Exp. Junta Consultiva: RES 24/2023
Resolución del recurso especial en materia de contratación
Exp. de origen: contrato de obras de ejecución de 57 viviendas tuteladas y centro de día en la calle de Cuba, Es Molinar, Palma
Órgano de contratación: Instituto Balear de la Vivienda (IBAVI)
Recurrente: Construcciones Alea, S.L.

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 30 de octubre de 2023

Visto el recurso especial en materia de contratación que ha interpuesto la empresa Construcciones Alea, S.L., contra la Resolución de la directora gerente del IBAVI, de 3 de julio de 2023, en virtud de la que se modificó el contrato de obras de 57 viviendas tuteladas y centro de día en Palma, en la calle de Cuba (Es Molinar), la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de 30 de octubre de 2023, ha adoptado el siguiente Acuerdo:

Hechos

1. El 28 de agosto de 2020, el Instituto Balear de la Vivienda (en adelante el IBAVI o el órgano de contratación) y la empresa Construcciones Alea, S.L. (en adelante Alea o la contratista), formalizaron el contrato de obras de ejecución de 57 viviendas tuteladas y centro de día en Palma, en la calle de Cuba (Es Molinar).

   El precio de las obras se fijó en 6.935.857,75 € (seis millones novecientos treinta y cinco mil ochocientos cincuenta y siete euros con setenta y cinco céntimos), IVA incluido.

2. El 26 de agosto de 2022, el órgano de contratación, previos los informes técnicos procedentes, aprobó una modificación del contrato, lo que supuso un incremento del precio del contrato por el importe de 351.781,69 € (con IVA excluido), lo que se correspondía con el 5,58 % del precio original del contrato (6.305.325,23 €, IVA excluido).

3. El 29 de mayo y el 28 de junio de 2023, la Dirección Facultativa (DF) emitió informes técnicos de valoración de las partidas adicionales no contempladas en el proyecto que habían sido necesarias para la buena ejecución de las obras. Según el informe, la valoración suponía la cantidad total de 523.024,51 € (IVA excluido). Concretamente:

   — En el informe técnico de 29 de mayo de 2023, se valoraron las modificaciones y partidas nuevas adicionales estimadas en 145.040,08 €.

   De acuerdo con el informe, los precios de estas modificaciones y partidas contaban con la conformidad de todas las partes (DF, propiedad y contratista), de acuerdo con las actas de conformidad subscritas por la contratista y emitidas en el mes de diciembre de 2022. Además, trato de obras ejecutadas íntegramente.

   — En el informe técnico de 28 de junio de 2023, se valoraron el resto de modificaciones y partidas adicionales por el importe de 377.984,43 (IVA excluido).

   De acuerdo con el informe, respecto de estas partidas existía conformidad con los precios de una parte, valorada en 211.062,50 € (IVA excluido), de acuerdo con el acta de conformidad subscrita por la contratista de 21 de junio de 2023. Del importe restante —obras de los locales del edificio y del sistema contraincendios—, no constaba acreditado el acuerdo con la contratista respecto a los precios a fijar. Así, del importe total sólo existía conformidad con los precios respecto al importe de 356.102,58 €, IVA excluido.

4. El 28 de junio de 2023, el Departamento Técnico del IBAVI, vistos los informes anteriores de la DF, informó favorablemente la valoración técnica y económica de las modificaciones propuestas.

5. El 30 de junio de 2023, el Departamento Jurídico del IBAVI emitió un informe jurídico favorable y propuso aprobar la modificación del contrato de acuerdo con la propuesta técnica.

6. El 3 de julio de 2023, el órgano de contratación, de acuerdo con los informes técnicos anteriores, resolvió aprobar las modificaciones en el sentido siguiente:

   1. Aprovar les modificacions del contracte adjudicat a la mercantil CONSTRUCCIONES ALEA, S.L., amb NIF A07405681, per a l'execució d'aquestes obres, proposades el 28 de juny de 2023 el Departament Tècnic, les quals suposen un increment del preu del contracte per l'import total de 356.102,58 €, amb l'IVA exclòs, que es correspon amb el 5,65 % del preu inicial del contracte (6.305.325,23 €, IVA exclòs).

2. Notificar la present resolució a la contractista i requerir-la per tal que en el termini de quinze dies naturals comptadors des del següent al d'aquesta notificació, procedeixi al reajustament de la garantia definitiva amb un augment d'aquesta xifrat en 17.805,13 €, de conformitat amb l'article 109 de la LCSP.

Esta resolución se notificó a la contratista.

7. El 17 de julio de 2023, la contratista reajustó la garantía por un importe de 17.805,13 €, depositada en la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores (aval n.º 40000470/00000008).

