



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 203/2020

(Sección 2ª)

La Laguna, a 3 de junio de 2020.

Dictamen solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana en relación con la *Propuesta de resolución del procedimiento administrativo de resolución del contrato de obra denominado «CONDUCCIÓN CONEXIÓN LOMO DE LOS MORALES-FATAGA» adjudicado a la empresa (...) (EXP. 108/2020 CA)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por la Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana es la Propuesta de Resolución mediante la que se resuelve el contrato de obra «CONDUCCIÓN CONEXIÓN LOMO DE LOS MORALES-FATAGA».

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. 191.3.C) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) y con el art. 109.1.d), de carácter básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, preceptos que son de aplicación porque el contratista se ha opuesto a la resolución.

3. Pues bien, habiéndose adjudicado el presente contrato, según consta en el expediente remitido a este Consejo, mediante Resolución del Sr. Concejal delegado de Contratación de 17 de enero de 2019, resulta de aplicación la normativa

* Ponente: Sra. de León Marrero.

sustantiva vigente en ese momento, esto es, la citada LCSP en cuanto a los efectos, cumplimiento y extinción del contrato.

4. En relación con el expediente de contratación, éste se inicia formalmente el 2 de febrero de 2018. No obstante, no nos consta documentalmente la fecha de publicación en el perfil del contratante de la convocatoria del procedimiento para su adjudicación, aunque de la información contenida en el expediente parece desprenderse que tuvo lugar el 22 de octubre de 2018. La DT1ª de la LCSP establece que los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley se rigen por la normativa anterior, entendiendo que se inician cuando se publica la convocatoria del procedimiento de adjudicación. El pliego de cláusulas administrativas particulares señala que el régimen jurídico aplicable viene constituido por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y los reglamentos de desarrollo de las leyes hasta entonces vigentes, lo que sería conforme a la nueva Ley si efectivamente la publicación de la convocatoria hubiera tenido lugar después de su entrada en vigor el 9 de marzo de 2018 (DT1ª LCSP) y tales reglamentos no se oponen a la nueva Ley

También es aplicable la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (DT3ª) en aquello que no contradiga el pliego de cláusulas administrativas particulares, al prevalecer la norma especial sobre la general (STS de 21 de junio de 1991) como también hemos advertido en numerosos Dictámenes anteriores (por todos, Dictámenes 233/2019, de 20 de junio y 391/2019, de 7 de noviembre).

En cuanto al procedimiento de resolución contractual propiamente dicho, al haberse iniciado el expediente de resolución del contrato con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, es aplicable el plazo de ocho meses para resolver el expediente en virtud de lo dispuesto en el art. 212.8 LCSP. Así, el transcurso del plazo máximo determinaría, en caso de producirse, la caducidad del procedimiento (STS de 9 de septiembre de 2009). El plazo máximo de ocho meses, para instruir y resolver los procedimientos de resolución contractual establecido en el art. 212.8 LCSP computa desde su inicio el 1 de agosto de 2019.

En todo caso, debe tenerse en cuenta el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en cuya disposición adicional tercera se suspenden los plazos administrativos mientras dure el estado de alarma o sus prórrogas.

5. Como se ha indicado, resulta aplicable, en cuanto al procedimiento de resolución contractual, el art. 212 LCSP, que remite al desarrollo reglamentario. En

este caso, el art. 109 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, señala el procedimiento a seguir.

De la referida normativa se infiere la necesidad de emisión del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias y el informe del servicio jurídico cuando haya oposición a la resolución del contrato por parte del contratista.

Además, en el ámbito local, se preceptúa como necesarios para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con el art. 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

No consta en el expediente remitido a este Consejo para dictamen, el informe de la Secretaría e Intervención del Ayuntamiento en relación al expediente de resolución del contrato.

6. A la tramitación del procedimiento en que se ha aprobado el presente Dictamen le ha resultado de aplicación el RD 463/2020, de 14 de marzo, declarando el estado de alarma en todo el territorio nacional. En atención al mencionado RD se dictó por el Presidente de este Consejo Consultivo la Resolución 14/20, de 17 de marzo, ordenando la interrupción de los plazos para la aprobación de dictámenes, lo que ha afectado a la tramitación de este procedimiento consultivo.

