



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 9 3 / 2 0 1 8

(Sección 2ª)

La Laguna, a 7 de marzo de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato «054/16 Reparación de las pasarelas peatonales en la carretera GC-110, p.k. 2+720, Campus Tafira», adjudicado a la empresa (...)* (EXP. 64/2018 CA)\*.

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

### I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado el 14 de febrero de 2018 (RE 20 de febrero de 2018) por el Presidente del Cabildo de Gran Canaria, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de resolución del contrato «54/16 Reparación de las pasarelas peatonales en la carretera GC-100, p.k. 2+720, Campus de Tafira», adjudicado a la empresa (...).

La legitimación para la solicitud del dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.d) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de carácter básico, y con el art. 109.1.d), asimismo 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, los dos últimos, que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

---

\* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

2. El contrato objeto del procedimiento que se analiza fue adjudicado el 8 de marzo de 2017, por lo que la legislación aplicable viene constituida por el citado TRLCSP.

## II

1. Los antecedentes que han dado origen al procedimiento de resolución contractual y que constan documentados en el expediente, son los siguientes:

- Mediante Resolución nº 37/2017, de 8 de marzo, se adjudica el contrato «54/16 Reparación de las pasarelas peatonales en la carretera GC-100, p.k. 2+720, Campus de Tafira», a la empresa (...) [en adelante (...)], formalizándose el contrato el 29 de marzo de 2017.

El contrato tiene un plazo de ejecución de 8 meses, contados a partir del día siguiente al acta de comprobación del replanteo.

- El 24 de marzo de 2017 se requiere a la empresa contratista para que aporte el Plan de Seguridad y Salud, de Gestión de Residuos e indicación del personal responsable del contrato, lo que viene a aportarse el 11 de abril de 2017; si bien el 17 de abril de 2017 se emite por la Coordinadora de Seguridad y Salud informe desfavorable respecto del Plan de Seguridad y Salud presentado, por lo que se realiza nuevo requerimiento a (...), el 24 de abril de 2017, para que aporte el citado Plan con las subsanaciones precisas a la luz del informe. Asimismo, se convoca a la empresa al acto de comprobación del replanteo.

- El 28 de abril de 2017 se celebra la comprobación del replanteo, y se levanta acta suscrita por el Director de la obra y el contratista, concluyendo «NO VIABLE», por entender que, por un lado, las obras no pueden iniciarse toda vez que no se encuentra aprobado al día de la fecha el Plan de Seguridad y Salud, dado que la contrata no ha cumplimentado correctamente las modificaciones, previamente solicitadas, al Plan de Seguridad y Salud aportado y, por otro lado, tal y como figura manuscrito por el Director de la obra, se hace constar: «se comprueba *in situ* que parte de la estructura existente a reparar (pilares) están ubicados dentro de un terreno que a simple vista parece privado. No consta en el proyecto expediente de expropiación ni servicios afectados. Se decide no firmar acta viable hasta que no se compruebe la disponibilidad de los terrenos». Lo que a su vez determina reservas por parte de la contrata.

El director de la obra «SUSPENDE EL INICIO DE LA EJECUCIÓN» (art. 139.4 RGLCAP). Se decide no firmar Acta viable hasta que no se compruebe la disponibilidad de los terrenos.

- El 1 de mayo de 2017 la Coordinadora de Seguridad y Salud emite nuevo informe desfavorable a la aprobación del Plan por no cumplir los criterios mínimos exigidos por el Real Decreto 1627/97 aplicable.

- El 19 de mayo de 2017 se emite informe técnico, por Ingeniero de Obras Públicas, director facultativo de las obras, indicando que, «Una vez analizada la documentación del expediente así como realizada las consultas pertinentes, con fecha 15 de mayo se determina que existe total disponibilidad para la ejecución de la obra». Por lo que «se insta a la empresa adjudicataria que presente el Plan de Seguridad y Salud de inmediato para poder levantar la suspensión del inicio de la obra».

