



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 6 1 / 2 0 2 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 18 de febrero de 2020.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato de obras «Puesta en visita los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya», adjudicado a la empresa (...)* (EXP. 13/2020 CA)\*.

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

### I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Presidente del Cabildo de Fuerteventura, es la Propuesta que pretende la resolución del proyecto denominado «Puesta en visita de los grabados rupestres de la montaña de Tindaya», T.M. de la Oliva, adjudicado a la empresa (...).

2. 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. 211 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP) 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.

En este sentido, se ha de recordar que, de acuerdo con la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) en sus apartados primero y segundo: «*Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán por la normativa anterior. A estos*

\* Ponente: Sra. de León Marrero.

efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos». Y, «los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Pues bien, habiéndose adjudicado el presente contrato, según consta en el expediente remitido a este Consejo, mediante Resolución del Sr. Presidente del Cabildo de 28 de noviembre de 2017, resulta de aplicación la normativa sustantiva vigente en ese momento, sin perjuicio de la aplicación de la actual en aquellos aspectos procedimentales.

3. No ha transcurrido el plazo de ocho meses previsto en el art. 212.8 LCSP, por lo que el procedimiento de resolución contractual no ha caducado, al haberse iniciado el 15 de julio de 2019.

4. Este Consejo ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este asunto -sin entrar en el fondo de la cuestión- en los Dictámenes 391/2019 y 454/2019, por deficiencias en el trámite de audiencia, por lo que, analizada la nueva documentación remitida sobre el cumplimiento de tal trámite en el presente procedimiento de resolución contractual, no se aprecia la existencia de óbice alguno que impida pronunciarnos sobre el fondo de la cuestión planteada.

## II

Los antecedentes relevantes en este caso son los siguientes:

- Mediante resolución del Sr. Presidente del Cabildo, de fecha 28.11.2017, se adjudicó a la empresa (...) la ejecución de los trabajos correspondientes al proyecto denominado «*Puesta en visita de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya*». La ejecución de los trabajos se dividía en dos fases, una referente a la redacción del proyecto y una segunda en la ejecución de las obras.

- Con fecha 19 de febrero de 2018, la empresa (...) hace entrega del proyecto redactado de la «*Puesta en visita de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya*», perteneciente a la primera fase del contrato.

- Con fecha 29 de mayo de 2018 se emite escrito a la empresa (...), adjuntando los informes de las direcciones facultativas, al objeto de que subsane las deficiencias habidas en la documentación presentada por dicha empresa.

- Con fecha 31 de julio de 2018 la empresa (...) hace entrega de la documentación solicitada, al objeto de subsanar las deficiencias requeridas.

- Con fecha 20 de septiembre de 2018, se emite informe sobre las deficiencias observadas en la documentación presentada por la empresa.

- Mediante Resolución de fecha 26 de octubre de 2018, el Sr. Consejero Insular del área de Cultura, Ocio y Deporte, resuelve conceder a la empresa un plazo de un mes improrrogable, al objeto de que nuevamente subsane las deficiencias de la documentación entregada el 31 de julio de 2018, así como imponer una penalización de 1.776,90 € al contratista equivalente al 25% del precio del contrato, referente a la elaboración del proyecto de ejecución que asciende a 7.107,63 €, excluido el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC). Todo ello en cumplimiento de la cláusula 23.3 del pliego de cláusulas administrativas del expediente, en el que literalmente dice: *«En el segundo caso el nuevo plazo concedido para subsanar las deficiencias no corregidas será de un mes improrrogable, incurriendo el contratista en una penalidad equivalente al 25 % del precio del contrato, referente a la elaboración del proyecto de ejecución»*.

- Con fecha 5 de diciembre de 2018, (...), representante de la empresa (...), hace entrega de la documentación al objeto de subsanar las deficiencias requeridas en la resolución del Sr. Consejero de fecha 26.10.2018, anteriormente mencionada.

