

“EL CONCEJAL, LA OBRA Y LA CONCESIÓN IRREGULAR”

INFORME JURÍDICO

María Mariño Montes 4ºGrado en Derecho Turno de Mañana

ÍNDICE

<u>ANTECEDENTES Y CUESTIONES</u>	3
<u>CUESTIÓN I. Análisis de la licitud del contrato de obra pública y las posibles acciones ejercitables por la empresa DNTC S.A., exponiendo los trámites legales para la adjudicación de la obra</u>	4
I.1. Caracterización general del contrato de obra pública	4
I.2. Acerca de la licitud del contrato de obra pública.....	13
I.3. Sobre las posibles acciones ejercitables por DNTC S.A.....	18
<u>CUESTIÓN II. Valoración jurídica de las posibles consecuencias jurídicas del incumplimiento de la empresa adjudicataria de la obra, haciendo hincapié en las posibles acciones ejercitables, los sujetos legitimados para ello y los tribunales competentes para conocer sobre dichas acciones.....</u>	20
II.1. El procedimiento de ejecución de los contratos de obras públicas.....	20
II.2. Validez de la subcontratación realizada.....	23
II.3. Accidente del trabajador autónomo.....	27
II.4. Responsabilidades exigibles y acciones ejercitables.....	35
<u>CUESTIÓN III. Valoración jurídica sobre la adopción por parte de la empresa PCSP S.L., de la decisión de presentarse al proceso de adjudicación.....</u>	36
<u>CUESTIÓN IV. Examen de las acciones, responsabilidades y posibles consecuencias jurídicas derivadas del daño transfronterizo.....</u>	41
IV.1. Régimen de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.....	41
IV.2. Responsabilidades exigibles y acciones ejercitables.....	42
IV.2.1. La responsabilidad administrativa.....	43
IV.2.2. La responsabilidad civil.....	43
IV.2.3. La responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Ayamonte.....	46
IV.2.4. La responsabilidad penal.....	47
<u>CUESTIÓN V. Redacción de los documentos necesarios para iniciar acciones legales por los sujetos legitimados para ello.....</u>	48
V.1. Declaración de nulidad de la adjudicación.....	48
V.2. Denuncia por la muerte del trabajador autónomo.....	50
V.3. Reclamación por los daños patrimoniales.....	55
V.4. Denuncia por daños medioambientales.....	59
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	63

Se solicita informe razonado acerca del Contrato de Obra para la instalación de la canalización de aguas residuales del Ayuntamiento de Ayamonte

El presente informe se realizará con base en los siguientes

ANTECEDENTES

- I. Con fecha 28 de enero de 2013, el Ayuntamiento de Ayamonte licita la instalación de la canalización de aguas residuales por un valor de 250.000€ y una duración de tres meses. Al procedimiento de adjudicación concurren dos empresas: DNTC, S.A., con domicilio social en Oporto (Portugal) y la empresa PCSP, S.L., con domicilio social en Monforte de Lemos (España). La obra se adjudica finalmente a la empresa PCSP, S.L.. A ambas empresas se les notifica la adjudicación el 25 de febrero de 2013. Dicha adjudicación no es publicada en ningún diario oficial.
- II. Las obras se inician el día 1 de marzo de 2013 y el 2 de marzo, por indicación del concejal de Urbanismo del Ayuntamiento de Ayamonte, la empresa adjudicataria modifica el trazado inicial de la red de canalización, con la siguiente modificación de las condiciones de licitación, para que la canalización transcurra por una calle en la que el hijo del concejal es titular de una vivienda unifamiliar.
- III. Durante todo el transcurso de la obra, la empresa PCSP S.L, no abona los salarios a sus trabajadores. Además, desde el 1 de diciembre de 2012 no abona a la Seguridad Social las cotizaciones y no retiene a los trabajadores el IRPF, que no es abonado a la Agencia Tributaria.
- IV. El 9 de marzo de 2013, se produce un accidente en la zanja instalada delante de la vivienda del hijo del concejal, en la que fallece un trabajador autónomo, al que la empresa adjudicataria subcontractara la instalación de tuberías. El accidente ocurrió de la siguiente forma: el fallecido colocaba tuberías en una zanja abierta previamente con una máquina retroexcavadora, tuberías que debía colocar en el fondo de dicha zanja, asentarla y nivelarla. La zanja en la que el trabajador estaba trabajando tenía las siguientes dimensiones: un metro de ancho, paredes verticales y una profundidad variable de dos metros y cincuenta y dos centímetros. Además, tampoco contaba con paredes apuntaladas ni muros de contención. El pliego de condiciones técnicas de la obra establecía que las zanjas deberían estar apuntaladas y contar con muros de contención, y además, tener las siguientes dimensiones: tres metros de profundidad y dos metros de ancho.
- V. Como consecuencia del accidente, se produce un fallo general en el sistema de aguas residuales, que provoca vertidos contaminantes en un acuífero transfronterizo con Portugal, causando intoxicaciones a diversos ciudadanos portugueses de municipios fronterizos y arruinando las cosechas de dichos municipios. Los daños ascienden a seis millones de euros.

En base a los anteriores antecedentes se plantean las siguientes

CUESTIONES

- I. Análisis de la licitud del contrato de obra pública y las posibles acciones ejercitables por la empresa DNTC S.A., exponiendo los trámites legales para la adjudicación de la obra.
- II. Valoración jurídica de las posibles consecuencias jurídicas del incumplimiento de la empresa adjudicataria de la obra, haciendo hincapié en las posibles acciones ejercitables, los sujetos legitimados para ello y los tribunales competentes para conocer sobre dichas acciones.
- III. Valoración jurídica sobre la adopción, por parte de la Sociedad PCSP S.L., de la decisión de presentarse al proceso de adjudicación.
- IV. Examen de las acciones, responsabilidades y posibles consecuencias jurídicas derivadas del daño transfronterizo
- V. Redacción de todos los documentos necesarios para poder iniciar acciones legales por los sujetos legitimados para ello.

I. Acerca de la licitud del contrato de obra pública y las posibles acciones ejercitables por la empresa DNTC S.A., exponiendo los trámites legales para la adjudicación de la obra.

I.1. Caracterización general del contrato de obra pública en la legislación vigente.

El contrato de obra pública aparece regulado en el artículo 6 del Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP) que lo define , en su apartado primero como: *“aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.”* Por otra parte, el apartado 2 de dicho artículo señala que por obra *“se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por si mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble”*.

De esta forma un contrato puede calificarse como contrato público de obras únicamente si su objeto comprende la ejecución de algunos de los trabajos enumerados en el Anexo I. El supuesto presentado se encuadra en la división 45, grupo 2, clase 21 de dicho Anexo, al tratarse de la instalación de la canalización de aguas residuales.

Es importante puntualizar que no se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada, ya que la cuantía del presente contrato no alcanza los 5.186.000 € que establece el artículo 14.1 del TRLCSP.

A fin de determinar la licitud del presente contrato de obra pública y las posibles acciones ejercitables por la empresa DNTC S.A., resulta necesario analizar pormenorizadamente todo el procedimiento de elaboración del contrato, tanto sus actuaciones preparatorias, como su contenido y procedimiento de adjudicación.

El iter procedimental a seguir para la adjudicación del contrato es el siguiente:

1º. Elaboración del expediente de contratación (art.109 TRLCSP)

1.1 Fase precontractual (art.22)

1.2 Fase contractual

1.2.1 Parte técnica

1.2.2 Parte jurídica

1.2.3 Parte financiera

1.3 Aprobación del expediente

2º. Procedimiento de adjudicación

2.1 Anuncio de licitación

2.2 Proceso de presentación de proposiciones

2.3 Adjudicación del contrato

2.2.1 Adjudicación provisional

2.2.2 Adjudicación definitiva

3º. Formalización del contrato

Por lo que respecta a la elaboración del expediente de contratación (art.109 TRLCSP), ha de destacarse que celebración del contrato requiere la previa tramitación del mismo, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato (artículo 3 TRLCSP). A tal efecto, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas (art. 22 TRLCSP). Igualmente, el expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, pues el objeto del contrato ha de estar completamente determinado (art. 109 TRLCSP).

En el caso del contrato de obras, el expediente de contratación administrativa deberá contener los siguientes documentos:

1º. Elaboración, supervisión, en su caso, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto, que definirá con precisión el objeto del contrato.

2º. Pliego de cláusulas administrativas particulares informado por el Servicio jurídico respectivo.

3º. Certificado de existencia de crédito presupuestario o documento que legalmente lo sustituya.

4º. Fiscalización previa de la Intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, o en las normas presupuestarias aplicables a las restantes Administraciones Públicas.

Para ser más precisos en el análisis, utilizaremos la siguiente división del contenido del expediente:

- Fase precontractual
- Parte técnica, cuyo contenido principal es el proyecto de obra.
- Parte jurídica, constituida por el Pliego de cláusulas administrativas generales y particulares
- Parte financiera, integrada por el certificado de crédito presupuestario y fiscalización previa

En la fase precontractual se ha de aportar toda la documentación relativa a la necesidad e idoneidad del contrato que se pretende tramitar, describiendo las necesidades a satisfacer.

Por lo que respecta a la fase contractual, y más concretamente a su parte técnica, el proyecto de obra, componente principal de la parte técnica del expediente, aparece regulado en los artículos 121 a 126 TRLCSP.

El mencionado artículo 121 establece que, la adjudicación de un contrato de obras requerirá la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto que definirá con precisión el objeto del contrato. Además, dicho artículo señala que la aprobación del proyecto corresponderá al órgano de contratación, salvo que tal competencia esté específicamente atribuida a otro órgano por una norma jurídica.

El contenido del proyecto está determinado en el artículo 123 que dispone que todo proyecto deberá comprender lo siguiente:

- una memoria en la que se describa el objeto de las obras y que recogerá los antecedentes y la situación previa a las mismas, las necesidades a satisfacer y la justificación de la solución adoptada. Además, debe detallar los factores de todo orden que tengan que ser tenidos en cuenta.
- los planos de conjunto y de detalle necesarios para que la obra quede perfectamente definida, así como los que delimiten la ocupación de terrenos y la restitución de servidumbres y demás derechos reales, en su caso, y servicios afectados por su ejecución.
- el pliego de descripciones técnicas particulares, en el que se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, con expresión de la forma en que ésta se llevará a cabo, las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista, y la manera en que se llevará a cabo la mediación de las unidades ejecutadas y el control de la calidad de los materiales empleados y del proceso de ejecución

- un presupuesto que exprese los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, y el estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración.
- un programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra de carácter indicativo, con previsión, en su caso, del tiempo y el coste.
- las referencias de todo tipo en que se fundamentará el replanteo de la obra
- el estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras.
- cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario.