- El 25 de mayo de 2017 el citado funcionario emite el siguiente informe: «De acuerdo con informe técnico de 19/05/2017 de (...), donde se determina que existe total disponibilidad de los terrenos para la ejecución de la obra, se solicita que se emplace a la empresa adjudicataria de las obras para la firma del acta de comprobación del replanteo». Y se solicita que presente el Plan de Seguridad y Salud.

- El 5 de junio de 2017 se emite informe jurídico por la Técnica de Administración General sobre la necesidad de suscribir nueva acta de comprobación del replanteo, ya que, dado el informe técnico del Ingeniero de Obras Públicas, no opera la no viabilidad señalada en el acta anterior, por constatarse la disponibilidad de los terrenos. No obstante, se insiste en la necesidad de aportación del Plan de Seguridad y Salud corregido en los términos de los informes de la Coordinadora de Seguridad y Salud, «a fin de que las obras se iniciaran en el menor tiempo posible».

- Así pues, el 7 de junio de 2017 se requiere nuevamente a (...) para que aporte el citado Plan. En la misma fecha se le convoca para la suscripción del acta de comprobación del replanteo, momento en el que deberá haberse aprobado el Plan de Seguridad y Salud.

- El 15 de junio de 2017 se suscribe Acta de Comprobación del Replanteo por el Director de la obra y el contratista, consignándose como «viable», si bien pendiente de aportación y aprobación del Plan de Seguridad y Salud, por lo que no puede comenzarse la obra, mas, por su parte, (...) aporta reservas que se adjuntan al acta,

mediante copia de un escrito de alegaciones presentado en el Registro General de la Corporación el día anterior que hacen inviable la obra:

«1.- La indisponibilidad de los terrenos.

Tras una comprobación de los terrenos sobre los que ejecutar la obra, (...) comprueba que parte de las pasarelas a reparar se encuentran ubicadas dentro de solares particulares, circunstancia no prevista en el Proyecto Técnico de la Obra».

Se añade que, si bien de forma oficiosa, dice, la Administración le comunicó que los terrenos habían sido expropiados, debiendo asumir la contrata el coste de trasladar/retranquear los cerramientos de las parcelas particulares con cargo a la unidad de obra prevista en el Proyecto denominada «0301 PAJ Servicios afectados e imprevistos», que asciende a 2.000 €, posteriormente, sin embargo, en escrito recibido el 7 de junio de 2017 se les comunica la disponibilidad de los terrenos con base en informes a los que no ha tenido acceso la empresa, «exigiéndosele un acto de fe en el inicio de la ejecución de la obras».

Entiende (...) que no se ha acreditado documentalmente la disponibilidad de los terrenos.

Asimismo, entiende la existencia de mala fe por parte de la Administración al no haber contemplado en el proyecto las cargas que pesaban sobre el terreno, y señala la imposibilidad de realizar los retranqueos de los cerramientos sin las debidas autorizaciones y que el retranqueo no podría hacerse efectivo a través de la partida que esta Administración le había previamente indicado, contemplada para imprevistos, no para cuestiones conocidas como las cargas y servidumbres sobre el terreno donde ejecutar la obra.

«2.- Deficiencias de viabilidad del proyecto.

Por otro lado, (...) ha realizado un estudio pormenorizado de todas las unidades de obra previstas en el proyecto, encontrándose con dos problemas fundamentales, que hacen no viable el Proyecto, en los términos en los que está redactado». El proyecto no aporta solución constructiva para llevar a cabo el encofrado lateral de nuevos petos para alojar barandillas de PVC. La existencia de unidades de obra no contempladas en el proyecto.

Solicitan: la incorporación al Acta de Comprobación del Replanteo de 15 de junio de 2017 las reservas planteadas y su calificación como no viable «por imposibilidad de ejecutar el proyecto Técnico en sus propios términos». La acreditación documental de la disponibilidad de los terrenos y de las autorizaciones pertinentes.

Por todo ello solicitan la suspensión de la obra a efectos de que, alternativamente, se modifique el Proyecto, o se resuelva el contrato por la causa g) del art. 223 TRLCSP, consistente en «la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de

continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I».