8. El 18 de julio de 2023, la contratista solicitó, por un lado, una ampliación del plazo de ejecución y por otro lado, la modificación de la cláusula 2 del borrador del modificado de contrato, para hacer constar que algunas partidas nuevas se encontraban pendientes de ejecutar.

9. El día 24 de julio de 2023, Alea interpuso, ante el órgano de contratación, un recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de la directora gerente de la IBAVI, de 3 de julio de 2023, de modificación del contrato.

   En resumen, los motivos del recurso especial interpuesto, son esencialmente los siguientes:

   — Alegación primera. Infracción del procedimiento legalmente previsto, concretamente, la omisión del trámite de audiencia a la contratista.

   — Alegación segunda. Disconformidad de la contratista en la valoración de algunos de los precios nuevos aprobados e infracción de las normas previstas en los artículos 100 y 102 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contractos del Sector Público (en adelante, LCSP) y en los artículos 130 y 158 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), en relación con el cálculo de precios de unidades de obra.

   En virtud de ello, la recurrente solicita la nulidad de la resolución impugnada y la retroacción del procedimiento al momento de emitir una propuesta de aprobación de los precios del modificado, garantizando que se le conceda el correspondiente plazo de audiencia; o subsidiariamente, que se aprueben los precios que propone en el recurso especial interpuesto.

10. El 3 de agosto de 2023, el órgano de contratación remitió a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) el recurso especial en materia de contratación interpuesto, junto con el informe jurídico preceptivo para la tramitación del recurso. El informe jurídico proponía la desestimación del recurso interpuesto.

11. El 11 de octubre de 2023, el Departamento Jurídico del IBAVI, en contestación a un requerimiento de documentación de la JCCA al órgano de contratación, informó que el 6 de septiembre de 2023, la contratista firmó el acta de conformidad correspondiente a los precios que quedaron pendientes de revisar, tal y como se recogió expresamente en el acta de 21 de junio de 2023, que se referían a las obras del nuevo local y de l sistema contraincendios, por un precio total de 223.446,97 € (PEM).

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto del recurso especial es la Resolución por la que se aprobó la modificación de un contrato de obras del IBAVI, que tiene carácter de Administración pública.

   Contra estos actos se puede interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante, LRJCAIB). La competencia para resolver este recurso corresponde a la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m)* del artículo 2 y el artículo 7 del Texto consolidado del Decreto por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de contratos y el Registro de contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

2. El procedimiento de tramitación del recurso especial del artículo 66 de la LRJCAIB equivale al recurso de reposición de los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPACAP).

3. La recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso, que se ha interpuesto mediante un representante acreditado.

4. El plazo para interponer el recurso especial del artículo 66 de la LRJCAIB, de acuerdo con el artículo 122 de la LPACAP, es de un mes desde la notificación del acto impugnado.
   El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido.

5. El régimen jurídico aplicable a la modificación de los contratos de obras es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), artículo 203 y siguientes sobre modificaciones de los contratos en general, artículo 242 sobre modificación del contrato de obras, así como el artículo 234 sobre modificaciones de contratos de obras.

6. En relación con las alegaciones de la recurrente, cabe indicar lo siguiente:

— Alegación primera. La contratista alega que el órgano de contratación infringió el procedimiento legal y reglamentariamente previsto para el cálculo de l precio del modificado, puesto que considera que no se le concedió el trámite de audiencia. Concretamente, la recurrente argumenta que:

> [...] tanto el procedimiento de modificación contractual como el de fijación de los precios nuevos requieren obligatoriamente conceder trámite de audiencia al contratista con carácter previo a su aprobación, además del resto de trámites previstos en el artículo 242.4 de la LCSP.
>
> En este caso se han omitido los referidos trámites y en especial el de audiencia al contratista, puesto que tras la propuesta de precios y modificaciones efectuadas por el departamento técnico del IBAVI y dirección facultativa, efectuada en fecha 28 de junio de 2023, el siguiente trámite consistió en la emisión el 30 de junio de 2023 del informe de la directora del departamento jurídico del IBAVI y seguidamente la resolución de la directora gerente de fecha 3/07/2023 aprobando dicha modificación

La recurrente solicita que:

> Se declare la nulidad de la resolución de fecha 3/07/2023 por infracción del procedimiento legalmente establecido ordenando al órgano de contratación que retrotraiga la tramitación del expediente al momento anterior a la aprobación de la modificación contractual a fin de dar audiencia al contratista y seguir todos los demás trámites procedimentales legalmente previstos para la aprobación de los precios nuevos, debiendo el órgano de contratación en el trámite de audiencia dar traslado al contratista de las justificaciones y descompuestos de todos los precios unitarios nuevos propuestos por el IBAVI.