Una vez elaborado el proyecto se habrá de proceder a su supervisión. En los contratos de cuantía superior a 350.000 euros, los órganos de contratación deberán solicitar un informe de las correspondientes oficinas o unidades de supervisión de los proyectos encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario así como la normativa técnica que resulten de la aplicación para cada tipo de proyecto. En este caso, el proyecto es de una cuantía inferior a la señalada, por lo que este informe tendrá carácter facultativo. (artículo 125 TRLCSP).

Una vez supervisado, cumplidos los trámites establecidos y solicitados los informes que sean preceptivos o se estimen necesarios para la aprobación de las obras, el órgano de contratación resolverá sobre la aprobación del proyecto.

La resolución de aprobación del proyecto efectuará una declaración expresa de que reúne cuantos requisitos son exigidos por la Ley y por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Una vez aprobado el proyecto y previamente a la tramitación del expediente de contratación de la obra, se procede a efectuar el replanteo del mismo, el cual consiste en comprobar la realidad geométrica de la obra y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución, que será requisito indispensable para la adjudicación en todos los procedimientos, asimismo se deben comprobar cuantos supuestos figuren en el proyecto elaborado y sean básicos para el contrato a celebrar (artículo 126 TRLCSP). Una vez realizado el replanteo, se incorporará el proyecto al expediente de contratación.

Como en el supuesto no se nos dice nada sobre esta parte, se habrá de suponer que se ha realizado conforme a lo previsto en las normas legales.

Por lo que hace referencia a la parte jurídica de la fase contractual, el contenido de la misma se plasma en los pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares.

El pliego de cláusulas administrativas generales aparece regulado en el artículo 114 TRLCSP. Según lo establecido en dicho artículo, puede definirse como el conjunto de normas reglamentarias destinadas a la regulación de los contratos públicos de forma

general. Es elaborado por el Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios interesados, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda y previo dictamen del Consejo de Estado.

Por su parte, el pliego de cláusulas administrativas particulares, regulado en el artículo 115 TRLCSP es el que incluye los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes y a cuyo contenido deberá ajustarse el contrato que se pretenda llevar a cabo y cuyas cláusulas se considerarán integrantes del mismo.

Su aprobación, tal y como establece el artículo 115.1, deberá hacerse antes de la autorización del gasto o conjuntamente con ella y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación. Dicha aprobación, como señala el artículo 115.4, corresponde al órgano de contratación.

En este caso, el supuesto tampoco hace referencia a su elaboración, por lo que también habrá de suponerse que se ha realizado conforme a la forma prevista en el TRLCSP y a sus normas de desarrollo.

En fin, en cuanto a la parte financiera del contrato, al expediente de contratación habrá de incorporarse el certificado de existencia de crédito¹ expedido por el órgano competente de la Administración Pública contratante. Una vez completado el expediente de contratación, con cuanta documentación sea necesaria, por el Servicio correspondiente se formulará la consiguiente propuesta de gasto, y en su caso, se enviará a la Intervención para su preceptiva fiscalización.

Efectuado el trámite de la fiscalización del gasto por la Intervención correspondiente, se elevará al Órgano de Contratación para que proceda, en resolución motivada, a la aprobación del expediente y del gasto, al tiempo que se acuerda la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato, es decir, su licitación.

Tampoco aparece referencia alguna a esta parte en el supuesto, por lo que habrá de suponerse que también se ha llevado a cabo siguiendo el procedimiento legalmente establecido.

El artículo 110.1 del TRLCSP establece que, una vez completado el expediente, se dictará una resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación.

Como se ha tenido ocasión de señalar, conforme al artículo 109.1 TRLCSP, para iniciar un expediente de contratación debe justificarse el motivo por el que se tramita, justificación que debe realizarse, sobre todo, respecto del objeto del contrato en los términos que establece el artículo 86 TRLCSP, por lo que una vez se haya establecido esa justificación, el órgano de contratación manifiesta la concurrencia de su necesidad en el acto de aprobación. Así, una vez completados todos los trámites necesarios y presentados todos los informes pertinentes, el órgano de contratación realiza el acto de aprobación del expediente, que produce efectos para terceros y para él mismo.²

¹ Vid. artículo 109 TRLCSP

² Informe 31/05 de la Junta Catalana de Contratación Administrativa, de 29 de junio de 2005: “Inicio del expediente de contratación”.

Por lo que respecta al procedimiento de adjudicación del contrato, cuando un Poder Adjudicador tiene la voluntad de adjudicar un contrato, en primer lugar, deberá, como ya se ha expuesto, tramitar el correspondiente expediente de contratación. A continuación procederá a la aprobación de dicho expediente, eligiendo el procedimiento de adjudicación del contrato. El siguiente trámite consiste en dar a conocer su intención, a todos los empresarios interesados a través de un anuncio de licitación. Una vez lo haya anunciado, procederá a seleccionar al Contratista de entre los presentados y adjudicará el contrato al contratista seleccionado. Una vez adjudicado, formalizará el contrato y una vez formalizado, procederá a su ejecución.³

La adjudicación de los contratos con las Administraciones Públicas se rige por los principios de igualdad y transparencia, ya que tal y como establece el TRLCSP en su artículo 139, los órganos de contratación habrán de dar a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y además, deberán ajustar sus actuaciones al principio de transparencia. Ahora bien, para poder garantizar que dicho procedimiento se ajusta a los principios mencionados, la ley se vale de otro principio, el de publicidad.

El anuncio de licitación del contrato es el medio que tiene el órgano de contratación para dar a conocer su intención de llevar a cabo un procedimiento de adjudicación. Así, el artículo 142 del TRLCSP establece que los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas deberán anunciarse en el “Boletín Oficial del Estado”⁴. No obstante, también señala que cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, la publicación en el “BOE” podrá sustituirse por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales. Además, el apartado 4º de dicho artículo exige que el anuncio de la licitación se publique, asimismo, en el perfil de contratante del órgano de contratación.

Por su parte, el artículo 143 TRLCSP señala que serán los órganos de contratación quienes fijen los plazos para la recepción de las ofertas y las solicitudes de participación pero teniendo en cuenta el tiempo que sea necesario para prepararlas, atendiendo a la complejidad del contrato y respetando, en todo caso, los plazos mínimos que fije la ley.

Las proposiciones y las solicitudes de participación se han de realizar conforme a lo establecido en los artículos 145 y 146 TRLCSP. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y además, el artículo 145.1 pone de manifiesto que la presentación supone “*la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna*”. Por otro lado, el apartado 3º de dicho artículo establece que cada licitador sólo podrá presentar una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147⁵ sobre la admisibilidad de

³ Menéndez Gómez, Emilio: *Contratos del Sector Público: Contratos de Obras Públicas*. Ed. Aranzadi SA. Pamplona. 2008. Pp. 224-225

⁴ Excepto los procedimientos negociados que se sigan en casos distintos contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 177 (artículo 142.1 TRLCSP).

⁵ **Artículo 147. Admisibilidad de variantes o mejoras.**

1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

variantes o mejoras y en artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en una subasta electrónica, y tampoco podrá suscribir propuestas en unión temporal con otros si lo ha hecho de forma individual.

El artículo 146.1 TRLCSP establece la documentación básica que habrá de aportarse con la proposición:

- La que acredite la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación.
- La que acredite la clasificación de la empresa, en su caso, o justifique los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.
- Una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar. Esta declaración incluirá la manifestación de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba presentarse, antes de la adjudicación, por el empresario a cuyo favor se vaya a efectuar ésta.
- En su caso, una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones.
- Para las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, la declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.

El apartado 4º de dicho artículo contempla la posibilidad de que el órgano de contratación, si lo estimase conveniente, podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. En tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación, deberá acreditar ante el órgano de contratación, previamente a la adjudicación del contrato, la posesión y validez de los documentos exigidos. En todo caso bastará con esta declaración responsable en los contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros. Pero en tal hipótesis, el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación

2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

3. En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes o mejoras no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios.

acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato.

La Administración comprobará la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia en el momento en el que finalice el plazo de la presentación de proposiciones.

El procedimiento a seguir para llevar a cabo la adjudicación, como se ha dicho, habrá de explicitarse en el anuncio de la licitación y a la vista de los datos que nos aporta el supuesto, podemos deducir que en este caso se trata de un Procedimiento abierto, regulado en los artículos 157 y ss del TRLCSP. Las razones son las siguientes:

- En primer lugar, como no se nos dice nada de que el Poder Adjudicador haya escogido a los candidatos, ha de entenderse que cualquier empresario interesado podrá presentar una proposición. Esto excluye la posibilidad de que se trate de un procedimiento restringido.
- En segundo lugar, tampoco se indica que los empresarios hayan podido negociar los términos del contrato con los licitadores, por lo que ha de excluirse el procedimiento negociado.

En el procedimiento abierto, tal y como establece el artículo 159 TRLCSP, el plazo de presentación de proposiciones tiene que ser de mínimo 26 días.

Por lo que respecta a la adjudicación del contrato, una vez se hayan recibido todas las proposiciones, el Órgano de Contratación se reunirá y contará con la asistencia de la Mesa de Contratación, que será la encargada de valorar todas y cada una de las proposiciones recibidas (artículo 320 TRLCSP).

Los contratos se adjudican a la oferta económicamente más ventajosa, utilizando para su determinación uno o varios criterios. Estos criterios de valoración se especifican tanto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares como en el anuncio de la licitación y están vinculados al objeto del contrato, tal y como establece el artículo 150 TRLCSP.

Cabe la posibilidad de usar un solo criterio de valoración, pero éste ha de ser el precio. Si se consideran varios criterios, se da mayor relevancia a los que hagan referencia a las características del objeto del contrato y su valoración puede llevarse a cabo mediante la asignación de cifras o porcentajes a dichos criterios, por aplicación de las fórmulas que se hubiesen establecido en los pliegos de cláusulas administrativas particulares (artículo 150.1 TRLCSP).