- El 29 de junio de 2017 y el 30 de junio de 2017 se emiten informes desestimatorios de las referidas alegaciones, emitiéndose, consecuentemente, la Resolución nº 709/17, de 14 de julio, por la que se acuerda desestimar las alegaciones de la empresa contratista, y señalar no haber lugar ni a la modificación del contrato ni a la existencia de la causa de resolución alegada, requiriéndola nuevamente a que en el plazo de tres días aportara debidamente subsanado el Plan de Seguridad y Salud, haciéndose indicación de que en caso contrario, se procedería a iniciar un expediente de resolución del contrato en virtud de las causas d) y f) del art. 223 TRLCSP, de lo que recibe notificación aquélla el 21 de julio de 2017, sin que aportara nada al efecto, así como los informes que la motivan y que datan del día 29 de junio de 2017 y 30 de junio de 2017.

No consta presentación de recurso administrativo contra la resolución nº 709/17 de 14 de julio de 2017, ni existen antecedentes, al día de la fecha, de presentación de recurso contencioso administrativo contra la misma.

- El 10 de agosto de 2017 se emite informe valorativo sobre la repercusión que la resolución del contrato llevará consigo en las tareas de conservación y mantenimiento de la zona objeto del contrato, ante la previsión de instar un nuevo procedimiento de licitación, cifrando los daños ocasionados en la cantidad de 5.666,30 euros.

- El 11 de agosto de 2017 se emite informe jurídico con propuesta de inicio de resolución del contrato.

2. En cuanto a la tramitación del procedimiento, constan los trámites exigibles legalmente, así:

- Mediante Resolución nº 889/2017, de 17 de agosto, se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento del contratista, concediéndose audiencia al mismo y a su avalista, de lo que reciben notificación los días 22 de agosto de 2017 y 23 del mismo mes y año, respectivamente.

- El 31 de agosto de 2017 (...) presenta escrito de alegaciones solicitando la suspensión del trámite de audiencia y, asimismo, ampliación del plazo de alegaciones. Se desestima la suspensión, pero ampliando el plazo de alegaciones, por medio de Resolución nº 930/2017, de 1 de septiembre de 2017. De ello recibe

notificación la empresa el 6 de septiembre de 2017, presentando alegaciones el 14 de septiembre 2017, donde imputa el incumplimiento contractual a la Administración en términos similares a los señalados en las alegaciones presentadas el 14 de junio de 2017, a las que añade, por un lado, que a pesar de que esta Administración ha invocado dos supuestos de resolución de contrato, sólo acredita la existencia de uno, en concreto la no presentación del Plan de Seguridad y Salud en el plazo de tres días conferido. A estos efectos señala que para la extinción del contrato no basta el mero incumplimiento del plazo, máxime cuando el incumplimiento deviene de un previo incumplimiento de la Administración dadas las irregularidades y omisiones del proyecto técnico, deficiencias éstas que no han sido subsanadas. Y, por otro lado, alega que no existe una demora en el incumplimiento de los plazos totales tal y como expone la normativa, dado que los pliegos no contemplan plazos parciales, por dicho motivo no es posible presumir que por el incumplimiento en la entrega del documento requerido en el plazo de tres días, se presuma el incumplimiento del plazo total.

En todo caso, añade que el Plan de Seguridad y Salud no viene recogido en ningún documento contractual, como ítem de los plazos parciales de ejecución del contrato, a lo que añade que «Atendiendo al presente supuesto de hecho, ni en los Pliegos, ni en el contrato formalizado por las partes viene expresamente reconocido el Plan de Seguridad y Salud como obligación esencial del contrato».

Alega mala fe y abuso de posición dominante y, finalmente, esgrime las cuestiones técnicas por las que considera que el proyecto adolece de graves errores, siendo el retraso de la presentación del Plan solo imputable a la Administración.