— Contestación a la primera alegación:

En relación con la nulidad de pleno derecho, por haberse dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, hay que recordar que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (en adelante, TS), considerarla de aplicación sólo en los casos en que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento establecido o en los que se ha omitido algún trámite esencial o fundamental.

El TS ha precisado que no toda omisión de un trámite esencial da lugar a nulidad absoluta, sino que hay que valorar y ponderar las consecuencias concretas que esta omisión ha producido en la parte interesada, la falta de defensa que ha derivado de ello y, sobre todo, en qué manera habría variado el acto administrativo originario si se hubiera cumplido el trámite omitido.

El TS ha considerado que la nulidad absoluta solo se produce en los casos en que no se ha realizado ninguno de los trámites del procedimiento, acercándose a la vía de hecho, o en los casos en los que se ha utilizado un procedimiento no previsto.

El trámite de audiencia, regulado en el artículo 82 de la Ley 39/2015, es el mecanismo para instar y facilitar la participación de los interesados en el procedimiento administrativo. Este trámite se lleva a cabo mediante la puesta a disposición de los interesados del expediente administrativo a los efectos que puedan examinarlo y presentar las alegaciones y documentos que consideren convenientes para defender sus intereses.

Y como ya se ha avanzado, es conocida la doctrina jurisprudencial que considera que la omisión del trámite de audiencia no comporta, necesariamente, en todos los casos, la invalidez del acto resultante del procedimiento administrativo. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2021, establece como criterio interpretativo que:

> [...] la omisión del trámite de audiencia al interesado en un procedimiento no sancionador carece de efecto invalidante cuando no produjo indefensión real, material.

Con este pronunciamiento, el TS no hace más que reiterar la doctrina expresada con anterioridad, por ejemplo, en las sentencias de 8 de junio de 2004 y de 20 de enero de 2005. En las sentencias de 3 de julio y de 12 de septiembre de 2023, el Tribunal Supremo profundiza en el análisis del criterio con un repaso de su propia jurisprudencia.

El TS distingue dos modalidades de indefensión: la indefensión material y la indefensión formal, y lo explica en la Sentencia de 28 de marzo de 2008:

> [...] las situaciones de indefensión han de valorarse según las circunstancias de cada caso, y no nacen de la sola y simple infracción de las normas procedimentales, sino cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, con perjuicio real y efectivo para los intereses afectados, no protegiéndose situaciones de simple indefensión formal, sino aquellos supuestos de indefensión material en los que se haya podido razonablemente causar un perjuicio al recurrente [...].

Cuando el vicio de forma produce una indefensión en sentido material, la Sentencia de 3 de julio de 2023, indica que incluso en estos casos:

> [...] no cabe excluir que en determinadas ocasiones la omisión del trámite de audiencia al interesado en un procedimiento administrativo puede quedar enervada o subsanada por otras actuaciones colaterales o ulteriores que materialmente eviten que se produzca indefensión.

Pero con un límite importante: cuando se omite la audiencia de un informe que ha resultado determinante del sentido de la resolución. En este caso, el Tribunal Supremo proclama en la sentencia indicada que:

> [...] el menoscabo del derecho de defensa que resulta de la omisión del trámite de audiencia respecto de un informe que se ha demostrado determinante del sentido de la resolución no puede considerarse corregido ni paliado por el hecho de haber tenido el interesado la posibilidad de intentar contradecir aquel informe con ocasión del recurso de reposición.

Tal y como expone el Departamento Jurídico del IBAVI en el informe relativo al recurso interpuesto:

> Pel que fa als tràmits a seguir en la modificació del contracte d'obres, l'article 102 del Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament de la LCAP, en concordança amb els articles 109, 191, 207 i 242 de la LCSP, estableix el procediment genèric per a les modificacions:
>
> Quan sigui necessari introduir alguna modificació en el contracte, es redactarà l'oportuna proposta integrada pels documents que justifiquin, descriguin i valorin aquella. L'aprovació per l'òrgan de contractació requerirà la prèvia audiència del contractista i la fiscalització de la despesa corresponent.
>
> Com ja s'ha indicat i d'acord amb la documentació que consta a l'expedient, hi ha conformitat entre les parts respecte de les modificacions i partides addicionals valorades en 356.102,58 €, amb l'IVA exclòs:
>
> — D'una banda i quant a les modificacions valorades en 145.040,08 € consten quatre actes de conformitat de data 14 i 21 de desembre de 2023.
> Cal dir que aquest import ja va ser certificat i abonat a la contractista en la certificació de març de 2023.
> *— D'altra banda, pel que fa a l'import modificat restant, això és 211.062,50 €, el qual és un dels motius de la impugnació que ens ocupa per causa del desacord amb els preus, consta conformitat signada per la contractista el 21 de juny de 2023 on aquesta fa constar que està d'acord amb els preus, a excepció dels preus contradictoris relatius al local i al sistema contra incendis (indica textualment: "ok precios" / "Pendiente revisar propuesta IBAVI –contra incendios, local").*

