



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 2 8 / 2 0 0 8

(Sección 1ª)

La Laguna, a 16 de abril de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato de obras de restauración de la Iglesia de San Francisco de Borja, en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria. Incumplimiento de la obligación esencial de ejecutar las obras (EXP. 463/2007 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado el 16 de noviembre de 2007 por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución por la que se termina el procedimiento de resolución del contrato de obras de restauración de la Iglesia de San Francisco de Borja en el término municipal de Las Palmas de Gran Canaria, contrato que fue adjudicado a la empresa C.V.S., S.L., que se ha opuesto a la resolución contractual exponiendo sus razones en el preceptivo trámite de audiencia.

La legitimación para la solicitud de 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. 59.3.a), de carácter básico, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), y con el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

La solicitud ha sido cursada por el procedimiento ordinario.

II

1.¹

2. El 27 de julio de 2007, tras la emisión de los informes técnico y jurídico por parte del Servicio de Contratación, se inicia el presente procedimiento de resolución contractual por causa imputable al contratista, consistente en el incumplimiento de su obligación esencial de ejecutar las obras.

Consta en el expediente el otorgamiento del preceptivo trámite de audiencia a la entidad adjudicataria, que presentó alegaciones en el plazo conferido al efecto, así como un informe técnico de contestación a las mismas, procediéndose seguidamente a la elaboración de la Propuesta de Resolución, si bien la misma no contiene la motivación que exige el art. 89.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), que ha sido sustituida por la referencia a los informes obrantes en el expediente, a los que se hace expresa remisión.

Este Consejo, a la vista de la documentación adjunta a la solicitud de Dictamen y de las actuaciones practicadas, solicitó con fecha 14 de diciembre de 2007 la remisión por parte de la Administración actuante del expediente administrativo relativo a la contratación, que no se había aportado. Asimismo, se indicó que resultaba procedente el otorgamiento de un nuevo trámite de audiencia a la entidad adjudicataria al constar en el expediente el citado informe técnico relativo a las alegaciones presentadas y del que la interesada no tenía conocimiento, con el fin de garantizar debidamente su defensa.

Esta documentación ha tenido entrada en este Organismo con fecha 18 de marzo de 2008, constando el expediente relativo a la contratación, así como el otorgamiento del referido trámite de audiencia en cuyo cumplimiento la entidad interesada presentó alegaciones y, finalmente, una nueva Propuesta de Resolución, si bien la misma, al igual que la inicialmente remitida, no contiene la motivación que exige el art. 89.3 LRJAP-PAC, que nuevamente ha sido sustituida por la referencia a los informes obrantes en el expediente, a los que se hace expresa remisión.

Entre esta documentación consta, asimismo, un nuevo escrito presentado por la entidad adjudicataria con fecha 27 de noviembre de 2007 en el que insta la

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

resolución del contrato por causa imputable a la Administración, que fue remitido al Servicio de Cultura y Patrimonio Histórico a los efectos oportunos.

III

1. La Propuesta culminatoria del expediente fundamenta la resolución contractual en el apartado g) del art. 111 TRLCAP, referida al incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte de la adjudicataria, al no haber ejecutado las obras objeto del contrato.

En el expediente consta acreditado, y así es reconocido por la propia entidad adjudicataria, que ésta no dio comienzo a las obras ni en el momento establecido en el pliego ni con posterioridad. Es más, como en los antecedentes se ha relatado, presentó escrito en el que solicitaba la resolución del contrato por mutuo acuerdo entre las partes, que motivó el posterior inicio de este procedimiento de resolución contractual por causa imputable al contratista.

En su escrito de renuncia y en sus alegaciones posteriores, la entidad adjudicataria justifica su actuación en las reservas manifestadas en el momento de la firma del acta de comprobación del replanteo, que de no tenerse en cuenta supondrían, según su criterio, un encarecimiento del proyecto con el consiguiente perjuicio económico.

Estos reparos se concretan en sus escritos de alegaciones en lo siguiente:

A. El acta de comprobación del replanteo no fue firmada el día 5 de marzo de 2007, sino el día 9 del mismo mes y año.

B. La empresa procedió al estudio del proyecto objeto del contrato y precisamente con base en el mismo se formuló en su día la correspondiente oferta. No obstante, una vez *in situ*, es decir, en el momento de realizar el acta de comprobación del replanteo, es cuando estuvo en disposición de apreciar los inconvenientes y errores que padecía el proyecto licitado, que lo hacían prácticamente inejecutable, al menos en los términos previstos, y que en ningún momento habían sido contemplados en él.