- El 1 de septiembre de 2017, la entidad avalista, (...), presenta escrito de alegaciones en el que, además de imputar el incumplimiento contractual a la Administración procediendo la resolución del contrato por la causa establecida en el art. 223, g) TRLCSP, solicita el recibimiento a prueba del procedimiento, consistente en que se aporte la documentación acreditativa de la titularidad de los terrenos, remisión del plan de viabilidad del proyecto para ser sometido a oportuno estudio, análisis y valoración por técnicos habilitados para ello, y remisión de notificación por escrito donde se cite para practicar prueba pericial por persona que acceda al lugar de ejecución de las obras, y entrega de toda la documentación correspondiente al expediente para que el perito de esa parte realice la prueba correspondientes, en este sentido se alega que: «La realización de la misma, es la única forma que tiene mi representada de poder constatar la realidad de las alegaciones o motivos alegada

por la contratista o en su caso la veracidad (sometida a la lógica contradicción) de las manifestaciones realizadas por parte de la Administración y sus técnicos correspondientes».

La entidad avalista alega además la improcedencia de la incautación de garantía, estimando que debe adoptarse acuerdo de retención del certificado de garantía hasta la tramitación del procedimiento. En ello se insiste mediante escrito de alegaciones presentado el 9 de octubre de 2017, acompañado de informe pericial, si bien, dadas las erratas detectadas en el mismo, se aporta nuevo informe pericial el 31 de octubre de 2017.

- Con fechas de 18 y 24 de octubre de 2017, el Servicio técnico solicita requerir informe a ciertos intervinientes en el expediente, a fin de solventar las alegaciones planteadas.

Finalmente, se discute la cuantificación de los daños y perjuicios existente.

- El 13 de noviembre de 2017 se emite informe por el Servicio Técnico, Ingeniero Técnico de Obras Públicas, respondiendo a las alegaciones del contratista, en las que, no sólo se insiste en que siempre ha existido la disponibilidad de los terrenos y que el proyecto es viable técnicamente, sino que además se concluye que el contratista realizó un estudio incorrecto de su proposición económica durante el proceso de licitación. Aporta informe del proyectista de 2 de octubre de 2017.

- El 27 de noviembre de 2017, se emite nuevo informe técnico en relación con las alegaciones del avalista, dando respuesta al informe pericial presentado por aquél. A tal efecto, además del informe proyectista de 2 de octubre de 2017, se aporta nuevo informe sobre las concretas alegaciones del avalista. Se concluye en este informe técnico, una vez más, la viabilidad del proyecto y de las actuaciones dirigidas a que las obras dieran su inicio.

No obstante, se corrige la cantidad fijada por el informe de 10 de agosto de 2017 como daños y perjuicios, que, en vez de ascender a los 5.666,30 euros inicialmente establecidos, se cifra en 3.591,80 euros.

- El 27 de noviembre de 2017 se emite nuevamente informe por la Coordinadora de Seguridad y Salud en el que se ratifica en los anteriores sobre las deficiencias del Plan de Seguridad y Salud.

- El 14 de diciembre de 2017 se emite informe por la Técnica de Administración General en relación con la caducidad del procedimiento de resolución contractual y

la procedencia de su declaración e inicio de uno nuevo, con audiencia al contratista y avalista.

- Mediante Resolución nº 1357/2017, de 19 de diciembre, se declara la caducidad de procedimiento de resolución de contrato, con mantenimiento de las actuaciones efectuadas e inicio de nuevo procedimiento por las mismas causas, concediendo trámite de audiencia al contratista y al avalista.

- El 4 de enero de 2018 el contratista presenta en correos escrito de alegaciones, en las que, ante todo, alega la nulidad de la Resolución notificada por entender que se han unificado en una sola resolución, dos actos con distinta naturaleza jurídica (declaración de caducidad e inicio de nuevo procedimiento), dando lugar uno de ellos a la interposición de los recursos pertinentes y el otro, al trámite de audiencia.

Asimismo, se añaden las alegaciones presentadas con anterioridad.

