



Consejo Consultivo de Canarias

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

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 2 de septiembre de 2021.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato de obra «Circuito Polivalente y Recogida de Pluviales en el Parque La Granja», adjudicado a la entidad (...)* (EXP. 364/2021 CA)\*.

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

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, es la Propuesta de Resolución por la que se establece la resolución del contrato de obra «CIRCUITO POLIVALENTE Y RECOGIDA DE PLUVIALES EN EL PARQUE DE LA GRANJA», adjudicado a la entidad (...).

2. La Legitimidad para solicitarlo, el carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo 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, 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.

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, 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, y

---

\* Ponente: Sra. de León Marrero.

el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, también de carácter básico.

3. La competencia para resolver el presente expediente de resolución contractual le corresponde al órgano de contratación (arts. 190 y 212.1 LCSP). En el caso concreto analizado, es la Junta de Gobierno Local, de conformidad con lo establecido en la DA 2.<sup>a</sup>.4 LCSP.

4. En cuanto al procedimiento de resolución contractual propiamente dicho, es aplicable el plazo de ocho meses para resolver el expediente en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP. Así, el transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento. En el presente caso no se ha superado dicho plazo de 8 meses, toda vez que el procedimiento se inició el 22 de marzo de 2021.

## II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

1.- La Junta de Gobierno de la Ciudad en sesión celebrada el día 17 de julio de 2017 acuerda *«aprobar el Proyecto técnico cuyo presupuesto base de licitación asciende a 979.305,87 € y un plazo de ejecución de seis (6) meses»*.

2.- Por el mismo órgano colegiado se acordó en sesión celebrada el día 17 de diciembre posterior: *«PRIMERO.- Adjudicar a la empresa (...), la contratación de la ejecución de las obras comprendidas en el PROYECTO DE "CIRCUITO POLIVALENTE Y RECOGIDA DE PLUVIALES EN EL PARQUE DE LA GRANJA", por un presupuesto total, IGIC excluido, de 823.715,22 €. El plazo de ejecución de los trabajos será de 6 meses, a contar desde el siguiente a la firma del Acta de comprobación del replanteo (...)»*.

3.- Tras la formalización el día 30 de enero de 2019 del preceptivo contrato administrativo y la adjudicación y posterior firma del contrato de servicio de *«dirección facultativa y la coordinación de seguridad y salud»*, que tuvo lugar el día 28 de mayo de 2019, la firma del acta de replanteo previo y el comienzo de las obras tuvo lugar el 20 de septiembre de 2019.

4.- Como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el virus COVID-19, con fecha de 20 de marzo de 2020, por Decreto del Concejal del Área de Bienestar Comunitario y Servicios Públicos, se acuerda una prórroga del plazo de ejecución por causas ajenas al contratista, por SESENTA (60) días más.

5.- Con fecha de 15 de junio de 2020, la Junta de Gobierno de la Ciudad acordó la aprobación del Proyecto modificado del «*CIRCUITO POLIVALENTE Y RECOGIDA DE AGUAS PLUVIALES DEL PARQUE LA GRANJA*», en los términos establecidos por la Dirección facultativa de la obra y aceptado por el Servicio Técnico de Gestión y Control de Servicios Públicos, con un plazo de ejecución de 3 meses.

6.- Con fecha de 21 de septiembre de 2020, por la Junta de Gobierno de la Ciudad se acordó la continuidad de la ejecución de las obras comprendidas en el Proyecto de «*CIRCUITO POLIVALENTE Y RECOGIDA DE AGUAS PLUVIALES EN EL PARQUE DE LA GRANJA T.M. DE SANTA CRUZ DE TENERIFE*» con la empresa (...), ampliando el plazo de ejecución de las obras hasta su completa y correcta ejecución, así como iniciar expediente de imposición de penalidades diarias a la referida mercantil, como consecuencia de la demora producida en la ejecución de las citada obras, en las cuantías que resulten en aplicación de lo dispuesto en la cláusula 31.2 del PCAPC, en concordancia con el art. 193 LCSP.

7.- En el mes de octubre se celebró una reunión entre responsables de la Corporación y el contratista en el que se trataron las incidencias acaecidas en la ejecución del contrato, especialmente en lo relativo a la unidad de obra del pavimento, que venía ofreciendo deficiencias cualitativas respecto a lo previsto en el Proyecto.

A raíz de esta reunión, las partes acuerdan suspender la ejecución de la obra en tanto se realizan unos análisis y ensayos a las muestras de pavimentos. Realizados los ensayos, el 10 de diciembre se reanuda la obra, con la intención de que el contratista ejecute la unidad de obra señalada conforme a lo previsto en el proyecto. No obstante, continúan las discrepancias entre las partes y la falta de ejecución completa de la obra.