Valoradas todas las proposiciones, la Mesa de Contratación concluirá sus actuaciones enviando al Órgano de Contratación una “propuesta de adjudicación” a favor del licitador, que como se ha dicho anteriormente, haya presentado la oferta económicamente más ventajosa. Recibida dicha propuesta, el Órgano de Contratación, en resolución motivada, procederá a su adjudicación provisional (artículo 151.4 TRLCSP), en los plazos preclusivos establecidos en la Ley y en los términos que se deduzcan de dicha propuesta, sin que pueda declarar desierta la licitación, a su notificación a los candidatos y a su publicación en un Diario Oficial o en el perfil del contratante (artículo 42.2 in fine y 135.3 TRLCSP). Además, conforme al artículo 151.2

TRLCSP, la notificación al licitador de que ha sido seleccionado como adjudicatario provisional debe ser enviada en el plazo de 10 días y debe requerírsele la siguiente documentación:

- Garantía definitiva
- Documentos acreditativos de cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.
- Acreditación del hecho de disponer de los medios a los que se haya comprometido

La adjudicación definitiva del contrato se producirá cuando, transcurridos, al menos 5 días hábiles desde su publicación, el adjudicatario haya presentado la documentación justificativa, que sea necesaria, según el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder llevar a cabo la formalización del contrato.

El anuncio de adjudicación es publicado en el perfil del contratante y se notifica a todos los licitantes, y debe incluir toda la información prevista en el artículo 151.4 TRLCSP:

- Exposición de las razones por las que se desestima las ofertas de los candidatos descartados.
- Razones de exclusión de licitadores en el procedimiento de adjudicación.
- Nombre del adjudicatario, características de su oferta y motivos por los que ha sido seleccionado.
- Información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40 TRLCSP, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.
- Indicación el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 156.3 TRLCSP.

La formalización del contrato en documento administrativo concreta definitivamente las obligaciones recíprocas que del contrato se van a derivar para ambas partes. La formalización se efectúa durante los siguientes 5 días hábiles desde la notificación de adjudicación.

No se puede iniciar la ejecución del contrato sin la previa formalización, excepto en los casos previstos de tramitación de emergencia, según indica el artículo 156.4 TRLCSP. La formalización del contrato debe ser publicada conforme a lo dispuesto en el artículo 154 TRLCSP.

I.2. Acerca de la licitud del contrato de obra pública

Una vez expuesto el procedimiento de adjudicación, y a la luz de los datos relevantes en el caso que se somete a nuestra consideración, entendemos que concurren una serie de irregularidades que se pasan a exponer a renglón seguido.

La primera irregularidad que procede destacar es que en el presente caso se incurre en una prohibición de contratar. Ello se deriva del dato de que la empresa PCSP, S.L. lleva desde el 1 de diciembre de 2012 sin pagar a la Seguridad Social las cotizaciones de sus trabajadores y, además, no les aplica las retenciones del IRPF y por consiguiente, no las abona a la Agencia Tributaria. Este dato es clave, pues podría determinar la posible nulidad del contrato.

El artículo 60.1 d) TRLCSP determina que no podrán celebrar contratos con las Administraciones Públicas las personas que no se hallen al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social que le vengan impuestas por las disposiciones vigentes. Lo dispuesto en tal precepto concuerda con el contenido de los artículos 13 y 14 del Reglamento de la derogada Ley General de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RLGCAP).

El artículo 13 señala que se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Estar dadas de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas, en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, siempre que ejerzan actividades sujetas a este impuesto, en relación con las actividades que vengan realizando a la fecha de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación en los procedimientos restringidos, que les faculte para su ejercicio en el ámbito territorial en que las ejercen.
- Haber presentado, si estuvieran obligadas, las declaraciones por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto sobre la Renta de no Residentes o el Impuesto sobre Sociedades, según se trate de personas o entidades sujetas a alguno de estos impuestos, así como las correspondientes declaraciones por pagos fraccionados, ingresos a cuenta y retenciones que en cada caso procedan.
- Haber presentado, si estuvieran obligadas, las declaraciones periódicas por el Impuesto sobre el Valor Añadido, así como la declaración resumen anual.
- No tener deudas de naturaleza tributaria con el Estado en período ejecutivo o, en el caso de contribuyentes contra los que no proceda la utilización en vía apremio, deudas no atendidas en período voluntario.
- Además, cuando el órgano de contratación dependa de una Comunidad Autónoma o de una Entidad local, que no tenga deudas de naturaleza tributaria con la respectiva Administración autonómica o local.

Por su parte, el artículo 14 establece que se considerará que las empresas están al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Estar inscritas en el sistema de la Seguridad Social y, en su caso, si se tratare de un empresario individual, afiliado y en alta en el régimen que corresponda por razón de la actividad.
- Haber afiliado, en su caso, y haber dado de alta, a los trabajadores que presten servicios a las mismas
- Haber presentado los documentos de cotización correspondientes a las cuotas de la Seguridad Social y, si procediese, de los conceptos de recaudación conjunta con las mismas, así como de las asimiladas a aquéllas a efectos recaudatorios, correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha de solicitud de la certificación.
- Estar al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social.

Es importante señalar que el artículo 73 TRLCSP exige que los empresarios prueben que no están incurso en una prohibición de contratar. Dicha prueba podrá hacerse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, que podrán ser sustituidos por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa o notario público cuando no puedan ser expedidos por las autoridades competentes. En este caso, al tratarse de obligaciones con la Seguridad Social y la Agencia Tributaria, bastarían los certificados emitidos por éstas que demostrasen que PCSP se encontraba realmente al corriente del pago de sus obligaciones.

El informe 56/2006 de 26 de marzo de 2007 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal enuncia que *“cualquiera que sea el tipo de contrato y el procedimiento de contratación el adjudicatario habrá de acreditar y el órgano de contratación apreciar su capacidad de obrar, su solvencia económica, financiera y técnica o profesional y la inexistencia de prohibiciones de contratar de conformidad con los artículos 15 a 21⁶ de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁷”*. Por lo tanto, es obligación del órgano de Contratación comprobar que la empresa se haya al corriente en el pago de sus obligaciones.

El TRLCSP en su artículo 61.1 establece que esta prohibición de contratar ha de ser apreciada directamente por el órgano de contratación y que subsistirá mientras concurren las circunstancias que la determinen. También señala que dicha prohibición se declarará mediante un procedimiento instruido a tal efecto. Según el informe 39/01 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 13 de noviembre de 2001 *“para que los empresarios tengan capacidad para contratar con la Administración y no se hallen incurso en una prohibición de contratar, es necesario*

⁶ Las referencias a los artículos 15 a 21 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas deben entenderse hechas a los artículos 60 y 61 del actual TRLCSP

⁷ JUR 2007/361320

que se hallen al corriente de tales obligaciones en el momento de presentar sus proposiciones”, es decir, el momento de comprobar su concurrencia es el momento de valoración de las proposiciones.

La comprobación que debe llevar a cabo el órgano de contratación de las certificaciones que aporte el empresario debe ser estrictamente formal, pues tal y como establece el Informe 1/1994 de 3 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación administrativa, dichos órganos no son los encargados de velar por el cumplimiento de las obligaciones de la Seguridad Social, como tampoco de las tributarias, ya que la legislación de contratos del Estado no le impone el deber de realizar calificaciones del contenido de las certificaciones expedidas a tal efecto.

Según lo expuesto en los artículos anteriores, la empresa PCSP SL no se encuentra al corriente de pago ni de sus obligaciones tributarias ni con las de la Seguridad Social por lo que se encuentra incurso en una prohibición de contratar de las recogidas en el artículo 60.1 TRLCSP y por lo tanto, según lo establecido en el artículo 32 TRLCSP, esta situación de no estar al corriente de sus obligaciones determina la nulidad de pleno derecho de la adjudicación.⁸

La única solución posible para salvar el obstáculo es que la PCSP haya logrado un aplazamiento de las deudas contraídas, un fraccionamiento de las mismas o se hubiese acordado su suspensión por la impugnación de las mismas, ya que el artículo 16.3 Reglamento de la Ley General Contratación de las Administraciones Públicas (en adelante RLGAP) considera que las empresas se encuentran al corriente del pago de sus obligaciones cuando sus deudas se encuentran en alguna de las situaciones anteriores.

Una segunda irregularidad contraria a Derecho tiene que ver con la modificación del trazado. Se entiende por “*ius variandi*” la prerrogativa que tiene el Órgano de Contratación de poder modificar, de forma unilateral, el objeto del contrato, siempre que la modificación no afecte a “los aspectos esenciales” del mismo, y dicha modificación lo sea por razones de interés público o por causas imprevistas⁹.

Lo primero que debemos analizar para determinar si la modificación del contrato se ha realizado conforme a la legislación vigente es saber si dicha modificación se recogía en los pliegos de cláusulas administrativas particulares tal y como establece el artículo 105.1 TRLCSP.

Si la respuesta es negativa, el segundo paso a consistirá en examinar si la modificación realizada se puede encuadrar en alguno de los supuestos que establece el artículo 107 TRLCSP que regula las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, a saber:

- Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

⁸ Vid. Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales número 276/2012 de 5 de diciembre de 2012

⁹ Menéndez Gómez, Emilio. *Op.cit*, página 389

- Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.
- Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.
- Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.
- Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Según el Dictamen número 222/2010, de 14 de octubre del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha, los requisitos para poder llevar a cabo la modificación son los siguientes:

- Que afecte a un contrato perfeccionado.
- Que el objeto de la modificación que se pretende se fundamente en razones de interés público. Es esta circunstancia la que justifica la existencia misma del contrato y de las prerrogativas o potestades que ostenta la Administración, debiendo ser concretos los motivos en que se funda y no una mera referencia al interés público globalmente considerado, habiendo declarado el Consejo de Estado que *“la modificación contractual debe hallarse respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado”* -dictamen 42.179, de 17 de mayo de 1979-.
- Que las modificaciones sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, circunstancias que han de quedar suficientemente motivadas en el expediente *“sin que tal justificación pueda consistir en la afirmación puramente tautológica de que las variaciones obedecen a necesidades nuevas o causas imprevistas a la hora de redactar el proyecto”* -dictamen del Consejo de Estado 50.688, de 17 de junio de 1987-.

Teniendo en cuenta la información que nos aporta el supuesto, no hay ningún tipo de dato que nos remita a la posibilidad de que la modificación del contrato cumpla alguno de los requisitos anteriores, por lo que entendemos que se ha realizado de forma irregular y atendiendo a intereses particulares pues la modificación introducida implica que el nuevo trazado de la canalización transcurra por debajo de la vivienda del hijo del concejal, por lo que cabría valorar la posibilidad de que dicho concejal utilizase su cargo para obtener beneficio personal y por lo tanto, su actuación pudiese encuadrarse en algún tipo penal.