- Con fecha 8 de enero de 2019, mediante nota de Régimen Interior se solicita informe a la Dirección facultativa del proyecto, recibiendo el mismo con fecha 24 de enero de 2019.

- Con fecha 8 de febrero de 2019, se emite informe por la responsable del expediente sobre las deficiencias observadas en la documentación presentada por la empresa adjudicataria.

- Por Resolución, de fecha 7 de marzo de 2019, del Consejero Insular de Área, se incoó expediente de resolución del contrato *«Puesta en visita de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya»*, por causa imputable al contratista.

- Con fecha 8 de marzo de 2019, se notifica Resolución al (...) por la que se le conceden 10 días naturales a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación de la Resolución, para que alegue lo que a su derecho convenga.

- Con fecha 18 de marzo de 2019, se presentan alegaciones por el (...).

- A la vista de las alegaciones presentadas por el contratista, se emite nuevo informe de la Dirección Facultativa del proyecto, de fecha 28 de marzo de 2019.

- Con fecha 4 de abril de 2019, se solicita informe del Servicio Jurídico de la Corporación de conformidad con el art. 211.2 TRLCSP, preceptivo en la instrucción de procedimientos en los que se acuerde la resolución un contrato, remitiéndose al Servicio de Patrimonio Cultural el 17 de junio de 2019.

- Por Resolución del Consejero Insular de Área, de fecha 15 de julio de 2019, se acuerda resolver la caducidad del procedimiento de resolución del contrato, el inicio nuevamente del procedimiento y la solicitud de nuevo informe jurídico, concediéndose simultáneamente el trámite de audiencia al contratista, al avalista y al asegurador.

- Con fecha 26 de julio de 2019 se reciben alegaciones realizadas por (...).

- Con fecha 12 de agosto de 2019, se emite informe jurídico de la Técnico de Patrimonio Cultural.

### III

La Propuesta de Resolución insta la resolución del contrato «*Puesta en visita de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya*», por causa imputable al contratista, incorporando a éste los actos y trámites que se han mantenido igual, transcurrida la caducidad, de conformidad con el art. 95.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En concreto, la resolución contractual está motivada en los informes de la Dirección Facultativa, siendo el último de fecha 28 de marzo de 2019, en el que se recoge lo siguiente:

«(...) *En lo concerniente a los trabajos relativos al acondicionamiento del sendero y puesta en visita, se emite el siguiente,*

*INFORME*

*La técnica que suscribe ha emitido tres informes de revisión sobre la documentación aportada en distintas entregas por el (...) en lo referente a los trabajos de acondicionamiento del sendero y puesta en visita.*

*En los tres informes se ha advertido al equipo redactor que toda la normativa que no tiene relación con el objeto del proyecto debe de ser eliminada. La observación que se hace en el escrito de alegaciones afirmando que la referencia a esta normativa no afecta a la comprensión del documento pone de manifiesto una evidente falta de rigor en los criterios de redacción de la memoria.*

*Independientemente de estos errores formales o de contenido en los tres informes emitidos se ha hecho especial hincapié en los documentos que integran el presupuesto y el estudio de seguridad y salud porque tienen una incidencia muy importante tanto en la futura ejecución de los trabajos como en su resultado final.*

*En lo relacionado al documento de medición y presupuesto, en el resumen del presupuesto global se refleja un importe del capítulo de seguridad y salud inferior al que se indica en el estudio de seguridad y salud por lo que existe un desfase de tres mil trescientos cincuenta y cinco euros con diecisiete céntimos (-3.355,17 €), y por tanto el importe del presupuesto reflejado no es correcto.*

*Las deficiencias detectadas en el estudio de seguridad y salud no sólo afectan a la redacción y contenido, tienen una especial incidencia en el presupuesto porque faltan varias unidades de obra por presupuestar.*