- El 5 de enero de 2018 el avalista presenta alegaciones en las que insiste en los términos de las presentadas anteriormente: incumplimiento imputable a la administración, procediendo la resolución del contrato por la causa establecida en el art. 223, g) TRLCSP, e insiste también en solicitar el recibimiento a prueba del procedimiento en los términos ya indicados en sus anteriores alegaciones.

- El 16 de enero de 2018 se emite informe técnico del Director de la obra en el que se ratifica en los anteriores, por el que se da respuesta a las nuevas alegaciones.

- El 17 de enero de 2018 se emite informe propuesta de resolución por la Técnica de Administración General, dando, asimismo, respuesta a todas las alegaciones, proponiendo la desestimación de las mismas y la continuación del procedimiento de resolución del contrato.

- El 9 de febrero de 2018 se emite informe por el Interventor General favorable a la propuesta de resolución propuesta por causa imputable al contratista.

- 17 de enero de 2018 se emite Propuesta de Resolución, que es sometida a dictamen de este Consejo con fecha 14 de febrero de 2018.

### III

1. Antes de entrar en el fondo del asunto, debe indicarse, en relación con la alegación efectuada por la empresa contratista, relativa al vicio de nulidad de la resolución de declaración de caducidad del procedimiento anterior e inicio del nuevo en una misma resolución, pues la primera daría lugar a los eventuales recursos, y la segunda a trámite de audiencia, lo siguiente.



Ciertamente, se reconoce por la propia Propuesta de Resolución, en este punto que, obviando la exigencia del art. 95.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que, al admitir los recursos que procedan frente a la resolución que declara la caducidad del procedimiento, implica la introducción de pie de recurso, si bien fue notificada tanto a la parte contratista como a su avalista el día 27 de diciembre de 2017, recogiendo dicha notificación el texto íntegro de la resolución que se notificaba, dando trámite de audiencia a aquéllos, «no se introdujo por error, que la caducidad es un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa y contra el que podría interponerse el correspondiente recurso potestativo de reposición o bien, el recurso contencioso administrativo».

Ahora bien, si bien ello es así, sin embargo, a través de las alegaciones efectuadas por la contrata, *de facto*, se interpuso recurso de reposición frente a la resolución de caducidad, que fue resuelto desestimando el mismo, por concurrir los presupuestos legales de la caducidad. En este sentido, como bien señala la Propuesta de Resolución, el defecto formal no produce nulidad porque «a la vista de las alegaciones presentadas por la empresa, la notificación practicada ha producido sus efectos para los dos actos administrativos comunicados dado que de acuerdo con ellas, al tiempo que se recurre la declaración de caducidad, se opone a la resolución del contrato instada por esta Consejería, siendo de aplicación por tanto, lo dispuesto en el artículo 40.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común que señala “Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda”.

Partiendo de la base de que el escrito presentado por la empresa cumple al mismo tiempo dos fines distintos, al oponerse por un lado a la caducidad y por otro, al dar respuesta al trámite de audiencia conferido, es por lo que es posible sustanciar al mismo tiempo, el procedimiento de resolución del contrato y el recurso de reposición contra la declaración de caducidad realizada.

A la vista de lo expuesto y en respuesta a la alegación contra la caducidad producida, hay que señalar tal y como se expuso en la resolución que se recurre, que dado que el expediente de inicio de procedimiento de resolución de contrato se instó

el 14 de agosto de 2017, en el momento en que se emitió el último de los informes técnicos respondiendo a las alegaciones y peritajes presentados por la empresa contratista y su avalista, el plazo establecido en la normativa de procedimiento administrativo común para iniciar, finalizar y notificar un procedimiento, ya había transcurrido con creces, a raíz de lo cual y de acuerdo con lo que prescribe el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, se procedió a declarar la caducidad del procedimiento y dado que el derecho de esta Corporación no se encontraba prescrito, se procedió a la iniciación de un nuevo procedimiento incorporándose a éste, los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad, otorgándose nuevo trámite de alegaciones.

Visto lo expuesto, se propone la desestimación de la alegación cursada por la contratista de nulidad de la resolución en base a los fundamentos alegados, al operar la declaración de caducidad».