Estos errores, relativos al plan de seguridad y salud, al nombramiento del Coordinador y a los accesos, son obstáculos que la adjudicataria considera, no sólo significativos, sino determinantes y en ningún momento fueron previstos convenientemente en el proyecto licitado por la Administración. En particular:

B.1. Por lo que se refiere al Plan de Seguridad y Salud, la entidad contratista alega diversos incumplimientos del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. Estos incumplimientos se refieren a la circunstancia de que el proyecto no contempló la exigencia de disponibilidad de una parcela para la ubicación de las instalaciones de obra ni contaba con el estudio de seguridad y salud, a lo que se añade que tampoco se encontraba nombrado el Coordinador de Seguridad en el momento de la firma del acta de comprobación del replanteo, sino en fechas posteriores, en concreto por Decreto de 12 de marzo de 2007, que le fue notificado tres días después.

B.2. Por lo que se refiere al problema de los accesos, manifiesta que en el momento de la comprobación del replanteo se solicitó a la Dirección facultativa información acerca de los accesos previstos a la obra y la respuesta obtenida consistió en que éstos habían de realizarse a través de la vivienda contigua a la Iglesia y de allí habría de pasarse del forjado de dicha vivienda a la cubierta del inmueble. Considera que esta propuesta de acceso a la obra la hacía no sólo económicamente inviable, por la cantidad y naturaleza de los materiales a transportar mediante este sistema, sino también porque requería la utilización de andamiajes de gran volumen que, por un lado, supondrían posibles daños en elementos de valor artístico e histórico de la edificación y, por otro, supondrían un riesgo añadido y no previsto respecto de las condiciones de seguridad de los operarios, al estar obligados a trabajar en altura en condiciones irregulares.

Se propuso por ello, según relata, dos alternativas, bien la colocación de un andamiajes fijo en la fachada o bien la utilización de una plataforma de elevación, opción esta última que exigía el corte total del tráfico de la calle durante la ejecución de las obras, por lo que fue desechada por la Administración. Una tercera propuesta requería la utilización de un andamiaje tipo visera que permitiese el paso de vehículos por su parte inferior, lo que suponía un coste adicional y no previsto de entre 18.000,00 y 24.000,00 euros, que representa una variación superior al 20% del presupuesto inicial, causa de resolución contractual prevista en el art. 149.d) TRLCAP.

- Además de estas deficiencias, la contratista entiende que el proyecto incurría en otras inexactitudes que lo convertían en inoperativo y difícilmente inexecutable en los términos pactados. En concreto, el proyecto preveía la restauración de la carpintería de madera en ventanas y barandas de la Iglesia, pero una vez girada la

oportuna visita a las obras en el momento de levantar el acta de comprobación del replanteo, se observaron las pésimas condiciones en que se encontraban aquéllas, de tal forma que resultaba imposible su reparación en los términos contemplados en el proyecto, siendo la única alternativa la sustitución de estos elementos, con el consiguiente aumento del presupuesto (unos 23.000,00 euros).

A esta deficiencia se añade además la incongruencia de algunas mediciones contempladas en el proyecto, inferiores a las reales y que implicarían un nuevo aumento del presupuesto de aproximadamente 5.815,01 euros.

2. Las alegaciones de la empresa adjudicataria son desestimadas en la Propuesta de Resolución culminatoria del expediente, con remisión a los diversos informes obrantes en el expediente.

De acuerdo con los informes de carácter técnico, la empresa fue citada el 5 de marzo de 2007 en el lugar donde se debería llevar a cabo la ejecución de las obras. Debido al retraso del arquitecto redactor del proyecto de ejecución y director de las obras, se aprovechó por los representantes de la empresa y el técnico de la Consejería de Patrimonio Histórico presentes para ir comentando algunas consideraciones de las obras a realizar. A medida que los primeros iban conociendo físicamente la edificación empezaron a plantear discrepancias al presupuesto adjudicado, la falta de partidas, etc. En este día no se firmó el acta de comprobación del replanteo, que finalmente se llevó a cabo el siguiente día 9, si bien con los reparos por parte del contratista ya señalados. De acuerdo con este informe técnico, en este momento se les comunicó que los reparos por ellos advertidos eran subsanables y que incluso son objeto de soluciones en el inicio de estos pasos previos, pero no justifican la negativa a la ejecución de la obra.