*El coste de las instalaciones provisionales de la obra (oficina, vestuarios, comedor) y de varios Epis (elementos de protección individual) que se citan en la memoria del estudio de seguridad no han sido presupuestadas por lo que la diferencia entre el coste real de las medidas preventivas de seguridad y salud y el presupuesto global será aún mayor.*

*Por último, se discrepa totalmente con la afirmación del escrito de alegaciones que dice textualmente: "en referencia a determinadas erratas existentes en el proyecto, el único perjudicado podría ser el propio concesionario, ya que en la propia ejecución se podrían subsanar in situ, todas las erratas que se contienen en la resolución de referencia, así como las posibles irregularidades, que no pudieran ser consideradas como erratas (...)".*

*Estas cuestiones inciden directamente en los trabajos que debe dirigir y supervisar la dirección facultativa, ya que lo que no esté debidamente desarrollado y presupuestado en el proyecto aprobado no podrá exigirse durante la fase de ejecución.*

*Las deficiencias detectadas afectan a las condiciones de la seguridad y salud de los trabajos y al presupuesto de la intervención y es imprescindible que sean subsanadas antes de aprobar el proyecto de ejecución (...).*

También se apoya la resolución contractual en el informe de la responsable del contrato de fecha 3 de abril de 2019, en el que ya se advertía de las consecuencias del incumplimiento de las cláusulas de pliego:

*«(...) En este punto aclarar que lo que solicita la Administración a la empresa es que cumpla con la totalidad del contrato, no con la casi totalidad del proyecto contratado. Es decir, que cumpla con lo requerido en las cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas. Para ello, se le ha requerido a la empresa, en dos ocasiones consecutivas, tal y como establece las cláusulas administrativas, para que subsanara las deficiencias existentes en el proyecto entregado, sin que las mismas fueran totalmente subsanadas. Emitiéndose un tercer informe sobre las deficiencias existentes en la documentación aportada por dicha empresa. Por ello, en cumplimiento de la cláusula 23.3 del mencionado pliego de cláusulas administrativas particulares, que establece que de producirse un nuevo incumplimiento procederá la resolución del contrato, la Administración inició expediente de resolución del contrato por causa imputable al contratista (...).»*

Y por último, también se funda la Resolución del contrato, en lo recogido en el informe del Servicio Jurídico de la Corporación de conformidad con el art. 211.2 TRLCSP, preceptivo en la instrucción de procedimientos en los que se acuerde la resolución un contrato, que fue remitido al Servicio de Patrimonio Cultural el 17 de junio de 2019.

## IV

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 223.h TRLCSP, son causa de resolución del contrato, las establecidas expresamente en el contrato.

El contrato suscrito entre las partes establece, en su cláusula Quinta, que la ejecución del contrato se efectuará en dos plazos parciales, el primero de los cuales es de dos meses para la redacción del proyecto, contados a partir del día siguiente de la firma del contrato, especificándose que en caso de que la Administración observara deficiencias o referencias inadecuadas en el proyecto recibido, se requerirá la oportuna subsanación al contratista, de conformidad con lo establecido en la cláusula 23.3 del pliego (de cláusulas administrativas particulares).

Dicha cláusula 23 dispone lo siguiente:

*«Subsanación de errores y corrección de deficiencias en el proyecto. Si los trabajos efectuados no se adecuan a prestación contratada, se hará constar así en el documento de recepción y se darán las instrucciones precisas al contratista para que subsane los defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios que le sean imputables, otorgándole al efecto el plazo de un mes.*

*Si transcurrido este plazo las deficiencias no hubieren sido corregidas, la Administración podrá, atendiendo a las circunstancias concurrentes, optar por la resolución del contrato o por conceder un nuevo plazo al contratista.*

*- En el primer caso procederá la incautación de la garantía y el contratista incurrirá en obligación de abonar a la Administración una indemnización equivalente al 25% del precio del contrato, referente a la elaboración del proyecto de ejecución.*