No obstante, mediante Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se ha procedido al levantamiento de la suspensión declarada por el Real Decreto 463/2020, a cuyo efecto su art. 9 dispone que *«con efectos desde el 1 de junio de 2020, el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas»*.

II

Los antecedentes relevantes del presente procedimiento de resolución contractual son los siguientes:

1. Mediante Resolución del Concejal-Delegado de Contratación de fecha 17 de enero de 2019, se adjudicó a la entidad (...), el contrato de obras CONDUCCIÓN CONEXIÓN LOMO DE LOS MORALES-FATAGA, obra financiada al 50% entre el Ayuntamiento y el FDCAN (Fondo de desarrollo de Canarias) para el desarrollo del Programa Insular de Desarrollo Socioeconómico de Gran Canaria, por un importe total de 126.134,35 euros (IGIC incluido). La obra tenía un plazo de ejecución de tres meses a contar desde el acta de comprobación del replanteo, ofertando el contratista una disminución de cinco semanas. El contrato se formalizó el 12 de marzo de 2019.

2. Para responder del cumplimiento del contrato, el contratista depositó en la caja Municipal del Ayuntamiento el importe de 5.894,3 € en concepto de fianza definitiva, mediante carta de pago.

3. Con fecha 31 de enero de 2019, la empresa envía el Plan de Seguridad y Salud mediante correo electrónico, siendo el mismo posteriormente corregido con fecha 21 de febrero a petición de la Coordinadora de Seguridad y Salud.

4. Tras la firma del contrato, la Dirección Técnica cita al contratista para el día 4 de abril, al objeto de llevar a cabo el Acta de comprobación de replanteo. A dicha cita no acude el contratista y presenta escrito (registro de entrada núm. 8.134) solicitando que el acta de replanteo se firme negativamente o se posponga hasta tanto se resuelvan ciertas cuestiones, concretamente: 1) la inestabilidad del Túnel de Los Sitios, 2) el error en la medición de la tubería, lo que supondría que la liquidación de la obra superaría el 10 % y 3) la no aprobación del Plan de Seguridad y Salud por parte del Ayuntamiento, según expone.

5. El día 15 de abril de 2019 la entidad (...) presenta escrito en el que manifiesta que por la Coordinadora de Seguridad y Salud se le requiere la modificación del Plan de Seguridad y Salud al objeto de añadir medidas preventivas para eliminar los riesgos de desprendimientos de materiales.

6. En respuesta al escrito se emite informe por la Dirección Técnica (29 de abril de 2019) cuyo tenor es el siguiente:

«ANTECEDENTES

I. Con fecha 6 de diciembre de 2018, se dicta Decreto n.º 5072 de 7 de diciembre 2018, que declara oferta más ventajosa la presentada por (...)

II. Por Decreto n.º 145 de fecha 17 de enero de 2019, se adjudicó a (...) la obra anteriormente mencionada.

III. Con fecha 22 de enero, (...) realiza una inspección de las obras, según consta en su escrito presentado el 4 de abril de 2019 con registro de entrada n.º 8.134.

IV. Con fecha 31 de enero, (...) envía el Plan de Seguridad y Salud, mediante correo electrónico.

V. Con fecha 5 de febrero, el Il. Ayto. de San Bartolomé de Tirajana nombra a (...) coordinadora en materia de seguridad y salud, durante la ejecución de las obras.

VI. Con fecha 19 de febrero, (...), coordinadora de seguridad y salud, envía informe de correcciones al Plan de Seguridad y Salud (PSS).

VII. Con fecha 21 de febrero, (...) envía el Plan de Seguridad y Salud corregido mediante correo electrónico.

VIII. Con fecha 12 de marzo de 2019 se firma el Contrato de la Obra.

IX. Con fecha 12 de marzo (...), coordinadora de seguridad y salud, emite informe favorable del Plan de Seguridad y Salud (PSS).

X. Con fecha 19 de marzo el Il. Ayto. de San Bartolomé de Tirajana procede a la aprobación formal del Plan de Seguridad y Salud (PSS).

XI. Con fecha 2 de abril se convoca a (...) para la firma de Acta de Comprobación de Replanteo para el viernes 4 de abril de 2019, mediante correo electrónico.

XII. Con fecha 4 de abril de 2019, (...) presenta un escrito con registro de entrada N.º 8134, en que solicita que se firme el acta de replanteo negativa o se posponga, donde duda de la estabilidad del túnel y plantea un modificación del proyecto.