En estos informes se indica además que con posterioridad, en una reunión mantenida en la Consejería, se intentó buscar soluciones a aquellas discrepancias que la empresa podría apreciar, si bien finalmente se comunicó por aquélla que no podía atender a lo acordado en esta reunión y que renunciaba a las obras.

Con respecto a las alegaciones presentadas por la adjudicataria sobre las deficiencias del proyecto se señala:

A. El acta de comprobación del replanteo fue firmada el día 9 y no el día 5 de marzo de 2007 debido a la negativa de la empresa, con conocimiento de que en el

documento redactado con anterioridad figuraba esta última fecha. No obstante, se estima que constituye un dato sin importancia.

B. Estima que la oferta ha de estudiarse de manera rigurosa y no, como da a entender en su escrito, ha valorando el presupuesto total sin acudir al lugar donde han de llevarse a cabo las distintas actuaciones, valorar los aspectos necesarios para su ejecución, sus características, etc.

C. El proyecto de ejecución no tiene que contemplar las obligaciones que la Ley de Ordenación de la Edificación y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras atribuye a realizar al contratista de acuerdo, en este caso, al estudio básico de seguridad y salud y posterior Plan de Seguridad y Salud que ha de redactar la empresa contratista adjudicataria para su aprobación por parte del Coordinador de Seguridad y Salud.

El estudio básico de seguridad y salud se redactó previamente y se le hizo llegar una copia al día siguiente de la firma del acta de comprobación del replanteo, entendiéndose que con 4 operarios se pueden ejecutar las obras, por lo que se redactó el estudio básico de seguridad y salud y no estudio de seguridad y salud, siempre de acuerdo con el R.D. 1627/1997.

Las necesidades de ejecución y puesta en obra de las distintas partidas del proyecto adjudicado, desde el punto de vista de seguridad, han de ser estudiadas previamente por el contratista para luego redactar, tal como es su obligación, el Plan de Seguridad y Salud para llevar a cabo las mencionadas obras.

Respecto del Coordinador de Seguridad y Salud, su nombramiento se puede hacer a partir de que existan una o más empresas subcontratadas en la ejecución de las obras, que es realmente cuando se dan las circunstancias para la función esencial del Coordinador de acuerdo a los criterios legales del R.D. 1627/1997, porque hasta ese momento puede llevar a cabo, si está nombrado previamente, sólo la función residual de advertir al contratista de los incumplimientos si los hubiera de las medidas de protección, ya sean individuales o colectivas o de otra índole, función ésta última que puede ser asumida por la dirección facultativa, tal y como la establece el Real Decreto, hasta el nombramiento del Coordinador o no. En cualquier caso, el nombramiento de este Coordinador se le comunicó a la empresa a la semana siguiente de la firma del acta de comprobación del replanteo.

D. Las propuestas de los accesos se emitieron como respuesta a una posibilidad que por parte de la dirección facultativa se estimó, aunque, como ya se señaló, las

propuestas de la puesta en obra de las diferentes partidas que conforman el proyecto es obligación de la empresa constructora adjudicataria, así como el emplazamiento de los acopios de los materiales a emplear, y todo esto se ha de estudiar previamente y en caso de que las empresas que optan al concurso aprecian que todos estos parámetros pueden afectar al presupuesto es conveniente que lo indiquen en su oferta o no presentarse al referido concurso habida cuenta de que el presupuesto se eleva considerablemente. Lo referido a suponer un riesgo añadido y no previsto podría estimarse a la falta de experiencia en trabajos de restauración y rehabilitación de edificios protegidos.

E. El proyecto de ejecución no es ni inoperativo ni contempla graves inexactitudes y, por lo que se refiere a las condiciones pésimas de la carpintería que obliga a sustituir las ventanas con el consiguiente aumento presupuestario, se pone de manifiesto que precisamente en relación con esta partida la empresa presentó una baja en el presupuesto. En cuanto a lo indicado sobre las inexactitudes sobre el tratamiento y regularización de la superficie, se señala que es totalmente inexacto.