8.- Constan en el expediente informes de la Dirección facultativa de la obra de 2 de diciembre de 2020 y 7 de enero de 2021, en el que se ponen de manifiesto las deficiencias advertidas en el pavimento ejecutado, la necesidad de la retirada de escombros y restos, así como la falta de conclusión de otros tajos de la obra

contemplados en el contrato, tales como la estructura y malla del sombreado de la zona de calistenia, el suministro de equipos biosaludables, etc.

9.- Habiéndose encargado unos análisis precisos para comprobar la resistencia a la compresión del pavimento, y notificada el acta de los resultados a la empresa adjudicataria de la obra, ésta emite alegaciones al respecto con fecha de 7 de enero de 2021.

10.- Consta en el expediente, informe técnico emitido a la vista de las alegaciones presentadas en el que se propone la resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la ejecución principal del contrato.

11.- Ante los informes vertidos por la Dirección facultativa y el Servicio técnico, se comunicó a la empresa contratista y a la Dirección facultativa de la obra que, a la vista de los hechos expuestos, se le otorgaba un plazo de 10 días hábiles para presentar las alegaciones que estimara oportunas, con el fin de mostrar su parecer respecto a la suspensión parcial de la ejecución propuesta y de hacer valer todo lo que considerara oportuno con carácter previo al inicio del procedimiento de resolución del contrato.

12.- Con fecha de 15 de febrero de 2021, la empresa contratista presenta escrito de alegaciones.

13.- Con fecha de 11 de marzo de 2021 el Director facultativo presenta dos escritos, respondiendo a las alegaciones de la empresa contratista, y sobre el estado de las obras.

14.- Con la misma fecha de 11 de marzo de 2021, la empresa de mantenimiento de alumbrado público del municipio, emite informe sobre valoración de los daños producidos en las columnas de alumbrado público que se han visto afectadas por la obra del Parque de la Granja, por un importe total de 15.566,95 €.

15.- Consta en el expediente informe técnico de fecha de 15 de marzo de 2021 referido a la valoración de daños y perjuicios causados así como sobre el estado de las obras.

16.- La Junta de Gobierno de la Ciudad, con fecha de 22 de marzo de 2021, acordó:

*«PRIMERO.- Incoar el procedimiento de resolución del contrato, a la vista de los hechos, e informes técnicos emitidos de fechas de enero y marzo de 2021, con fundamento en la causa prevista en el art 211 f) LCSP.*

*SEGUNDO.- Proceder a incautar la garantía definitiva constituida por importe de 41.185,76€ con número de operación 320180075930 y aplicación económica 20 080, en el supuesto de que el contrato sea resuelto por la causa prevista en el apartado anterior.*

*TERCERO.- Requerir a la empresa para que en un plazo de 10 días hábiles repare la acera de la entrada al Parque de la Granja por la Avenida Madrid y la reparación de la entrada norte del Skate Park, así como, respecto a la zona de calistenia, aporte la documentación especificada por la Dirección Facultativa y se compruebe con dicha documentación que la instalación de mobiliario urbano está correctamente ejecutada y apta para el uso público.*

*CUARTO.- Acordar la puesta al uso público sin recepción formal de las obras, condicionada a la correspondiente acta suscrita por los técnicos de esta corporación en el que se acredite que el parque cumple las condiciones requeridas para dicha apertura.*

*QUINTO.- Notificar el presente acuerdo a la empresa contratista, concediéndole un plazo de audiencia de 10 días naturales».*

17.- Remitido el acuerdo a la empresa adjudicataria con fecha de 31 de marzo de 2021, ésta presenta solicitud de ampliación de plazo de los 10 días naturales concedidos, por coincidir con la festividad de semana santa y dada la complejidad del asunto y la carencia de medios personales durante esos días en la empresa. Por Decreto de 5 de abril de 2021 se le concede un plazo de 5 días más.

18.- Con fecha de 8 de abril de 2021, se presentan las alegaciones de la empresa.

19.- La Dirección facultativa de la obra presenta Informe sobre las alegaciones presentadas el 21 de abril de 2021, que servirá de base técnica para rechazar las alegaciones esgrimidas por la empresa contratista.

20.- El Servicio Técnico, con fecha de 23 de abril de 2021, emite informe sobre el estado del parque a los efectos de su apertura al uso público; asimismo se emite acta de puesta al uso público tras las actuaciones realizadas.

21.- Con fecha de 28 de mayo de 2021, se emite informe favorable por parte de la Asesoría jurídica municipal.

22.- Con fecha 22 de junio de 2021, la Intervención General emite informe en el que concluye lo siguiente:

*« (...) se concluye que, en la medida en que la propuesta no comporta gasto presupuestario alguno sino un posible ingreso, al proponerse la incautación de la garantía, no procede en este momento la emisión de Informe de esta intervención General, que sí se*

emitirá, en su caso, con ocasión del ejercicio del control financiero en los términos a que se refiere el artículo 21 y siguientes del R.D. 424/2017».