XIII. Con fecha 10 de abril de 2019, en respuesta al escrito anterior, la dirección técnica insta a (...) a presentar un Informe elaborado por Técnico Competente (Ingeniero de Minas, Geólogo, etc.) que verifique dicha inestabilidad supuesta, para su posterior posible consideración.

XIV. Con fecha 15 de abril de 2019, (...) presenta un nuevo escrito con registro de entrada nº9.014, donde sigue dudando de la estabilidad del túnel y planteando un modificación del proyecto sin aportar ningún tipo de informe técnico que lo demuestre.

Con relación a este último escrito remitido por (...), vuelve a reiterarse en lo mismo que en su escrito anterior, sin aportar Informe Técnico (tal y como se le

indicó en escrito de fecha 10 de abril de 2.019) por lo que esta Dirección de Obra, sigue solicitando dicho Informe Técnico.

Con respecto a considerar [por la empresa (...)] la obra dentro del ANEXO II, artículo 5.5 del RD 1672/ 1997, se considerará, si el informe técnico solicitado avala dicha inestabilidad

Visto lo expuesto, y habiendo transcurrido más de 30 días desde la firma de contrato, tiempo que estipula el PLIEGO DE CONDICIONES para la firma del Acta de Comprobación del Replanteo y no aportando ninguna justificación técnica, ni tan siquiera se realiza la firma del Acta de Comprobación de Replanteo, es por lo que esta Dirección Técnica propone al Órgano de Contratación se realicen cuantas actuaciones jurídicas estime convenientes».

III

En cuanto a la tramitación del procedimiento de resolución contractual, constan las siguientes actuaciones:

1. El 1 de agosto de 2019, se dicta providencia de incoación de expediente de resolución contractual (según se indica en Decreto del Concejal Delegado de Contratación de 8-11-2019).

2. Mediante Resolución del Concejal-Delegado de Contratación núm. 4023-04 de 7 de octubre de 2019, se da traslado a la entidad del informe emitido por la Dirección Técnica al objeto de acreditar, en el plazo de diez (10) días hábiles, mediante informe elaborado por Técnico competente (ingeniero de Minas, Geólogo, etc.) la supuesta inestabilidad del túnel objeto de la obra, advirtiéndole que de no cumplirse con el requerimiento, se iniciará procedimiento de resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en el art. 245.a) LCSP. Dicho plazo vencía el día 22 de octubre 2019.

3. Con fecha 21 de octubre de 2019 la entidad presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta sucintamente que el informe sobre la supuesta inestabilidad ya fue aportado el 4 de abril bajo el título «*informe inicial sobre la ejecución de las obras CONDUCCIÓN CONEXIÓN LOMO DE LOS MORALES-FATAGA*», y que la exigencia que traslada el Ayuntamiento sobre el estudio geotécnico corresponde a la propia Administración.

4. Con fecha 28 de octubre de 2019, la dirección técnica de las obras reitera su escrito de 29 de abril de 2019 y propone a la Administración que adopte las medidas jurídicas oportunas.

5. Frente a las alegaciones del contratista, la Dirección Técnica de las obras con fecha 21 de noviembre de 2019, reitera el informe-propuesta realizado el 28 de octubre de 2019. No obstante, en este informe reconocen una serie de problemas dentro del túnel que se intentaron resolver con el técnico de la empresa (...) vía medición y liquidación, pero ponen de manifiesto que dicho técnico ya no presta servicios para la contratista.

6. El 31 de octubre de 2019, por el Concejal Delegado de Contratación se acuerda que se inicie expediente de resolución de contrato si hubiera causa para ello, y se emita informe por la técnica de contratación sobre legislación aplicable y procedimiento a seguir.

7. El 5 de noviembre de 2019, se emite informe técnico que indica la legislación y el procedimiento a seguir y propone la resolución del contrato.

8. El 8 de noviembre de 2019, por Decreto del órgano de contratación se concede trámite de audiencia al contratista sobre la resolución del contrato, notificado al interesado el 11 de noviembre de 2019.

9. El 20 de noviembre de 2019, el contratista se opone a la resolución del contrato mediante escrito de alegaciones.

10. El 12 de marzo de 2020, la técnica municipal de contratación emite propuesta de resolución en la que considera que procede la resolución del contrato por causa imputable al contratista, por demora injustificada en la comprobación del replanteo.