Finalmente, el informe jurídico, además de fundamentarse en las consideraciones de carácter técnico ya señaladas, considera que se ha producido un incumplimiento culpable de las obligaciones a realizar por la empresa adjudicataria, que no ha llevado a cabo la obligación principal derivada de un contrato de ejecución de obras, que es la realización de las mismas y que es precisamente la dejación de las obligaciones de la empresa la que ocasiona la ruptura de la contratación y no la actitud de la Administración, por lo que no procede la resolución del contrato de mutuo acuerdo, de conformidad con lo previsto en el art. 112.4 TRLCAP.

IV

1. De acuerdo con lo previsto en el art. 111.g) TRLCAP, es causa de resolución contractual el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones esenciales. Como antes se ha señalado, en el expediente se ha acreditado, y la propia empresa lo admite, que no dio comienzo a los trabajos de ejecución de las obras, que justifica en sus reparos manifestados en la comprobación del replanteo.

A este respecto, y de acuerdo con el art. 140.1 (RGLCAP), el acta de comprobación del replanteo tiene por objeto reflejar "la conformidad o disconformidad del contratista respecto de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la

obra, a la autorización para ocupar los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato” y, conforme al apartado 2 del mismo precepto, a la vista de su resultado se procederá en los términos previstos en el artículo anterior.

El acta de comprobación del replanteo tiene, pues, por finalidad determinar, una vez comprobada la realidad física sobre la que se proyecta la obra, la viabilidad de ésta. En el presente caso, en el acta se consignó la viabilidad de la obra, pero el contratista mostró expresamente su disconformidad, basada en determinados reparos, alguno de los cuales sí afecta al cumplimiento del contrato. En efecto, es cierto que sus objeciones acerca de las deficiencias en relación con los planes de seguridad y salud y nombramiento del Coordinador son ajenos a la viabilidad del proyecto de ejecución de la obra, que es el objeto de la comprobación del replanteo y, en cualquier caso, consta el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración, que remitió el estudio básico de seguridad y salud previsto en el art. 4.2 del Real Decreto 1627/1997 por medio de correo electrónico tres días después de la firma del acta de comprobación del replanteo (lunes 12 de marzo de 2007) y que se le comunicó la designación del Coordinador, como la propia empresa reconoce, el siguiente día 15. Por otra parte, como señalan los informes técnicos, la normativa en la materia (art. 7 del Real Decreto citado) impone a la empresa adjudicataria la elaboración del posterior plan de seguridad y salud, que no llevó a cabo.

Asimismo, no menos verdad es que la contratista alega otras deficiencias que no hizo constar en el acta de comprobación del replanteo, como diferencias en las mediciones o el mal estado de la carpintería, por lo que estos reparos *a posteriori* no pueden amparar los pretendidos errores del proyecto de ejecución de las obras ni justificar la no ejecución del contrato. Aún así, por lo que se refiere al primero, se niega por los informes técnicos tales inexactitudes en las mediciones y, en relación con la carpintería, la propia adjudicataria ofertó una baja en el presupuesto, alegando después la imposibilidad de ejecutar esta parte de la obra por razones de índole económica.

2. Sin embargo, por lo que respecta a los accesos, conviene precisar que la contratista rebate la solución ofrecida por la Administración sobre razones fundadas de complejidad en la realización del proyecto, de modo y manera que las soluciones alternativas ofrecidas implican todas ellas un encarecimiento del proyecto. Y a pesar del propósito de la Administración de alcanzar otra alternativa, la adjudicataria finalmente termina por solicitar la resolución del contrato por mutuo acuerdo.

En definitiva, no habiendo sido posible la resolución del contrato por mutuo acuerdo es criterio de este Consejo que, habida cuenta de la existencia de una reserva que incide en la viabilidad de la obra a ejecutar por afectar a una de las condiciones esenciales del contrato, la resolución contractual que se lleve a cabo en ningún caso llevará aparejada los efectos previstos en el art. 113.4 TRLCAP, al no haberse producido daños y perjuicios. Con todo, y dadas las circunstancias del caso, deberá procederse a la deducción que se indica en el escrito de la contratista de fecha 30 de abril de 2007.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución no se ajusta al Ordenamiento Jurídico, de acuerdo con las razones expuestas en el Fundamento IV.