*- En el segundo caso, el plazo conferido para subsanar las deficiencias será de un mes improrrogable, incurriendo el contratista en una penalidad equivalente al 25% del contrato, referente a la elaboración del proyecto de ejecución.*

*De producirse un nuevo incumplimiento procederá la resolución del contrato con obligación por parte del contratista de abonar a la administración una indemnización igual al precio pactado, referente a la elaboración del proyecto de ejecución, con pérdida de la garantía».*

## V

1. De lo anterior se desprende sin dificultad, que el contratista ha incurrido en la causa de resolución contractual contenida en la cláusula Quinta del contrato: *«deficiencias o referencias inadecuadas en el proyecto recibido»* que no han sido debidamente subsanadas de conformidad con lo establecido en la cláusula 23.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares, que prevé un procedimiento *ad hoc* de subsanación y, en caso de no hacerlo, la resolución del contrato.

Así, consta en la documentación remitida que se incurrió en una primera inadecuación de la prestación contratada, haciéndosele constar a la empresa contratista, con fecha 29 de mayo de 2018, la existencia de defectos, insuficiencias técnicas y errores materiales, al objeto de que los subsane, entregando la empresa la documentación solicitada el 31 de julio de 2018.

Sin embargo, por segunda vez, mediante resolución, de fecha 26 de octubre de 2018, se concede a la empresa (...) -ante los informes advirtiendo que no se habían subsanado las deficiencias detectadas- un segundo plazo de un mes improrrogable, al objeto de que nuevamente subsane las deficiencias de la documentación entregada, imponiéndose una penalización de 1.776,90 € al contratista equivalente al 25% del precio del contrato, en cumplimiento de la cláusula 23.3 de los pliegos.

En esta ocasión el 5 de diciembre de 2018, por parte de la empresa (...), se hace entrega de la documentación, pero ésta, según los informes obrantes, tampoco

subsana las deficiencias detectadas, lo que da lugar a la puesta en marcha del procedimiento de resolución contractual.

2. Esas deficiencias no subsanadas son:

- En cuanto a la subsanación requerida para la cláusula 3: Contenido del proyecto; 5: Condiciones generales relativas a las actuaciones para la puesta en visita de los grabados rupestres, apartado q) y 6: Condiciones particulares relativas en la actuación para la conservación y consolidación de los grabados rupestres y consolidación de perfiles estratigráficos y superficies inestables con relleno arqueológico, se observa lo siguiente:

La empresa (...) presenta para la subsanación un proyecto en el que incorpora la consolidación de perfiles estratigráficos y superficies inestables con relleno arqueológico y planimetría de las zonas a consolidar. Al incorporar esta última parte, que faltaba en la documentación anteriormente entregada por la empresa, procede a informar dicho proyecto, tal como se especifica en el informe de subsanación remitido por el Cabildo el 30.10.2018, en el que decía *«Hasta tanto no se presente el proyecto de Conservación y Consolidación de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya donde se incluya la consolidación de perfiles estratigráficos y superficiales inestables con relleno arqueológico, tal y como especifica el citado pliego, no se podrá emitir un informe de supervisión de los tratamientos de conservación, consolidación y restauración del mismo»*, entendiéndose que la documentación que entrega la empresa en cuanto a la *«conservación y consolidación de los grabados rupestres»*, sigue las pautas pormenorizadas propuestas en el Apartado 4, del *«Inventario y diagnóstico de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya»* existente en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas, así como la descripción general de los grabados, excepto en el Sector 6, Panel 25 Grupo 8 dividido de la A hasta la H, que no sigue las propuestas del Apartado 4, exigido en el pliego de prescripciones técnicas. Así mismo, en muchas de las páginas se encuentran desplazadas las referencias de los Sectores, Panel y Grupo, de los grabados rupestres.

Por otro lado, falta incorporar la localización georreferenciada y la descripción de la ubicación de cada panel con grabados, requisito imprescindible en cualquier proyecto, al objeto de que en el momento de la ejecución del mismo el restaurador/a pueda localizar los grabados en la montaña e intervenir en ellos según el diagnóstico y pautas establecidas para cada uno de ellos.