IV

1. La propuesta de resolución considera que existe causa de resolución, por demora injustificada por parte del contratista en la comprobación del replanteo [art. 245.a) LCSP], momento que marca el inicio de la ejecución del contrato, conforme a los arts. 237 LCSP y 33 PCAP.

El acta de comprobación del replanteo no fue firmada por el contratista, que no asistió a este acto, presentando escritos de 4, 15 de abril y 21 de octubre de 2019 en

los que solicita la revisión de la estabilidad del túnel, la modificación del proyecto de obra y del Plan de Seguridad y Salud, justificando las causas para ello.

Para la Administración, la falta de asistencia al acto de comprobación del replanteo denota falta de voluntad de cumplir con lo pactado.

La Administración parte de que es la Dirección Técnica, con la cualificación que le es propia, a quien compete la inspección, comprobación y vigilancia de la obra.

El Plan de Seguridad y Salud fue informado favorablemente por la Coordinadora de Seguridad y Salud y fue aprobado por el Ayuntamiento el 19 de marzo de 2019.

La adjudicación del contrato tuvo lugar el 17 de enero de 2019, la entidad adjudicataria realiza visita a la zona el día 22 de enero, el 21 de febrero redacta el Plan de Seguridad y Salud y el 12 de marzo firma el contrato, sin hacer mención a lo que manifiesta después en su escrito de 4 de abril, una vez citado a la comprobación del replanteo, sin aportar ningún documento que avale la supuesta inestabilidad del túnel, además de no demostrar interés en la ejecución de la obra, la cual supone el 75% del presupuesto fuera del túnel.

2. El pliego de cláusulas Administrativas particulares que rige esta contratación se refiere a la comprobación del replanteo e inicio de la obra en la cláusula 33 y a la resolución del contrato en la cláusula 42, en la que se recoge como causa para resolver el mismo la demora injustificada por parte del contratista en la comprobación del replanteo.

3. Aunque es cierto que la entidad adjudicataria reaccionó tardíamente, presentando el Plan de Seguridad y Salud, con sus rectificaciones, que fue informado favorablemente por el Coordinador de Seguridad y Salud y aprobado por el Ayuntamiento el 19 de marzo de 2019, y firmó el contrato de obras el 12 de marzo de 2019, la propuesta de resolución obvia la responsabilidad que en todo caso asume el contratista en relación con la seguridad y salud de los trabajadores (cláusula 38 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración, de la Dirección de Obra y del Coordinador de Seguridad y Salud, máxime en este caso en que los proyectos no son elaborados por el contratista de las obras, sino por la Administración.

El objeto del contrato según la cláusula 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares consiste en la realización de las obras de Conducción conexión Lomo de Los Morales-Fataga. La realización del proyecto que sirve de base a la obra y el estudio geotécnico del terreno es responsabilidad de la Administración o en su caso

de los autores de los proyectos a quienes contrate para ello, no es responsabilidad del contratista de las obras. No obstante, éste debe velar por la seguridad de la obra para sus trabajadores, máxime cuando parte de la obra se desarrolla en un túnel considerado trabajo de especial peligrosidad en el RD 1627/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción

Es necesario y obligatorio respetar todas las normas técnicas que tratan de asegurar la seguridad y la salud de los trabajadores en las obras de construcción (art. 233.5 LCSP). El art. 233.3 LCSP exige salvo que resulte incompatible con la naturaleza de la obra, que el proyecto incluya un estudio geotécnico de los terrenos sobre los que ésta se va a ejecutar. Asimismo, el RD 1627/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, hace referencia a trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores, entre los que se incluyen los ejecutados en túneles.

El art 233.4 LCSP establece que: *«Cuando la elaboración del proyecto haya sido contratada íntegramente por la Administración, el autor o autores del mismo incurrirán en responsabilidad en los términos establecidos en esta Ley. En el supuesto de que la prestación se llevara a cabo en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las responsabilidades se limitarán al ámbito de la colaboración.»*

«Cuando el proyecto incluyera un estudio geotécnico y el mismo no hubiera previsto determinadas circunstancias que supongan un incremento en más del 10 por ciento del precio inicial del contrato en ejecución, al autor o autores del mismo les será exigible la indemnización que establece el artículo 315, si bien el porcentaje del 20 por ciento que este indica en su apartado 1 deberá sustituirse, a estos efectos, por el 10 por ciento.»