2. A) En cuanto a la caducidad en lo referente a los contratos administrativos, « (...) debe tenerse presente la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, conforme a la cual, superado el plazo máximo para resolver en los procedimientos de resolución de contratos por causas imputables al contratista, ha de declararse caducado el procedimiento, lo que ha llevado al Tribunal a anular diversos actos de resolución de contratos por haberse dictado más allá del plazo legalmente establecido. En este sentido, cabe citar las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007 (recurso 7736/2004, Sección Cuarta), de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005, Sección Cuarta) y de 9 de septiembre 2009 (recurso 327/2008, Sección Sexta), esta última dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, a la vista de los criterios contradictorios que resultaban de algunas resoluciones procedentes de distintos tribunales superiores de justicia» (Dictamen del Consejo de Estado num. 479/2010).

B) En lo que se refiere al fondo del asunto, se pretendía por la Administración la resolución del contrato «54/16 Reparación de las pasarelas peatonales en la carretera GC-100, p.k. 2+720, Campus de Tafira», adjudicado a la empresa (...), fundamentándose, adecuadamente, la resolución por la Propuesta de Resolución en lo siguiente:

1) Demora en el cumplimiento de los plazos vs. falta de entrega de Plan de Seguridad y Salud.

En este punto, frente a lo alegado por el contratista, lo cierto es que la prestación objeto del contrato aún no se ha iniciado, lo que conlleva necesariamente un quebranto del plazo de ejecución del contrato establecido. Así, si bien el plazo de ejecución establecido en ocho (8) meses se inició el día 16 de junio de 2017, tal y como se hizo constar en el acta de comprobación del replanteo de fecha 15 de junio de 2017, cuando se inicia este nuevo procedimiento de resolución del contrato, ya han transcurrido seis meses desde dicho inicio, sin que, a la fecha, se haya siquiera presentado el Plan de Seguridad y Salud, tantas veces requerido a la empresa contratista.

En relación con ello y, como se señala en la Propuesta de Resolución, y sin perjuicio del incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, y sin perjuicio de que la principal sea la ejecución de las obras, que tal y como se ha expuesto nunca han llegado a iniciarse, el Plan de Seguridad y Salud debidamente subsanado conforme a los requerimientos realizados por el Coordinador de Seguridad y Salud de esta Corporación, en contra de lo alegado por (...), constituye una obligación esencial del contrato y aparece recogida en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del expediente de contratación del que este informe trae su causa.

Así, se señala, correctamente, en la Propuesta de Resolución:

«la empresa [yerra] cuando señala que ni en los pliegos ni en el contrato viene expresamente reconocido el Plan de Seguridad y Salud como obligación esencial, en este sentido y sin perjuicio de lo que se expondrá a continuación, hay que hacer constar que el Plan de Seguridad y Salud en el trabajo constituye el instrumento básico de ordenación de las actividades de identificación y, en su caso, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva a las que se refiere Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, correspondiendo su elaboración a la empresa y la aprobación a la Administración contratante, atendiendo a ello, el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige la presente contratación, señala en diversos apartados lo siguiente:

#### "2.4.- Seguridad y Salud laboral

Se adjunta en el presente proyecto el preceptivo Estudio de Seguridad y salud, en cumplimiento del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción.

Por aplicación del mencionado Decreto, el Contratista está obligado a elaborar un Plan de Seguridad y Salud en el trabajo, en el que se analicen, estudien, desarrollen y

complementen, en función de su propio sistema de ejecución de la obra, las previsiones contenidas en el citado Estudio, con las alternativas de prevención que la Empresa Adjudicataria proponga y con la correspondiente valoración económica que no podrá implicar disminución del importe total reflejado en el Estudio.

Este Plan de Seguridad y Salud deberá ser presentado antes del inicio de las obras al director de las mismas, quien con su informe lo elevará a la superioridad para su aprobación por parte del Cabildo de Gran Canaria. El Plan se considerará aprobado una vez que haya sido autorizado por el Órgano competente de conceder la apertura del Centro de Trabajo.