Si tenemos en cuenta el artículo 439 del Código Penal que establece que “*La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años*” la actuación del concejal podría encuadrarse en este tipo penal.

Según la jurisprudencia, el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios se basa en un incumplimiento de los deberes de abstención por parte del funcionario, como exigencia del deber de imparcialidad que debe exigirse a la Administración y por tanto a los funcionarios que actúan en su nombre, deber de imparcialidad que aparece como uno de los elementos definitorios de la Administración Pública en el artículo 103 de la Constitución¹⁰.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 696/2013 de 26 de septiembre, este tipo penal se basa en la concurrencia de dos elementos:

- la presencia de un funcionario que además deba intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad
- el aprovechamiento de las funciones que al sujeto activo le corresponden, para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o indirecta, es decir para obtener cualquier ventaja o beneficio que no debe ser solo económico, pudiendo estar constituido, como se reconoce en la Sentencia de 14 de Mayo de 1994 por "*cualquier otra compensación privada*".

Dicha sentencia establece también que no se exige para la consumación ni la existencia de lesión efectiva para la Administración, ni que el beneficio intentado sea injusto, o que se obtenga efectivamente el beneficio o ventaja, ni siquiera que se persiga la adopción de un acto ilegal por parte de la Administración.

El supuesto expuesto encaja en el tipo penal por las siguientes razones:

1º La modificación de los contratos administrativos es una de las prerrogativas que el TRLCSP reconoce a la Administración y por tanto, el Concejal de Urbanismo, en virtud de su cargo, puede hacer uso de ella.

2º El TRLCSP exige que las modificaciones de los contratos se hagan para corregir defectos formales o técnicos o en interés general. De los hechos expuestos no se puede extraer ningún tipo de información que avale el cumplimiento de alguno de los dos requisitos anteriores, ya que la modificación implica que la nueva canalización transcurra por la vivienda del hijo del concejal.

Por lo tanto, la modificación del contrato es constitutiva del delito de negociaciones prohibidas recogido en el artículo 439 CP.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 73/2001 de 19 de enero de 2001

Finalmente, la última irregularidad que, a nuestro parecer, presenta el contrato analizado, es la relativa a la publicación de la adjudicación. Así, el anuncio de adjudicación debe ser publicado el perfil del contratante y notificarse a todos los licitantes, y además, debe incluir la siguiente información (artículo 151.4 TRLCSP):

- Exposición de las razones por las que se desestima las ofertas de los candidatos descartados.
- Razones de exclusión de licitadores en el procedimiento de adjudicación.
- Nombre del adjudicatario, características de su oferta y motivos por los que ha sido seleccionado.
- Información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40 TRLCSP, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.
- Indicación el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 156.3. TRLCSP.

No se nos dice nada sobre si el anuncio de licitación incluía toda la información requerida, pero sí se nos dice que sólo se notifica a los interesados, sin publicación en ningún boletín oficial ni en el perfil del contratante.

Por otro lado, la formalización del contrato ha de publicarse también, según establece el artículo 154 TRLCSP . En este caso, la formalización del contrato debería haberse publicado en el BOE por tratarse de un contrato con una cuantía superior a 100.000 € y también en el perfil del contratante, al ser un contrato de obras con cuantía superior a 50.000 €.

I.3. Sobre las posibles acciones legales ejercitables por la empresa DNTC SA

Según todo lo expuesto podemos señalar que en el procedimiento de licitación del contrato analizado se han producido las siguientes irregularidades:

1. Adjudicación de la realización del contrato a una empresa incurso en una prohibición de contratar
2. Modificación irregular del trazado de la canalización
3. Publicación deficiente de la adjudicación

Las consecuencias jurídicas de las mencionadas irregularidades determinan la nulidad de pleno derecho de la adjudicación, pues en virtud del artículo 32 b) del TRLCSP la adjudicación de un contrato a una empresa incurso en prohibición de contratar determinará su nulidad.

Además, aunque en principio la modificación del trazado podría determinar la anulabilidad del contrato según lo expuesto en el artículo 63 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo cierto es que en este caso determinaría también la nulidad del contrato pues, de los apartados d) y e) del artículo 62.1 de la misma disposición se pueden obtener las siguientes conclusiones:

- En primer lugar, que como se ha analizado, la modificación realizada es constitutiva de un delito recogido en el artículo 439 del Código Penal
- En segundo lugar, que aunque no se puede afirmar que se haya respetado el procedimiento establecido para llevarla a cabo, lo que no se ha respetado son las reglas básicas para realizarla.

Por lo tanto, las irregularidades anteriores determinan la nulidad de la adjudicación del contrato y de su modificación, lo que permite a la empresa DNTC instar las siguientes acciones:

- Podrán instar la revisión de oficio de la adjudicación, pues tal y como establece el artículo 102 de la Ley 30/1992 *“Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”*.
- De no lograr declaración de nulidad de la adjudicación por medio de la revisión de oficio podrán recurrir la resolución ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en virtud de los artículos 2.b)¹¹ y 25.1¹² de la Ley 29/1998 de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En lo referente a los plazos para el ejercicio de tales acciones, del tenor literal del artículo 102 de la Ley 30/92 podemos concluir que la revisión de oficio puede instarse en cualquier momento, por lo que aún puede interponerla,. En caso de no obtener la resolución de nulidad, en virtud del artículo 46 de la Ley 29/1998 tendrá un plazo de 2 meses contados a partir del día siguiente al de la publicación de la resolución o de su notificación para interponer recurso en vía contencioso-administrativa.

Por último, podrá ejercitar acciones penales contra el Concejal de Urbanismo pues como se ha analizado, su conducta puede encuadrarse en el tipo penal recogido en el artículo 439 del Código Penal. Además, se encuentra legitimada en virtud del artículo

¹¹ Este artículo reconoce potestad a la Jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de los asuntos relacionados con los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas.

¹² *“El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.”*

101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que el ejercicio de la acción penal es público.

II. Valoración jurídica de las posibles consecuencias jurídicas del incumplimiento de la empresa adjudicataria de la obra, haciendo hincapié en las posibles acciones ejercitables, los sujetos legitimados para ello y los tribunales competentes para conocer sobre dichas acciones.

II.1 El Procedimiento de ejecución de los contratos de obras públicas

El procedimiento para la ejecución de un contrato administrativo de obras se compone de las siguientes fases:¹³

1º. Formalización del contrato (artículo 156 TRLCSP) en documento administrativo o escritura pública.

2º Inicio de las obras (artículo. 156.4 TRLCSP)

- Acta de comprobación del replanteo (artículo 229 TRLCSP)
- Riesgo y ventura (artículo. 215 TRLCSP).
- Incidencias (artículo 230 TRLCSP y artículo 142 RLGCAP)
- Fuerza mayor (artículo 231 TRLCSP)

3º Ejecución de las obras.

- Relación valorada (artículos 148, 149 RLGCAP) Todos los meses, haya o no haya obra.
- Certificación obra/Abonos a cuenta/Pago (Art. 232 TRLCSP) Documento administrativo/Todos los meses/PCAP.
- Pago (artículo 216.4 TRLCSP)/Intereses comerciales/Indemnización (artículo 216.4 TRLCSP).
- Revisión de precios/Certificación obra (artículo 94 TRLCSP).
- Prórrogas (artículo 23 TRLCSP)/PCAP/Contrato/PCAP
- Modificados (artículo 105.108,219,220, 234 TRLCSP) PCAP/Contrato.
- Obras complementarias (artículo 171.b) TRLCSP).
- Cesión del contrato (artículo 226 TRLCSP).
- Subcontratación obra (artículo 227 TRLCSP).
- Resolución contrato (artículo 213, 223, 237 TRLCSP).

4º Terminación de las obras/En su TOTALIDAD

5º Comprobación obra ejecutada (Proyecto vigente, PCAP)

- Acto de recepción/Puesta en servicio/Ocupación efectiva.
- Acta de recepción (artículos 222, 235.2 TRLCSP) En su TOTALIDAD/Certificación obra: en su totalidad.

¹³ Información disponible en el siguiente enlace:

<http://files.contratossectorpublico.es/CURSOS/IterContratoObras.pdf> (consultada en 5 de mayo de 2014)

- Acta de recepción parcial (artículo 235.5 TRLCSP) Sólo si así lo establece el contrato/PCAP.
- Puesta en servicio/ocupación efectiva (artículo 235.5 TRLCSP)

6º Certificación final obra (artículo 235.1 TRLCSP)

- Director facultativo/Responsabilidad..
- Plazo/Intereses/Indemnización (artículo 200.4 TRLCSP).

7º Informe sobre el estado de las obras (artículo 218.3 TRLCSP) Director facultativo/Responsabilidad.

8º Plazo de garantía (artículo 235.3 TRLCSP). Liquidación contrato - Pago

- Liquidación contrato (artículo 235.3 TRLCSP) Director facultativo/Propuesta de liquidación/Aprobación.
- Certificación de liquidación por Director facultativo.
- Pago/Reintegro liquidación (artículo 216.4 TRLCSP) Intereses/Indemnización. (artículo 216.4 LTRCSP)
- Devolución garantía definitiva (artículo. 102.1, 235.3 TRLCSP)

9º Responsabilidad por vicios ocultos (artículo 236. TRLCSP)

La ejecución del contrato de obras, como contrato administrativo típico, está sometida a la Ley de Contratos del Sector Público y a sus normas de desarrollo, al contrato y respectivo pliego de prescripciones técnicas particulares, que es la ley del contrato, al pliego de prescripciones técnicas particulares y a los respectivos pliegos generales, en todo lo que no se opongan a la Ley de Contratos del Sector Público.

Por lo expuesto anteriormente podemos decir que, una vez formalizado el contrato, la ejecución del mismo se inicia con el acto de comprobación del replanteo (Artículo 229 TRLCSP), acto que fija el *dies a quo* en que da comienzo el cómputo del plazo de ejecución de la obra, plazo total que ha de venir especificado tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares como en el propio contrato. Por lo tanto, el plazo contractual –artículo 23 TRLCSP- en que se ha de ejecutar la obra se computa a partir del día siguiente a la formalización positiva del acta de comprobación del replanteo.