No obstante, la localización georreferenciada y la descripción de la ubicación de los grabados rupestres, son datos que se encuentran en las fichas del Anexo I

«*Inventario y diagnosis de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya*» del pliego de prescripciones técnicas del expediente, pero que la empresa adjudicataria no incorpora en la documentación que aporta como proyecto. Por tanto, no se entiende cómo, pudiendo obtener dichos datos en el pliego de prescripciones técnicas, necesarios para realizar el proyecto de conservación y consolidación de los grabados rupestres, la empresa adjudicataria no los incorpora.

En conclusión, la documentación que presenta como proyecto la empresa adjudicataria, no sólo desmejora la propuesta existente en el Anexo del pliego de prescripciones técnicas del expediente, denominada «*Inventario y diagnosis de los grabados rupestres de la Montaña de Tindaya*», sino que no cumple como proyecto al carecer de datos como la ubicación y localización georreferenciada de los grabados rupestres. Así mismo, se observa que para el Sector 6, Panel 25 Grupo 8 dividido de la A hasta la H, no sigue las pautas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas.

- Falta incluir también en el presupuesto la memoria final (cláusula 6. 1) de las actuaciones para la conservación y consolidación de los grabados rupestres.

- Así mismo no cumple con la cláusula 4.1 del mencionado pliego de prescripciones técnicas, en cuanto a la forma de entrega del mismo.

- En cuanto a las subsanaciones presentadas por la empresa adjudicataria sobre las actuaciones de acondicionamiento del sendero y señalética, sigue habiendo deficiencias en la documentación presentada.

En definitiva, la documentación entregada por la empresa adjudicataria no se ajusta a lo exigido en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

3. La empresa concesionaria refuta esas deficiencias argumentando que las obligaciones que se incumplen no son esenciales, tal como establece la letra f) del art. 223 TRLCSP. Sin embargo, no es esa la causa que se esgrime para resolver el contrato, sino, como se dijo, la de la letra h): «*las demás establecidas en el contrato*», que, como se ha expuesto a lo largo del presente dictamen, prevé expresamente como causa de resolución contractual deficiencias en el proyecto no subsanadas, como es el caso (cláusula quinta del contrato, en relación con la 23.3 del Pliego de cláusulas administrativas particulares).

4. Por lo demás, se aprecia que la Propuesta de Resolución está suficientemente motivada y que no existe indefensión del contratista, pues como hemos manifestado en distintas ocasiones (ver por todos los DDCC 15/2020, 158/2019 y 547/2018), 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).

No hay constancia en el presente procedimiento de una indefensión real y efectiva por causa de alguna limitación de los medios de alegación, de prueba ni de defensa de los propios derechos e intereses de la empresa adjudicataria que pueda viciar de nulidad lo actuado.

5. Por todo lo expuesto, este Consejo considera que la Propuesta de Resolución es conforme a Derecho, por cuanto procede la resolución del contrato por causa imputable al contratista ex art. 223.h) TRLCSP.

De acuerdo con lo dispuesto en el penúltimo párrafo de la cláusula 23.3 de los Pliegos de cláusulas administrativa particulares, dándose la resolución del contrato, el contratista incurre en la obligación de abonar a la Administración una indemnización igual al precio pactado, referente a la elaboración del proyecto de ejecución, con pérdida de la garantía.

Por lo demás, de estimarse que pudieran exigirse, además, daños y perjuicios causados a la Administración, se deberá tramitarse en pieza separada la determinación de los mismos, en la que deberá concederse nueva audiencia al contratista, como establece el art. 113 RGLCAP, aplicando los criterios establecidos en este precepto.

## CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen, que resuelve el contrato denominado «Puesta en visita de los grabados rupestres de la montaña de Tindaya» por causa imputable al contratista, se considera ajustada a Derecho.