— Alegación segunda: la recurrente alega disconformidad en la valoración de algunos de los precios nuevos aprobados, así como infracción de las normas previstas en los artículos 100 y 102 de la LCSP y en los artículos 130 y 158 del RGLCAP. Concretamente, la recurrente alega que:

> [...] aplicando la anterior normativa al caso que nos ocupa, entendemos que las modificaciones aprobadas vulneran lo dispuesto en los referidos preceptos, ya que las valoraciones efectuadas de los precios que a continuación se indicarán, no son adecuados

> y no se han estimado correctamente. Véase que en esas propuestas no figuran los descompuestos necesarios para poder conocer los costes elementales de los precios unitarios aprobados y su correcta justificación.
>
> En los siguientes motivos, indicaremos en qué precios estamos disconformes cuya valoración efectuada unilateralmente por el órgano de contratación es objeto del presente recurso.

En el escrito de recurso, la recurrente inserta un cuadro comparativo de los precios que propone y de los precios aprobados por el IBAVI, así como un cuadro de las diferencias existentes entre los dos y añade que:

> [...] no es cierto que exista acuerdo de la contrata respecto a los referidos precios, y prueba de ello es que no se aporta Acta de conformidad alguna firmada por la contrata.

— Contestación a la alegación segunda:

Esta alegación queda totalmente desvirtuada por la existencia en el expediente de actas de conformidad con los precios del modificado subscritos por la propia contratista. Concretamente, en el acta de 21 de junio de 2023 que consta en el expediente, la contratista dio el visto bueno a los precios de las partidas detalladas en el acta, con la única excepción de los precios de las partidas «contraincendios y local». Y posteriormente, en el acta de 6 de septiembre de 2023, la contratista dio su conformidad a los precios correspondientes a la partida «locales IBAVI (instalaciones + obra civil), instalación contraincendios viviendas e ignifugación puertas entrada viviendas», por un importe de 223.446,97 €.

Así, las argumentaciones que la contratista expone en el recurso para justificar su no conformidad con los precios aprobados por el modificado, no concuerdan con su voluntad de dar conformidad a los precios manifestada con la firma del acta de 21 de junio. En el recurso, la recurrente manifiesta que solo está conforme con los precios de 24 partidas y, en cambio, en el acta mencionada, que es de fecha anterior a la interposición del recurso, manifestó su expresa conformidad con los precios de un total 43 partidas, con la única excepción de los precios correspondientes a las partidas de «contraincendios y local», los cuales, posteriormente, acabó aceptando en el acta de conformidad firmada el mes de septiembre.

Cabe añadir que, en los argumentos del recurso, la recurrente añade partidas que no se incluyeron en la modificación del contrato, puesto que en el informe técnico estas partidas aparecen presupuestadas a 0 € y ni tan siquiera aparecen en el acta de conformidad.

En conclusión, de acuerdo con la documentación que obra en el expediente, queda acreditado que la contratista firmó un acta de conformidad con los precios aplicados en la resolución de modificación del contrato que se impugna, excepto los relativos a las partidas del local y al sistema contraincendios, excluidos de la modificación. Esta acta es anterior al informe técnico de 28 de junio de 2023, en el que la DF propuso la aprobación de la modificación del contrato, de lo que se puede deducir que se respetó el trámite de audiencia a la contratista y que había conformidad entre las partes en las modificaciones y partidas adicionales valoradas en 356.102,58 €.

Visto todo ello, las dos alegaciones deben desestimarse. Se puede afirmar que no se causó indefensión a la contratista, y en consecuencia, no existe la causa de nulidad de la resolución que solicita la recurrente..

Por todo ello, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Construcciones Alea, S.L., contra la Resolución de la directora gerente del IBAVI, de 3 de julio de 2023, en virtud de la que se modificó el contrato de obras de 57 viviendas tuteladas y centro de día en Palma, en la calle de Cuba (Es Molinar).

2. Notificar este Acuerdo a la recurrente y al órgano de contratación.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— cabe interponer un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente de haber recibido la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 a y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Palma, en la fecha de la firma electrónica

La secretaria de la Junta Consultiva de
Contratación Administrativa de las Illes Balears

María Matilde Martínez Montero