23.- La nueva Propuesta de Resolución eleva al órgano competente lo siguiente:

*«PRIMERO.- Acordar la resolución del contrato, a la vista de los hechos e informes técnicos emitidos de fechas de enero y marzo de 2021, con fundamento en la causa prevista en el art. 211 f) LCSP, previo informes de los servicios jurídicos y el Consejo Consultivo de Canarias.*

*SEGUNDO.- Proceder a incautar la garantía definitiva constituida por importe de 41.185,76€, con número de operación 320180075930 y aplicación económica 20 080, en el supuesto de que el contrato sea resuelto por la causa prevista en el apartado anterior.*

*TERCERO.- Requerir a la empresa para que respecto a la zona de calistenia, aporte la documentación especificada por la Dirección Facultativa y se compruebe con dicha documentación que la instalación de mobiliario urbano está correctamente ejecutada y apta para el uso público.*

*CUARTO.- Liquidar las penalidades impuestas a la mercantil (...), adjudataria de las obras comprendida en el Proyecto de "CIRCUITO POLIVALENTE Y RECOGIDA DE PLUVIALES EN EL PARQUE DE LA GRANJA", por importe de CUARENTA Y CUATRO MIL SESENTA Y OCHO EUROS CON SETENTA Y SEIS CÉNTIMOS (44.068,76 €) como consecuencia de la mora producida en el plazo de ejecución de las mismas que, computada desde el 21 de septiembre de 2020 hasta el 13 de febrero de 2021, excluyéndose el periodo de suspensión temporal de obras que abarcó desde el 9 de octubre al 9 de diciembre de 2020, lo que hace un total de 84 días.*

*QUINTO.- Notificar el presente acuerdo a la empresa contratista».*

### III

Este Consejo no puede entrar en el fondo del asunto planteado porque del análisis del expediente se aprecia que el contratista no ha tenido acceso al informe de la Dirección facultativa de 21 de abril de 2021, que tal como afirma la Propuesta de Resolución, ha servido de base técnica para fundamentar las alegaciones esgrimidas por la empresa contratista, omisión que, por producir indefensión, vicia el procedimiento de nulidad.

En efecto, en ese informe, emitido con posterioridad al trámite de audiencia a la empresa contratista, se vierten determinadas afirmaciones sobre cuestiones no solo técnicas, sino de hecho, sobre determinadas circunstancias acaecidas a lo largo de la ejecución del contrato de obra, tales como las discrepancias sobre las propiedades del producto utilizado o sobre la realización de pruebas y la exactitud de sus resultados, o la falta de determinada documentación, o la existencia de material

gráfico, realizado el 3 de marzo de 2021, que según la Dirección facultativa probaría la heterogeneidad de las amasadas (con la consecuente falta de resistencia del pavimento); o la falta de respuesta de la empresa a preguntas que se realizan en el informe de la Dirección facultativa y que se reiteran en la Propuesta de Resolución.

Todas esas cuestiones deben ser conocidas por el contratista porque no son conocidas en toda su extensión por aquél.

Así, de acuerdo con el art. 82 LPACAP, procede dar nuevo trámite de audiencia, ya que, de acuerdo con su 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, como es el caso.

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 el Dictamen n.º 134/2021, de 25 de marzo de 2021), 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 determinadas afirmaciones sobre cuestiones acaecidas a lo largo de la ejecución del contrato de obra, tales como las discrepancias sobre las propiedades del producto utilizado o sobre la realización de pruebas y sus resultados, o la ausencia de determinada documentación, o la existencia de material gráfico que según la Dirección facultativa probaría la heterogeneidad de las amasadas, o la falta de respuesta a cuestiones que se realizan en la Propuesta de Resolución, provocan a la empresa adjudicataria una limitación de los medios de alegación y, en consecuencia, de defensa de sus derechos e intereses, lo que a la postre le produce indefensión.

En consecuencia, procede que, de nuevo, y conservando los actos y trámites practicados, se retrotraigan las actuaciones para que se dé trámite de vista y

audiencia al contratista del Informe de la Dirección facultativa de 21 de abril de 2021, tras lo cual, si existe oposición del contratista, se procederá la redacción de una nueva Propuesta de Resolución que será 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 obra «*CIRCUITO POLIVALENTE Y RECOGIDA DE PLUVIALES EN EL PARQUE DE LA GRANJA*», adjudicado a la entidad (...), no se considera ajustada a Derecho, por lo que procede la retroacción del procedimiento con la finalidad de dar trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, en los términos señalados en el Fundamento III del presente Dictamen.