Hay una serie de cuestiones que no han quedado claras en los informes de la Dirección Técnica y del Coordinador de Seguridad y Salud, pues no se trata de que el contratista presente un informe pericial que acredite la inestabilidad del túnel para que la Administración quede obligada a cumplir todas las normas técnicas de seguridad y salud, sino que la Administración debe haber cumplido al elaborar los proyectos todas las normas técnicas de obligado cumplimiento para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, y el contratista tiene derecho y legitimación y al mismo tiempo la obligación de exigir a la Administración que lo acredite antes del comienzo de las obras, pues también es garante y responsable de su cumplimiento

junto con la Administración, siendo las posibles responsabilidades en caso de accidente de los trabajadores de naturaleza penal, civil, administrativa y social.

Por otra parte, como señalábamos en el Fundamento I.5, se preceptúa como necesarios para la resolución del contrato los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación, de acuerdo con el art. 114.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

En consecuencia, la propuesta de resolución contractual no se ajusta a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento a efectos de solicitar el informe preceptivo de la Secretaría e Intervención municipal, así como informes ampliatorios pormenorizados de la Dirección Técnica de las Obras y del Coordinador de Seguridad y Salud que den respuesta a las siguientes cuestiones:

1) Si al ejecutarse parte de las obras del proyecto en un túnel, la obra estaría comprendida en el art 2.1 b) y anexo II y IV C) 9.b) del RD 1627/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, en el que se hace referencia a trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores.

2) Si la ejecución de las obras en un túnel obliga a contar con un estudio geotécnico del terreno, teniendo en cuenta lo que dispone el art. 233.3 LCSP y la jurisprudencia de los Tribunales [valga de ejemplo la STS de 28 de marzo de 2005, sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2011, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2421/2010 de 4 octubre].

Señala esta última: *«Es cierto que el Plan de Seguridad y Salud de la Obra no preveía específicamente la realización de un estudio geotécnico del terreno ni la entibación de las paredes de la excavación donde se produjo el siniestro, ya que la obligación de entibar las paredes a partir de 1,30 metros se impone en el apartado relativo a zanjas y pozos. Ahora bien, el Real Decreto 1627/97, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de Construcción, establece en su anexo IV, Parte C, que en las excavaciones, pozos, trabajos subterráneos o túneles deberán tomarse las precauciones adecuadas para prevenir los riesgos de sepultamiento por desprendimiento de tierras, caída de personas, tierras, materiales u objetos, mediante sistemas de entibación, blindaje, apeo, taludes u otras medidas adecuadas (apartado 9-b) I), obligación que la empresa recurrente ha incumplido frontalmente)».*

3) Si el proyecto cuenta con un estudio geotécnico del terreno.

4) Si la ejecución de la obra obliga a proceder al desescombro y achicado de aguas dentro del túnel, si estos trabajos estaban previstos en el proyecto inicial y, en caso negativo, si se han previsto sus consecuencias en la duración de las obras y en el presupuesto de las mismas.

5) Si existe error de medición en las tuberías y si este error podría suponer un incremento del presupuesto superior al 10%.

6) Si el estudio de seguridad y salud contempla el riesgo de ejecución de trabajos en túnel y las medidas preventivas necesarias, de acuerdo con la normativa vigente aplicable.

7) Si el presupuesto del contrato refleja fielmente los trabajos necesarios a desarrollar.

8) Si la Dirección de la Obra y el Coordinador de Seguridad y Salud han comprobado sobre el proyecto y sobre el terreno la realidad de lo alegado por la empresa contratista.

9) Titulación, cualificación técnica y experiencia profesional de la Dirección de Obras y del Coordinador de Seguridad y Salud.

Una vez completado e instruido el procedimiento en estos términos, habrá de darse el preceptivo trámite de vista y audiencia al contratista, tras lo cual, una vez recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo sin que las hubiere efectuado, se habrá de elaborar una nueva Propuesta de Resolución que dé respuesta detallada a todas estas cuestiones, a efectos de poder determinar si existe o no causa de resolución del contrato.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución contractual no se ajusta a Derecho, debiendo retrotraerse el procedimiento en los términos señalados en el Fundamento IV del presente dictamen.