Después de haber efectuado la comprobación del replanteo, el Contratista debe presentar al Órgano de Contratación, por medio de la Dirección de la obra, el programa de trabajo de la obra (artículo 144 RLGAP), es decir, la programación temporal y financiera de la obra, fijando los plazos parciales y totales en que se va a ejecutar la obra, así como los importes financiero mensuales consecuencia de la medición al origen de la obra a ejecutar. Este documento deberá ser elaborado de nuevo por el Contratista cada vez que se modifique, en su caso, el plazo de ejecución de la obra¹⁴.

El artículo 230.1 del TRLCSP establece que las obras se deberán ejecutar con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas

¹⁴ Menéndez Gómez, Emilio, op.cit., página 330

particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que interpretando dicho proyecto, diere al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia. Dicho artículo, en su apartado 3, señala que el contratista será responsable de los defectos que puedan advertirse en la construcción de las obras, desde el inicio de las obras hasta que se cumpla el plazo de garantía.

Para comenzar la ejecución de la obra el Contratista debe montar en sus inmediaciones una “Oficina de Obra” con el fin de facilitar tanto el trabajo de su personal como el de la Administración (cláusula 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de obras del Estado). Asimismo, deberá conservar en ella una copia de todos los documentos relativos a la obra, que tengan carácter contractual según el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como los libros originales, diligenciados oficialmente, exigidos por la normativa:

- Contrato, pliego de cláusulas administrativas particulares, garantía definitiva
- Proyecto (inicial y reformado), aprobado y vigente, junto con los documentos del mismo que revistan carácter contractual
- Acta de comprobación del replanteo
- Programa de trabajo
- Libros de Órdenes: libro donde el Director facultativo anota las órdenes, instrucciones y comunicaciones que estime oportunas para la buena marcha de las obras, autorizándolas con su firma. Este libro puede ser utilizado como medio de prueba
- Libros de Incidencias de la Obra
- Libro de Incidencias de la Seguridad y la Salud (artículo 13 Real Decreto 1627/1997)
- Libro de Subcontratación: en él se anotarán, por orden cronológico, desde el inicio de la obra, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas, ya lo sean con empresas subcontratistas o con trabajadores autónomos, con los datos necesarios para su identificación, así como el plan de seguridad y salud respectivo
- Informe de control de calidad

A partir de ese momento, el Director facultativo¹⁵ efectuará una inspección y vigilancia continuada de las obras hasta que finalizado el plazo de garantía, se apruebe

¹⁵ El Director facultativo es la persona con titulación de Arquitecto o de Arquitecto Técnico, directamente responsable de la comprobación y vigilancia de la correcta realización de la obra contratada. Además, asume la inspección continuada y directa de las obras que establece la cláusula 21 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado. Actúa como representante, defensor y administrador de la obra en representación de la Administración hasta el transcurso del plazo de garantía de la misma, por lo que cuidará de la exacta ejecución del proyecto tanto

la liquidación del contrato (artículo 160 RLCAP) por el Órgano de Contratación y, en resolución motivada, se acuerde, en su caso, la devolución de la garantía definitiva (artículo 102 TRLCSP).

La ejecución del contrato se realiza a *riesgo y ventura* del Contratista¹⁶, siendo responsable, durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía, de las obras defectuosas o mal ejecutadas, ya que las obras deberán ejecutarse con estricta sujeción a lo que establezca el proyecto del contrato y el pliego de cláusulas administrativas particulares, siguiendo las instrucciones (en interpretación técnica exclusivamente) del Director facultativo de las obras, y que deberán figurar en el Libro de Órdenes, ya que sólo serán vinculantes las que consten por escrito.

En el caso presentado, el pliego de condiciones técnicas establecía que la canalización exigía la previa construcción de muros de sostenimiento de las zanjas de canalización y además, que éstas debían tener una profundidad de tres metros y un ancho de dos metros. Sin embargo, el trabajador autónomo subcontratado se encontraba trabajando, en el momento del accidente, en una zanja sin muros de sostenimiento, y con dimensiones inferiores a las establecidas en la documentación técnica. Nos encontramos por tanto, ante un supuesto de incumplimiento en la ejecución del contrato.

Antes de analizar dicho incumplimiento, analizaremos la validez de la subcontratación realizada.

II.2. Validez de la subcontratación realizada

La subcontratación, según Menéndez Gómez, “es el procedimiento por el que el Contratista, adjudicatario del contrato, encarga a un tercero (subcontratista) la ejecución de una parte de las prestaciones del contrato, sin alterarse la relación contractual Administración/Contratista preexistente, permaneciendo, en su integridad, el contrato primitivo”.

El artículo 227.1 TRLCSP establece que, salvo que en el contrato o en los pliegos se disponga lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que el

en su aspecto técnico como económico.(Consejería de Salud y Bienestar de la Junta de Castilla-La Mancha. Manual de Instrucciones del Director Facultativo de Obras. Año 2008. Disponible en: <http://www.castillalamancha.es/sites/default/files/documentos/20120511/manual20del20director20facultativo20de20las20obras-301008.pdf> (consultada en 15 de junio de 2014)

¹⁶ El Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de octubre de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) ha declarado que “como señalan las Sentencias de 14 de mayo (RJ 2001/4478) y 22 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9727), “el riesgo y ventura del contratista ofrecen en el lenguaje jurídico y gramatical la configuración de la expresión riesgo como contingencia o proximidad de un daño y ventura como palabra que expresa que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un mal o un bien, de todo lo cual se infiere que es principio general en la contratación administrativa, que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que se definen en la Ley de Contratos del Estado y se basan en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial. Ello implica que si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados la Administración no podrá reducir el precio mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que éste pueda exigir un incremento del precio o una indemnización”.

contrato ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario, el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación.

Por lo que respecta a los requisitos necesarios para poder realizar una subcontratación, el artículo 4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, establece tres requisitos que deben cumplir tanto el Contratista como el Subcontratista, a saber:

- Poseer una organización productiva propia, contar con los medios materiales y personales necesarios, y utilizarlos para el desarrollo de la actividad contratada.
- Asumir los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias del desarrollo de la actividad empresarial.
- Ejercer directamente las facultades de organización y dirección sobre el trabajo desarrollado por sus trabajadores en la obra y, en el caso de los trabajadores autónomos, ejecutar el trabajo con autonomía y responsabilidad propia y fuera del ámbito de organización y dirección de la empresa que le haya contratado

Este artículo, en su apartado segundo, establece los requisitos que ha de reunir el Subcontratista y que son los siguientes:

- Acreditar que disponen de recursos humanos, en su nivel directivo y productivo, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales, así como de una organización preventiva adecuada a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- Estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas al que se refiere el artículo 6 de la Ley 32/2006.

Además, en su apartado 2, el artículo 227 establece los requisitos que debe cumplir el contratista para poder realizar una subcontratación:

- Los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización, si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación.
- En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia.
- Los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones mencionadas en el apartado anterior,

salvo que con anterioridad hubiesen sido autorizados expresamente, siempre que la Administración no hubiese notificado dentro de este plazo su oposición a los mismos.

- En los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.
- Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación.

A los requisitos anteriores hay que añadir los que establece el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores:

- Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.
- El empresario principal durante los tres años siguientes a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones referidas a la Seguridad Social contraídas por los contratistas y subcontratistas durante el período de vigencia de la contrata, mientras que de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores responderá solidariamente durante el año siguiente a la finalización del encargo.
- Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen.
- Cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:
 - Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
 - Objeto y duración de la contrata.
 - Lugar de ejecución de la contrata.

- En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.
 - Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales.
- Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores.
 - Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Esto no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende.
 - Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley.

Cada contratista, con carácter previo a la subcontratación con un subcontratista o trabajador autónomo de parte de la obra que tenga contratada, deberá estar en posesión de un Libro de Subcontratación (artículo 13 del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006). La autoridad laboral competente del territorio en que se ejecute habilitará dicho libro¹⁷.

Los artículos 15 y 16 de la mencionada norma establecen el contenido y los derechos y obligaciones relacionados con el Libro de Subcontratación, respectivamente. Así, el contratista deberá llevar el Libro al día y en él deberá reflejar, por orden cronológico, desde el comienzo de los trabajos, y con anterioridad al inicio de estos, todas y cada una de las subcontrataciones realizadas en la obra con empresas subcontratistas y trabajadores autónomos incluidos en el ámbito de su contrato. Además, en él también se anotará el nombre de la persona responsable de la coordinación de seguridad y salud en la fase de ejecución de la obra así como cualquier cambio de coordinador de seguridad y salud que se produjera durante la ejecución de la obra.

Es importante señalar, que el artículo 227.4 TRLCSP establece que “Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato. Sobre este tema se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia número 309/2012 de 6 de septiembre en la que

¹⁷ Comprobará que cumple los requisitos establecidos en el RD 1109/2007.

concluye que la Administración contratante no llega a entablar un vínculo contractual con el subcontratista, de tal manera que solo y exclusivamente tiene frente a sí al contratista principal, quien asume, por lo tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración. Por ello, si se produce un incumplimiento del subcontrato, la Administración podrá resolver el contrato por incumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista, pero sin entran en las relaciones jurídico-privadas entabladas como consecuencia del subcontrato y, por tanto, sin perjuicio de las acciones que el contratista pueda emprender contra el subcontratista incumplidor, que son ajenas, por otra parte, al contrato mismo. En consecuencia, el subcontratista jamás será responsable frente al órgano de contratación, puesto que esa responsabilidad es exclusiva del contratista principal.

También es importante tener en cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña número 501/2006 de 9 de junio que afirma que las relaciones entre la empresa contratista y la subcontratista son meramente civiles y que por tanto, la figura del subcontratista no se puede considerar parte en el contrato principal, en el que existen dos partes: el contratista y la Administración.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa no se nos ofrece dato alguno relativo al modo de realización del subcontrato con el trabajador autónomo, por lo que ha de entenderse que se ha realizado correctamente y que la misma era conocida por la Administración.

II.3 Accidente del trabajador autónomo

En cuanto al accidente con resultado de fallecimiento del trabajador autónomo subcontratado, el mismo sucedió en una zanja instalada delante de la vivienda del hijo del concejal cuando el accidentado colocaba tuberías en ella. Dicha zanja no cumplía las dimensiones requeridas en los pliegos de condiciones técnicas ni sus paredes estaban apuntaladas ni aseguradas con un muro de contención. Como consecuencia del accidente, el trabajador falleció.

El contrato deberá cumplirse a tenor de sus cláusulas, y sus efectos se registrarán por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares. (artículos 208 y 209 TRLCSP). Además, el artículo 256 TRLCSP señala que es obligación del contratista ejecutar la obra según lo establecido en el contrato.