El abono del presupuesto del Estudio citado se realizará de acuerdo con los correspondientes Cuadros de Precios que figuran en este Proyecto, o en su caso, en los del Plan de Seguridad y Salud aprobado y que se consideran documentos del Contrato a dichos efectos. En el caso que sea aprobada por la Dirección de Obra la participación de subcontratistas en la ejecución de los trabajos del contrato, el adjudicatario deberá aportar un técnico competente que esté habilitado para ejercer las funciones de Coordinador de Seguridad y Salud. El Contratista designará un Técnico de Seguridad y Salud en el trabajo, que será responsable de velar por el correcto cumplimiento de lo dispuesto en el Plan de Seguridad y Salud. Este técnico tendrá disponibilidad plena para actuar en cualquier momento que el Cabildo de Gran Canaria se lo requiera”.

#### Apartado 2.5.1.2:

“De acuerdo con el art. 7 RD 1627/1997, cada contratista tiene la obligación de elaborar un Plan de Seguridad y Salud en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el presente Estudio de Seguridad y Salud, en función de su propio sistema de ejecución de la obra. En dicho plan se incluirán, en su caso, las propuestas de medidas alternativas de prevención que el contratista proponga con la correspondiente justificación técnica, que no podrán implicar disminución de los niveles de protección previstos en el presente estudio”.

(...)

“El Plan de Seguridad y Salud debe ser aprobado, antes del inicio de la obra, en los términos expresados en el artículo 7.2 del R.D. 1627/1997. En este caso, el Coordinador emitirá un informe favorable cuando verifique el contenido mínimo que debe tener el Plan de Seguridad y Salud. Con la revisión del documento y el informe favorable del Coordinador se eleva el Plan de Seguridad y Salud para su aprobación por parte de la administración pública competente (...).”

El apartado 4.7 del pliego aludido, relativo a la orden de iniciación de las obras señala que:

“(...) No se podrá iniciar las obras sin antes haber sido aprobado el Plan de Seguridad y Salud, elaborado y presentado por el Contratista (...).”

Asimismo el punto primero del artículo 230 del TRLCSP establece que “Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste dieren al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia».

Por tanto, para que las obras den su inicio es esencial que el Plan de Seguridad y Salud se encuentre aprobado, dado que es condición *sine qua non* para que el objeto del contrato se cumpla, derivando de su falta de presentación una causa de incumplimiento, pero, además, de tal incumplimiento deriva el del plazo de ejecución del contrato, pues sin haberse presentado el Plan no se puede iniciar la ejecución de la obra, como de hecho ha sucedido en el presente caso.

Así, por un lado, se ha incurrido en incumplimiento de aquella obligación esencial, y, por otro, en la relativa al plazo de ejecución del contrato.

Y es que el art. 212 TRLCSP establece: «2. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva. 3. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración. 4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato. (...) 6. La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el párrafo anterior respecto al incumplimiento del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiere previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total».

Por su parte, el art. 223 de aquel Texto dispone, entre las causas de resolución del contrato: «d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista».

2) En cuanto a la causa de resolución alegada por el contratista, por entender imputable a la Administración el incumplimiento del contrato, constan en el expediente los informes técnicos que lo refutan. Así, por un lado, consta la total disponibilidad de los terrenos, y, en todo caso, tal y como señala el informe de 13 de

noviembre de 2017: «Se debe tener en cuenta que se trata de una obra de "reparación", por lo que la estructura ya existe y no es necesario realizar una nueva ocupación de terrenos».

Asimismo, los informes técnicos que obran en el expediente desarrollan la argumentación sobre la viabilidad del proyecto, sin que proceda la modificación pretendida por la contratista, siendo imputable a ésta el incumplimiento del contrato en sus términos.

Por todo ello, y aclarada también en el informe de 27 de noviembre de 2017, la corrección de la cuantificación del perjuicio irrogado a la Administración, cifrado en 3.591,80 euros, procede la resolución del contrato analizada por las causas y con los efectos indicados en la Propuesta de Resolución.

