2019. Por otro lado el (...) no tiene la cubierta colocada ya que dicho permiso se concedió el día 10 de septiembre de 2019 y hacen constar que los transportes se realizan coordinados por la policía y escoltados por ellos.

* En relación con las instrucciones de la Dirección Facultativa:

Cuestión que produjo demora en la ejecución, fue la relativa a la definición de las mejoras presentadas, por lo que se recibía información contradictoria de si se podían trasladar de un colegio a otro o era para cada colegio las definidas en el pliego e incluso cada director de colegio tiene exigencias sobre vallados o circunstancias especiales para poder empezar la ejecución de las obras.

En relación con otras circunstancias de la demora en la ejecución ajenas a la empresa adjudicataria, la desconexión de la electricidad en cada colegio demoró el inicio, aparte se realizaron exigencias por parte del Ayuntamiento en el saneamiento del (...) y se tuvo que realizar un importante trabajo de nuevos planos e incluso la Dirección Facultativa tuvo que dar planos no recogidos en proyecto de las piezas de cabeza, un total de 35.

En relación con la ampliación del plazo de ejecución, se adjuntan todas las solicitudes de ampliación del plazo, debidamente justificadas.

En relación con el retraso en el abono de las certificaciones de obras presentadas, se adjunta el requerimiento de pago de las certificaciones «*presentadas en plazo*».

Por lo expuesto, la contratista considera que el incumplimiento de los plazos en la ejecución de las obras no puede imputarse únicamente a la empresa adjudicataria ya que ha tenido la voluntad clara y fehaciente de finalizar la obra contratada.

Invocan reiterada jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos de que no basta cualquier incumplimiento del contrato para acordar la extinción anticipada del mismo sino que es necesario un incumplimiento del contrato grave, cualificado y de naturaleza sustancial.

Interesan tener en cuenta que el día que se notifica la incoación del expediente de resolución contractual es el 31 de octubre de 2019, habiéndose certificado y ejecutado el 90,76% de la obra y un 9,24% pendiente de ejecutar.

Concluyen que el retraso provocado en el cumplimiento de la ejecución del contrato no obedece a causas imputables al contratista, constando en el expediente la intención de buscar soluciones a los problemas ajenos a la voluntad de este.

Por lo expuesto solicitan a la Administración que se proceda al archivo del procedimiento de incoación de resolución contractual.

- La empresa (...), mediante escrito de fecha 25 de noviembre de 2019 y recibido en el Servicio mediante correo electrónico el día 26 del mismo mes y año, pone de manifiesto lo siguiente:

* Debido a la falta de estanqueidad en las cubiertas instaladas se hace necesario la revisión integral del solape de sus elementos y de las fijaciones de las mismas a la estructura principal.

* En el (...) existe una importante cantidad de material certificado y acopiado en obra, cuya conservación podrían verse afectada si no se ultiman las obras.

* Tratándose de colegios a los que asisten alumnos de infantil y primaria, con el menoscabo que se está produciendo en su entorno, se pone de manifiesto la conveniencia de hacer coincidir la obra restante de ejecución con el periodo de vacaciones de Navidad y así minimizar el menoscabo.

- La empresa (...), como Dirección Facultativa de las referidas obras, emite informe de respuesta a las alegaciones presentadas por (...), de fecha 29 de noviembre de 2019. La mencionada Dirección facultativa redacta un informe en el cual trata diversos aspectos de las obras, tales como: condiciones de uso y seguridad, las infraestructuras educativas, plazos de obras, relación económica con plazos de obra, compatibilidad de material, vicios ocultos y conclusiones.

En cuanto a las condiciones de uso y seguridad, advierte que tras la paralización de las obras, motivada por la segunda acta de recepción negativa y por parte de la propiedad, se pone en conocimiento ciertas deficiencias motivadas por las últimas lluvias, relacionadas con la falta de estanqueidad y recogidas superficiales en cuanto a pluviales, lo que hace necesaria la revisión integral y pone de manifiesto que hay una importante cantidad de material certificado y acopiado en obra en el (...) cuyas condiciones de conservación pueden verse afectadas en caso de dilatarse más la finalización de las obras.

Respecto a las infraestructuras educativas, hacen constar que las obras se están desarrollando en colegios de infantil y primaria con un menoscabo en el uso de su espacio y de seguridad e higiene. En concreto en el (...) se ha ejecutado una segunda salida de evacuación de las aulas de infantil pero sería una solución temporal y no puede alargarse en el tiempo y a la vez se están desarrollando las actividades recreativas al exterior en la calle (...) cuyas condiciones de seguridad no pueden garantizarse de manera prolongada.

El acta de replanteo se produjo el día 5 de diciembre de 2018 y debía finalizar el 5 de abril de 2019 (4 meses de duración de acuerdo a la mejora ofertada), periodo que coincidiendo con las Navidades facilitaba la ejecución, y al dilatarse su finalización ha motivado que los perjuicios se hayan visto incrementados.