En este caso, el pliego de prescripciones técnicas establecía las medidas de seguridad y las dimensiones que deberían tener las zanjas usadas para llevar a cabo las tareas de canalización, medidas y dimensiones que no se han cumplido. Por lo tanto, nos encontramos ante un incumplimiento contractual del contratista.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1991¹⁸ señala que el incumplimiento de un contrato, sea cual fuere su naturaleza, dará lugar al ejercicio de la facultad resolutoria del mismo por parte de quien no haya sido el culpable del incumplimiento (en este caso el Ayuntamiento de Ayamonte), que puede elegir entre la resolución o el cumplimiento forzoso de las obligaciones que incumben a la otra parte contratante (artículo 1124 del Código Civil); no siendo pertinente el ejercicio de la

¹⁸ RJ 1991/538

facultad resolutoria cuando el incumplimiento no afecte a los condicionamientos establecidos en el Pliego de Condiciones, a las cláusulas contractuales o aquellas obligaciones que demande la naturaleza y objeto del contrato, por tratarse de errores de ejecución del contrato de partes marginales de la construcción fácilmente subsanables.

En este caso, a pesar de que el defecto se produjo en relación con uno de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones técnicas del contrato, era fácilmente subsanable, pues sólo habría que modificar las dimensiones de la zanja y apuntalarlas, por lo que la resolución del contrato resultaría innecesaria.

Pero lo más relevante en torno al incumplimiento de PCSP es el resultado del mismo, pues culminó con la muerte de un trabajador autónomo. El artículo 115 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS) contiene el concepto legal de accidente laboral: *“se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”*. En su apartado 2º, dicho artículo señala una serie de situaciones que tendrán la consideración de accidente de trabajo:

- Los accidentes que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.
- Los accidentes que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los que sufra al ir o al volver del lugar en que ejercite las funciones propias de dichos cargos.
- Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aún siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.
- Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.
- Las enfermedades, no incluidas en el artículo 116, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo
- Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.
- Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación

Además, el apartado 3º establece la presunción de que, salvo prueba en contrario, las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo son constitutivas de accidente de trabajo.

Por el contrario, en virtud del artículo 115.4 TRLGSS no tendrán la consideración de accidente de trabajo los siguientes:

- Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente.
- Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

Por último, en su apartado 5º, el artículo 115 TRLGSS del menciona dos situaciones que no impedirán la calificación del accidente como accidente de trabajo:

- La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira.
- La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.

El Tribunal Supremo ha mantenido, en sentencias como la número 740/2011 de 20 de octubre, que al trabajador le corresponde velar, según sus posibilidades, por el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario. Ahora bien, este cumplimiento de las normas de seguridad por parte del trabajador se debe hacer siguiendo las instrucciones del empresario, al que van dirigidas las normas sobre adopción de medidas de seguridad. Por lo tanto, la responsabilidad de la empresa contratista deriva de que los trabajadores están bajo sus directas órdenes y a ella le incumbe, por tanto, velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad.¹⁹

El accidente del trabajador autónomo podría encuadrarse en el supuesto recogido en el artículo 115.3, pues ocurre durante el tiempo y en su lugar de trabajo.

Lo que hay que comprobar ahora es si puede excluirse su consideración como accidente de trabajo por imprudencia del trabajador, ya que como se recogía en la sentencia del Tribunal Supremo 740/2011 de 20 de octubre, el trabajador debe velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad en su puesto de trabajo y en este caso el trabajador estaba realizando la instalación en una zanja que no cumplía las medidas de seguridad exigidas. A este respecto se ha pronunciado la jurisprudencia en sentencias como la del Tribunal Supremo 16 de julio de 1985²⁰, estableciendo que imprudencia es aquella situación en la que “el trabajador de manera consciente y voluntaria contraría las órdenes recibidas del patrono o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles a toda persona normal, lo que implica asumir libre y conscientemente un riesgo cierto y de excepcional gravedad.”. En este caso no parece posible hablar de imprudencia del trabajador, pues a pesar de que estaba trabajando en una zona sin

¹⁹ RJ 2012/424

²⁰ RJ 1985/3787

muros de sostenimiento, no es esta circunstancia la única que influye en el accidente, sino también las dimensiones de la zona de trabajo que eran inferiores a las exigidas.

En relación con el accidente, es importante tener en cuenta lo establecido en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social²¹ y en la Ley de Prevención de Riesgos²² Laborales acerca de las obligaciones en materia de seguridad que debe cumplir el empresario.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece en su artículo 14 que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, por lo que es obligación del empresario proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales. Además, en el cumplimiento de su deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, adoptando cuantas medidas sean necesarias para ello. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 8 de octubre de 2001²³ se pronuncia sobre este tema, manifestando que “el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.”

A su vez, el artículo 12.1 de La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social tipifica como infracción grave el incumplir la obligación de llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan, o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones, con el alcance y contenido establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Puede concluirse entonces que es obligación primordial del empresario velar por la seguridad de los trabajadores a su cargo y, por tanto, emplear todos los medios a su alcance para cumplir dicha obligación. En este caso, la vigilancia en el cumplimiento de las medidas de seguridad correspondía también al Director de obra designado por el Ayuntamiento, al Director de ejecución de la obra designado por la empresa y al Coordinador de Seguridad y Salud, por lo que también puede exigírseles responsabilidad.

El artículo 45 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que la responsabilidad administrativa surge por las “*acciones u omisiones de los empresarios, las entidades que actúen como Servicios de Prevención, las auditoras y las formativas en dicha materia y ajenas a las empresas, así como las de los promotores y propietarios de la obra y los trabajadores por cuenta propia, que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los Convenios Colectivos en materia de seguridad y salud laboral*”.

²¹ RDL 5/2000, de 4 de agosto

²² Ley 31/1995 de 8 de noviembre

²³ RJ 2002/1424

Por lo tanto, podemos concluir que la responsabilidad administrativa puede determinarse en atención a las siguientes normas:

- Ley de Prevención de Riesgos Laborales
- Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. En esta disposición se sancionan el mero incumplimiento de las obligaciones en la materia, sin referencia alguna a la intencionalidad o negligencia del infractor. Como se ha mencionado en el epígrafe anterior, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social atribuye responsabilidad al empresario que incumpla la obligación recogida en el artículo 12.1²⁴
- Ley General de la Seguridad Social. En esta ley se definen los recargos de las prestaciones de los trabajadores que han sufrido un accidente.

El pago del recargo corresponde al empresario infractor, que responderá de sus actos y de los de los trabajadores a su servicio con facultades preventivas. Esta responsabilidad es independiente y compatible con todas las demás que puedan establecerse, incluida la penal. Además, la jurisprudencia considera que esta responsabilidad puede extenderse a otros empresarios (contratas y subcontratas)²⁵. Los requisitos para su aplicación son los siguientes:

- Incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene
- Que dicho incumplimiento sea consecuencia de la culpa o negligencia del empresario
- Que se haya producido una lesión al trabajador, calificada como accidente de trabajo o enfermedad profesional
- Que exista relación de causalidad entre la infracción, la medida inobservada y el accidente.

La responsabilidad civil, por otra parte, surge como consecuencia del contrato de trabajo, en este caso de la subcontrata, y tiene su fundamento en el Código Civil, en el que se regulan tanto la responsabilidad civil contractual como la extracontractual. A pesar de que sea un trabajador subcontratado, puede exigírsele responsabilidad al empresario, ya que como establece la Sentencia del Tribunal Supremo núm.1063/2001 de 1 de junio, “los contratos que se celebran, subcontratando determinadas instalaciones de una obra, sólo sirven para regular las relaciones internas entre las empresas contratantes, en el caso de que se derivara la exigencia de alguna responsabilidad contractual, pero no pueden alterar las reglas generales de la infracción del deber objetivo de cuidado que, en todo caso, permanecen en la empresa constructora, como responsable de la Seguridad e Higiene en el Trabajo, de todas las personas que desempeñan cualquier género de actividad en la misma.”

²⁴ Vid. Epígrafe II.3 “Accidente del trabajador autónomo”

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992

Refiriéndonos ahora a la responsabilidad civil contractual, el artículo 1101 del Código Civil que establece que “*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas*”. De ello podemos concluir que cuando el empresario cause un daño a un trabajador como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones con respecto a él, ya sean en materia de prevención de riesgos laborales o de otra índole, quedará sujeto a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

De lo anterior podemos extraer que, para que exista responsabilidad civil contractual tienen que cumplirse los siguientes requisitos:

- Que exista una relación contractual cierta entre el infractor y el perjudicado, de la que nazcan obligaciones.
- Que los hechos constitutivos del perjuicio sean fruto de la relación contractual y supongan un incumplimiento de la misma.
- Que dichos hechos sean imputables al infractor , ya sea incurriendo en mora o por un comportamiento doloso o negligente.

Por lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, el artículo 1902 del Código Civil señala que el que por accidente u omisión cause a otro un daño mediando culpa o negligencia estará obligado a reparar dicho daño. Deben concurrir las siguientes circunstancias²⁶:

- La existencia de una acción o una omisión que tenga como resultado una conducta imprudente o negligente y se le pueda atribuir a la persona o entidad frente a la que se dirige la acción.
- Que los hechos den como resultado un perjuicio a un tercero.
- Que exista un nexo causal entre la acción u omisión y el resultado producido.

Además de las dos mencionadas, puede que también surja una responsabilidad civil derivada de la comisión de un ilícito penal. El empresario puede quedar sujeto a esta responsabilidad si su actuación es constitutiva de delito y de ella se deriva un daño o un perjuicio (artículo 116.1 del Código Penal). Por su parte, el artículo 1902 del Código Civil señala que las obligaciones que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal.

La doctrina del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 13 de febrero de 1991²⁷ y de 15 de abril de 1991²⁸, establece que las únicas infracciones penales susceptibles de crear responsabilidad civil son aquellas en las que el hecho, además de ser constitutivo de delito, produce un daño que debe ser indemnizado.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2002

²⁷ RJ 1991/1020

²⁸ RJ 1991/2739

A lo dicho ha de añadirse, como ya hemos destacado, que el artículo 42.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales atribuye responsabilidades administrativas, y en su caso, penales y civiles por los daños que puedan derivarse del incumplimiento de la normativa de prevención.