3. Por todo lo expuesto, debe concluirse, por un lado, el incumplimiento contractual por parte de la contrata y, por otra parte, su carácter culpable, por lo que resulta conforme a Derecho la Propuesta de Resolución, en cuanto a la resolución del contrato.

Por otra parte, procede la incautación de la garantía y la indemnización de daños y perjuicios establecida en el art. 225.3 y 4 TRLCSP para el caso de incumplimiento culpable del contratista.

Así, la fianza definitiva cumple una función mixta, como se deriva del art. 100 TRLCSP, donde se señala que la garantía responde de los siguientes conceptos:

a) las penalidades impuestas al contratista conforme al art. 212, que es, precisamente, el relativo a la ejecución defectuosa o demora.

b) daños y perjuicios.

Así, el art. 102 del referido texto legal establece, en relación con la devolución de la garantía, que no se devolverá hasta el vencimiento del plazo de garantía o hasta que se haya cumplido satisfactoriamente el contrato o hasta que se declare su resolución sin culpa del contratista, dando por supuesto, pues, que cuando media aquella culpa no procede la devolución de la fianza.

Por tanto, en cuanto al apartado a) del citado art. 100, debe entenderse que la fianza cumple una función en cierta medida de carácter punitivo, y además opera como una indemnización a tanto alzado de los daños y perjuicios difíciles de precisar o acreditar. Aunque no exista una lesión concreta, la garantía responde como una indemnización mínima a tanto alzado.

Ello, sin perjuicio de la responsabilidad derivada de daños y perjuicios *estricto sensu*, tal y como señala el Supremo en su Sentencia de 21 de mayo de 2002 (RJ 2002/5084), en cuyo fundamento jurídico séptimo cita las de 14 de mayo de 1988 o 21 de marzo de 1994:

«a) La STS de 14 de mayo de 1988, confirmada por la de 1 de diciembre del mismo año (RJ 1988,9752), reconoce que la incautación de la fianza constituye en nuestro Derecho una pena convencional cuya imposición no libera al contratista de la indemnización de los daños y perjuicios concretables en el incumplimiento que haya podido producir (arts. 53 de la Ley de Contratos y 160 del Reglamento General). La indemnización se produce «además» de la pérdida de la fianza, siendo así viable la vigencia de responsabilidades “ultra vires cauciones”, pero no excluyen el carácter restrictivo que impone la cláusula de garantía que responde en los términos de los artículos 15.2 LCE y 358.2 RGCE y no puede configurarse como cláusula penal en los términos del artículo 1153 del Código Civil.

b) La STS de 21 de marzo de 1994 (RJ 1994,2452) subraya que el artículo 53, párrafo 1º de la Ley de Contratos del Estado y art. 160, párrafo 1º de su Reglamento, establecen que cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista le será incautada la fianza y deberá el contratista, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios, pero incide en un tema de inhabilitación del contratista, ajeno a este debate».

No obstante, si bien ha venido a entenderse que el alcance de la incautación de la fianza debe ser proporcionado a la gravedad del incumplimiento y a la exclusividad o concurrencia de culpas en el mismo, como ha señalado el Consejo de Estado en sus Dictámenes 113/2001, 201/2001 o 269/2005, entre otros, en el caso que nos ocupa no sólo se ha probado la culpa exclusiva del contratista y su absoluta falta de diligencia en el cumplimiento del contrato, sino que el plazo de cumplimiento resultaba esencial para el interés público en este contrato. Y es que la obra objeto del contrato que nos ocupa estaba sujeta a una ejecución en el plazo previsto, lo que resulta exigible objetivamente en base a las condiciones que rigieron en su día el procedimiento abierto, a las que se comprometió la empresa adjudicataria, primero con su proposición como licitadora, y luego como adjudicataria.

## CONCLUSIÓN

Se considera conforme a Derecho la resolución del contrato administrativo para la ejecución del contrato «54/16 Reparación de las pasarelas peatonales en la carretera GC-110, p.k. 2+720, Campus Tafira», adjudicado a la empresa (...).