Respecto a los plazos de obra, se detallan los hitos principales acontecidos durante la ejecución de la misma, así como todas y cada una de las visitas de obra efectuadas a los Centros.

Dentro de la relación económica con plazos de obra, la Dirección Facultativa concluye que la evolución de las certificaciones en general indica que las obras se retrasaron en un inicio yendo muy debajo de la facturación previa, alcanzando un primer pico justo en el momento del fin de la obra en abril para volver a descender durante el periodo de las certificaciones informativas, hasta la certificación de liquidación. Observan también una clara alternancia en el avance de obras entre diferentes actuaciones, no habiendo ningún momento de progresión homogénea entre ellas.

En cuanto a compatibilidad de material, la Dirección Facultativa pone de manifiesto que es el día 19 de febrero de 2019, a mes y medio del tiempo ofertado para el final de la obra, cuando la contrata propone una alternativa a la chapa de cubierta (AP-250-S280 y AP-200). Una vez estudiada se observa que no cumple ni con los requisitos estéticos ni para el anidamiento de palomas, uno de los principales problemas de estas cubiertas abiertas. Con fecha 14 de marzo de 2019 la Dirección Facultativa emite informe de no aceptación como equivalente de las chapas propuestas por la contrata. Y el 16 de mayo de 2019 la contrata envía correo exponiendo sus problemas de suministro con la empresa suministradora de la chapa y la respuesta fue ofrecer la alternativa de la chapa EURIPERFIL Eurobase I06FS que cumple con los requisitos para la fachada del (...).

Respecto a los vicios ocultos, se detectaron una serie de deficiencias vinculadas a la falta de estanqueidad, solicitándose por parte del órgano de contratación la valoración de la reparación de las mismas. En base al descompuesto original del proyecto se concluye que el importe del nuevo descompuesto para la reparación es de 9,52 m².

Como conclusión, la Dirección Facultativa cree conveniente realizar el trabajo de las obras existentes a la mayor brevedad posible para garantizar las condiciones de seguridad y estanqueidad de la cubierta, ya que, estas condiciones pueden verse agravadas con el paso del tiempo y ser determinantes a efectos de seguridad.

- El día 18 de diciembre de 2019 se presenta por (...), documento solicitando el abono directo a la empresa (...), suministradora de las cubiertas, a efecto de la cesión a la misma de parte de los derechos de cobro.

- Con fecha 5 de marzo de 2020, se informa de conformidad por parte de los Servicio Jurídicos municipales.

- Finalmente, la Propuesta de Resolución resuelve el contrato por incumplimiento del contratista de los pazos de ejecución, con base en el art. 211.d) y f) LCSP, con incautación de las garantías definitivas de la presente contratación otorgadas a la empresa contratista.

III

Este Consejo no puede entrar en el fondo del asunto porque del análisis del expediente se aprecia que ni el contratista -ni el avalista- han tenido conocimiento de los informes de la Dirección de obras en las que la Propuesta de Resolución se basa para resolver el contrato, lo que, por producir indefensión, vicia el procedimiento de nulidad.

En efecto, lo que se le dio inicialmente al contratista fue el trámite de audiencia, al que compareció presentando alegaciones. Sin embargo, con posterioridad se emitieron los informes de la Dirección Facultativa de 25 y 26 de noviembre de 2019, sobre el escrito de alegaciones del contratista, 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 irremediablemente 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 de la Dirección Facultativa, provoca a la empresa adjudicataria y al avalista 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 no han podido ser contestados por los interesados, lo que les produce indefensión.

Esas cuestiones introducidas por la Dirección Facultativa fueron, en esencia, las relativas a los retrasos en los trabajos, lo que es fundamental, pues es la causa de la resolución del contrato.

Además, a lo largo del expediente no hay contestación a la alegación del contratista de que los retrasos se deben a la demora en las autorizaciones por parte del Ayuntamiento, cuestión clave también para constatar la concurrencia de la causa de resolución alegada.

En consecuencia, procede que, conservando los actos y trámites practicados, se retrotraigan las actuaciones para que, primero, se emita informe técnico sobre las causas del retraso en la emisión de las autorizaciones municipales necesarias para la ejecución de las obras, así como cualquier otro extremo que se considere pertinente; a continuación se ha de someter todo el expediente al trámite de vista y audiencia al contratista, así como al avalista, tras lo que procederá la redacción de una nueva Propuesta de Resolución -que deberá dar cumplida respuesta a las alegaciones de los interesados- y ser sometida a dictamen por este Consejo.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, que resuelve el contrato de obras de edificación de las cubiertas de las canchas de los colegios (...), (...), (...), (...) y (...), adjudicado a la mercantil (...), no se considera ajustada a Derecho, por lo que procede la retroacción del procedimiento con la finalidad de recabar nuevo informe técnico y dar trámite de vista y audiencia sobre la totalidad del expediente a la empresa contratista, así como al avalista, en los términos señalados en el Fundamento III del presente Dictamen.