En este sentido, los artículos 316 y 317 del Código Penal castigan a quienes, mediante la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados a cumplirlas, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan en peligro grave su vida, salud o integridad física.

Por lo tanto, el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, teniendo en cuenta lo establecido por el Tribunal Supremo en su Sentencia número 1355/2000, de 26 de julio, son los derechos de los trabajadores, en concreto, los relacionados con la seguridad e higiene en el trabajo.²⁹

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio antes mencionada, describe el artículo 326 del Código Penal como una norma penal en blanco, que se remite de forma genérica a las normas de prevención de riesgos laborales especialmente, pero no sólo a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, sino a “todas las dictadas en la materia con independencia de su rango jerárquico”. A su vez, determina que el contenido de la omisión contenida en el artículo 316 se refiere a “no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas”. Por lo tanto, podemos concluir que la conducta típica en este delito consiste en el incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales o las dictadas en la materia, por no facilitar a los trabajadores los medios necesarios para que desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

Para que se aplique el tipo penal es necesario que concurran las siguientes circunstancias, a saber:

- la no facilitación de los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Se refiere, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 21 de febrero de 2001, a los medios personales, intelectuales y organizativos, entre los que destaca muy especialmente el deber de información sobre el riesgo.
- infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona núm.452/2007 de 15 de junio señala que “ no basta para integrar el tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad, pues ello extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de intervención mínima y de seguridad jurídica, por ello, la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro”.

²⁹ “el régimen penal de protección alcanza a distintos bienes específicos, entre ellos, la seguridad e higiene en el trabajo”

- que de ello se derive un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. El concepto de peligro se determina por la probabilidad de causación del daño y por la gravedad del resultado probable³⁰.

En lo referente a los sujetos activos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona antes citada establece que los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito, pero no sólo ellos, sino también, desde una perspectiva penal, los administradores y encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. Por lo tanto, y teniendo en cuenta también lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo núm.1654/2001 de 26 de septiembre, no son sólo los empresarios los responsables, sino que esta responsabilidad ha de expandirse también a los técnicos, ya que por sus funciones han de estar a pie de obra controlando y verificando que se cumplen los requisitos precisos para el buen funcionamiento de la obra, y entre ellos destacan los relacionados con la seguridad y la protección de los riesgos generados en la obra. Además, solo mediante el control y las comprobaciones que los técnicos llevan a cabo, pueden evitarse las omisiones de los empresarios. Por todo ello, también se les podrá considerar autores del delito si concurren todos los elementos del tipo.

En el caso expuesto, la víctima se encontraba trabajando en una zanja que no cumplía las medidas de seguridad exigidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ni en el pliego de condiciones técnicas del contrato lo que desencadenó en un accidente que acabó provocándole la muerte. Esto encaja en el tipo penal, por lo que nace responsabilidad penal derivada del accidente para la empresa PCSP por ser el empresario y al que la ley exige en primer lugar la obligación de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad, y al director de obra y al encargado de la ejecución.

Es preciso matizar, no obstante, que en el caso que nos ocupa, el trabajador fallecido era un trabajador autónomo que realizaba trabajos en calidad de subcontratista de la empresa PCSP. Obviamente, ello nos plantea la cuestión de que el trabajador autónomo, en tanto que empresario por cuenta propia, resulta igualmente obligado a la observancia de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, por lo que su propia responsabilidad en la causación del accidente –consistente en la imprudente realización de los trabajos aún siendo evidente la falta de entibación de la zanja- podría dar lugar a la ausencia de responsabilidad de la empresa PCSP. Por otra parte, su condición de subcontratista le obligaba asimismo a la adhesión al Plan de Seguridad aprobado por la empresa principal.

No obstante, según los datos de los que disponemos, el trabajador fallecido realizaba trabajos de colocación de tuberías, labores que resultan totalmente ajenas a la ejecución de la zanja. Al no ser ésta última el objeto de su trabajo, resulta plausible su falta de intervención en la misma.

No obstante, en cualquiera de los casos, la responsabilidad del fallecido se extingue con su muerte además de que su eventual responsabilidad en nada afecta a la de los otros agentes intervinientes en la obra.

³⁰ vid. STS de 26 de julio de 2000 y SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001

Así lo ha determinado la jurisprudencia en recientes Sentencias, con especial mención a las de las Audiencias Provinciales de Murcia, Sección 5ª, de fecha 10 de abril de 2012, y Valencia, Sección 2ª, de fecha 19 de febrero de 2014.

II.4. Responsabilidades exigibles y acciones ejercitables

En base a lo hasta aquí expuesto, hemos de concluir que a la empresa PCSP SL se le pueden exigir tres tipos de responsabilidades:

Responsabilidad administrativa: la Inspección de Trabajo y Seguridad Social deberá iniciar el procedimiento sancionador correspondiente, ya sea de oficio o por denuncia. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales concede al Inspector de Trabajo y Seguridad Social la facultad de optar entre requerir la subsanación de las conductas determinantes de la infracción, paralizar los trabajos o proponer directamente la sanción. En este caso, la opción más razonable parece la de proponer la sanción y además, paralizar³¹ la ejecución de las obras para evitar futuros accidentes.

Responsabilidad civil: los familiares del trabajador fallecido podrán instar la acción de reclamación de daños y perjuicios ante el orden jurisdiccional civil por la actuación negligente del empresario en el ejercicio de sus funciones de garantía de seguridad del trabajador en su lugar de trabajo. Deberá ejercitarse ante el orden social, en virtud de lo establecido en el artículo 2b) de la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social que establece la competencia de los Tribunales de lo Social “*En relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente*”.

Responsabilidad penal: En el caso expuesto, la víctima se encontraba trabajando en una zanja que no cumplía las medidas de seguridad exigidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ni en el pliego de condiciones técnicas del contrato lo que desencadenó en un accidente que acabó provocándole la muerte. Esto encaja en el tipo penal, por lo que nace responsabilidad penal derivada del accidente para la empresa PCSP por ser el empresario y al que la ley exige en primer lugar la obligación de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad, y al director de obra y al encargado de la ejecución.

Es preciso matizar, que en el caso que nos ocupa, el trabajador fallecido era un trabajador autónomo que realizaba trabajos en calidad de subcontratista de la empresa PCSP. Obviamente, ello nos plantea la cuestión de que el trabajador autónomo, en tanto que empresario por cuenta propia, resulta igualmente obligado a la observancia de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, por lo que su propia responsabilidad en la causación del accidente –consistente en la imprudente realización de los trabajos aún siendo evidente la falta de entibación de la zanja- podría dar lugar a la ausencia de responsabilidad de la empresa PCSP. Por otra parte, su condición de

³¹ Vid. artículo 44.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales

subcontratista le obligaba asimismo a la adhesión al Plan de Seguridad aprobado por la empresa principal.

No obstante, según los datos de los que disponemos, el trabajador fallecido realizaba trabajos de colocación de tuberías, labores que resultan totalmente ajenas a la ejecución de la zanja. Al no ser ésta última el objeto de su trabajo, resulta plausible su falta de intervención en la misma.

En cualquier caso, la responsabilidad del fallecido se extingue con su muerte además de que su eventual responsabilidad en nada afecta a la de los otros agentes intervinientes en la obra.

Así lo ha determinado la jurisprudencia en recientes Sentencias, con especial mención a las de las Audiencias Provinciales de Murcia, Sección 5ª, de fecha 10 de abril de 2012, y Valencia, Sección 2ª, de fecha 19 de febrero de 2014.

De todo ello se deriva el nacimiento de responsabilidad penal derivada del accidente sufrido por el trabajador, por lo que los familiares o cualquier otro ciudadano español³², podrán ejercer acciones legales contra la empresa PCSP y los responsables de la supervisión de las obras por un delito de homicidio en concurso con un delito contra los derechos de los trabajadores.

III. Valoración jurídica sobre la adopción, por parte de la Sociedad PCSP S.L., de la decisión de presentarse al proceso de adjudicación.

Una vez que el empresario tiene conocimiento del anuncio de licitación, y a fin de determinar la oportunidad de concurrir a tal proceso, han de analizarse los siguientes aspectos:

- El primero, y más importante es comprobar que cumple todos los requisitos exigibles para concurrir a la licitación como son los propios del tipo de procedimiento, la habilitación empresarial o profesional, clasificación y categoría, solvencia económica, financiera y técnica exigida.
- En segundo término, según el plazo de presentación de ofertas establecido, ha de analizarse si se posee el tiempo necesario para presentar la oferta.
- Por último, procede estudiar en conjunto la viabilidad del contrato para tomar la decisión final.

Como se ha expuesto en la primera cuestión del presente informe, para poder contratar con las Administraciones Públicas, los empresarios deben cumplir los requisitos que establece el artículo 54 TRLCSP y los que requieran los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Como en el supuesto no se nos dice nada acerca de los requisitos exigibles en virtud del pliego de cláusulas administrativas particulares, vamos a proceder al análisis

³² Vid. artículo 101 Código Penal

del cumplimiento de los requisitos exigidos en el TRLCSP.

En primer lugar, el artículo 54 establece que sólo podrán contratar con el sector público las empresas que:

- Tengan plena capacidad de obrar. El artículo 57 limita las posibilidades de adjudicación de contratos de las personas jurídicas, pues sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, el objeto social o ámbito de actividad que fijen sus estatutos. Esta capacidad de obrar se acreditará mediante el documento de constitución de la sociedad o sus estatutos, en los que deben constar las normas por las que se regula la actividad de la sociedad, y deben estar debidamente inscritos, en el Registro Público que corresponda.(artículo 72 TRLCSP). El supuesto de hecho tampoco aporta ningún dato sobre esta cuestión, por lo que ha de entenderse que la realización de la canalización está comprendida dentro de las actividades de la sociedad PCSP.
- No estén incurso en una prohibición de contratar. Como se ha analizado en la cuestión I, la empresa PCSP se encuentra incurso en la prohibición establecida en el artículo 60.1d) TRLCSP por lo que cualquier contrato que se le adjudique será nulo de pleno derecho. La prueba de la no concurrencia de la prohibición deberá hacerse mediante testimonio judicial o certificación administrativa (artículo 73 TRLCSP).
- Acrediten su solvencia económica, financiera y técnica. Según el artículo 62 del TRLCSP, los empresarios deberán acreditar que están en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica, financiera, profesional y técnica que se determinen por el órgano de contratación, aunque este requisito podrá ser sustituido por la clasificación cuando ésta sea exigible³³. Por su parte, el artículo 64 TRLCSP prevé que se podrá exigir a las personas jurídicas que especifiquen, tanto en la oferta como en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación objeto del contrato.

La solvencia económica y financiera deberá acreditarse mediante alguno de los siguientes documentos, a elección del órgano de contratación (artículo 75 TRLCSP):

- Volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato.
- Justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.
- Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último

³³ Tanto estos requisitos, como la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo. (artículo 62.2 TRLCSP)

ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales.

Por su parte, la solvencia técnica, tal y como establece el artículo 76 TRLCSP deberá ser acreditada por alguno de los medios siguientes, a elección del órgano de contratación:

- Relación de las obras ejecutadas en el curso de los diez últimos años, avalada por certificados de buena ejecución para las obras más importantes.
- Declaración indicando los técnicos o las unidades técnicas, estén o no integradas en la empresa, de los que ésta disponga para la ejecución de las obras, especialmente los responsables del control de calidad, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes.
- Títulos académicos y profesionales del empresario y de los directivos de la empresa y, en particular, del responsable o responsables de las obras.
- En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.
- Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.
- Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de las obras, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.

Según la información obtenida de los antecedentes, ha de entenderse que estas acreditaciones se han llevado a cabo según la forma legalmente establecida excepto la justificación de no estar incurso en prohibición de contratar.

Teniendo en cuenta el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 31/00, de 30 de octubre de 2000, sobre "Posible consideración como defectos subsanables de la falta de la constitución de la garantía provisional y de la falta de acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales y de la Seguridad Social", ha de entenderse que este defecto no es subsanable por lo que el contrato adjudicado a PCSP es nulo de pleno derecho.

En segundo término, y siguiendo el esquema que hemos propuesto al comienzo de este epígrafe, una vez que el empresario haya verificado que cumple todos los requisitos exigidos, debe reflexionar sobre si posee el tiempo y los recursos necesarios para elaborar y poder presentar una buena oferta dentro del plazo especificado en el anuncio de licitación.

El plazo de presentación de licitaciones para procedimientos abiertos, que es el que nos ocupa, se recoge en los artículos 157 a 161 del TRLCSP. Dichos artículos establecen que para los contratos de obras no sujetos a regulación armonizada, el plazo de presentación de ofertas será de 21 días.

En primer lugar, una vez el empresario conozca el plazo del que dispone, lo lógico es que realice un estudio de viabilidad del contrato, es decir, que analice los beneficios que el contrato le puede aportar y si tiene la capacidad necesaria para realizarlo. Para ello deberá estudiar detenidamente el contenido del pliego de condiciones administrativas particulares, que como ya se expuso en la cuestión I es la ley del contrato, y el pliego de condiciones técnicas y el proyecto de obra.

Cada Administración Pública suele establecer sus propios formatos de pliegos de cláusulas administrativas particulares que suelen tener el mismo contenido, ya que siguen la guía de contenido básico que ha establecido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa³⁴:

1. Objeto del contrato
2. Codificación del objeto del contrato
3. Necesidades administrativas a satisfacer mediante el contrato y los factores de todo orden a tener en cuenta
4. Régimen jurídico del contrato
5. Órgano de contratación
6. Perfil del contratante
7. Presupuesto base de licitación formulado por el órgano de contratación
8. Crédito presupuestario o el programa contable con cargo al que se abonará el precio
9. Duración del contrato, con determinación de las prórrogas posibles, en este caso tres meses
10. Tramitación del expediente a efectos de adjudicación del contrato
11. Procedimiento de adjudicación del contrato, en este caso, procedimiento abierto
12. Criterios de adjudicación y de evaluación de las ofertas y su ponderación.
13. Documentación de carácter contractual
14. Derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato
15. Requisitos de capacidad del contratista
16. Prohibiciones de contratar
17. Solvencia económica y financiera exigida al contratista
18. Solvencia técnica y profesional exigida al contratista
19. Clasificación
20. Propositiones
21. Modo de presentación de las proposiciones
22. Documentos a presentar por los candidatos, así como la forma y contenido de las proposiciones
23. Lugar de recepción de las proposiciones
24. Mesa de contratación
25. Fecha de examen de la documentación acreditativa de los requisitos de capacidad y solvencia de los candidatos.
26. Apertura de las proposiciones admitidas

³⁴ Disponible en el siguiente enlace:

<http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/D.G.%20PATRIMONIO/Junta%20Consultiva/PCAP%20LCSP%20Recomendacion.pdf> (consultada en 5 de mayo de 2014)

27. Criterios para considerar una proposición económica como “anormalmente baja”
28. Posibilidad de realizar variantes o mejoras
29. Condiciones especiales de ejecución del contrato
30. Renuncia o desistimiento
31. Adjudicación del contrato
32. Documentación a presentar por el adjudicatario
33. Formalización del contrato
34. Revisión de precios
35. Régimen del pago del precio
36. Garantías provisionales y definitivas
37. Causas especiales de resolución del contrato
38. Incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución
39. Penalidades
40. Modificación del contrato
41. Recepción del contrato
42. Plazo de garantía de la prestación contratada
43. Porcentaje de las prestaciones que son susceptibles de ser subcontratadas por el contratista
44. Información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales.
45. Informe confidencial facilitada por el contratista
46. Importe máximo de los gastos de publicidad del contrato
47. Prerrogativas
48. Jurisdicción
49. Otras cuestiones

De lo que se acaba de exponer, en definitiva, los principales aspectos del contrato que debe tener en cuenta la empresa a la hora de presentar la proposición son los siguientes:

- El modo de ejecución del contrato y sus incidencias
- El régimen económico del contrato, ya que será en mayor parte lo que le permita decantarse por presentar la oferta o no.
- Los modos de resolución del contrato

Los tres aspectos señalados marcan lo más importante a la hora de decidir presentar una oferta, pues no hay que olvidar que todo empresario realiza sus actividades para aumentar sus beneficios, por lo que lo que más le interesará será el modo en que tendrá que realizar la obra y la cantidad y la forma en que cobrará por ella y las posibles causas que podrán determinar la finalización del contrato.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, resulta ilógico que una empresa decida presentarse a una licitación siendo conocedora de que al encontrarse en uno de los supuestos de prohibición de contratar su proposición será rechazada por el Órgano de Contratación, y que en cualquier caso, la adjudicación que se le haga podrá ser declarada nula de pleno derecho. El único motivo que podría incentivarla a hacerlo sería que la realización de la obra le aportase importantes beneficios y que su situación de

imposibilidad de contratar con la Administración pudiese subsanarse fácilmente. Esto se ha analizado, y como ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación, la falta de cumplimiento de las obligaciones de pago tanto a la Seguridad Social como a la Agencia Tributaria sólo se pueden subsanar mediante el cumplimiento de las mismas.

A nuestro entender, la decisión de presentarse a la licitación es una decisión empresarial totalmente errónea y que sólo ocasionará gastos a la empresa PCSP, pues una vez declarada la nulidad de la adjudicación, la empresa habrá perdido tiempo y dinero preparando una oferta destinada desde el principio al fracaso.

En cualquier caso, y conociendo las perjudiciales consecuencias que, para la empresa puede generar la decisión, sin duda tomada por sus Administradores, de concurrir a la licitación, además del hecho de haber incumplido la normativa sobre prevención de riesgos laborales unida a la falta de control sobre la actividad de sus trabajadores que, estando obligados a permanecer en la obra en todo momento, estaban ausentes en el momento del accidente mortal, puede dar lugar a que otros socios de la empresa planteen una acción social de responsabilidad contra los Administradores, con los presupuestos y requisitos regulados en los artículos 238 a 240 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En el presente caso, se configura como previsible el resultado dañoso que, para los intereses de la sociedad y de sus socios, tendrán los hechos planteados en el supuesto. Nos referimos a la posibilidad de que un eventual proceso penal seguido por delito contra los recursos naturales y el medio ambiente pueda rematar con una sentencia condenatoria imponiendo a la empresa las penas de multa previstas en el artículo 327 del Código Penal, además del hecho de ser considerada la empresa como responsable civil en el también eventual proceso penal por concurso de delitos de homicidio imprudente y contra los derechos de los trabajadores.

IV. Examen de las acciones, responsabilidades y posibles consecuencias jurídicas derivadas del daño transfronterizo

IV.1 Régimen de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental

El artículo 45 de la Constitución Española reconoce el derecho de los ciudadanos a disfrutar de un medioambiente adecuado como condición indispensable para el desarrollo de la persona, al tiempo que establece la obligación de reparar del daño causado al entorno a quienes no utilicen racionalmente los recursos naturales.

Así, el preámbulo de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental señala que dicha responsabilidad se caracteriza por lo siguiente:

- incluye responsabilidad civil, en la que los conflictos entre el causante del daño y el perjudicado se dirimen en sede judicial.
- es responsabilidad ilimitada, pues el contenido de la obligación de reparar que asume el responsable consiste en devolver los recursos naturales dañados a su

estado original, sufragando el total de los costes a los que asciendan las correspondientes acciones reparadoras.

- es una responsabilidad de carácter objetivo, pues las obligaciones de actuación se imponen al operador al margen de cualquier culpa, dolo o negligencia que haya podido existir en su comportamiento

Según el artículo 2.1 de la Ley 26/2007, se entiende por daños medioambientales:

- Los daños a las especies silvestres y a los hábitat, es decir, cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de esos hábitat o especies.
- Los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de agua superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas.
- Los daños a la ribera del mar y de las rías, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquéllos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquélla.
- Los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana o para el medio ambiente debidos al depósito, vertido o introducción directos o indirectos de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o en el subsuelo.

En el caso que se nos presenta, no sólo se produce la contaminación del acuífero transfronterizo, sino que también se originan pérdidas en las cosechas de los municipios colindantes por un valor de 6 millones de euros e intoxicaciones a los vecinos de dichos municipios.

IV.2 Responsabilidades exigibles y acciones ejercitables

Las responsabilidades que pueden surgir por los daños ocasionados al medioambiente son administrativa, civil (contractual y extracontractual) y penal. Para analizar correctamente la cuestión conviene distinguir los daños causados al medioambiente como bien de titularidad colectiva (daños causados a los elementos ambientales, ya sean de dominio público, privado o *res nullius*), de los daños que sufren los particulares en sus personas o en sus bienes causados por la contaminación. Esta distinción, que no siempre se tiene clara, es fundamental porque los problemas de ambos tipos de responsabilidad no son idénticos³⁵.

IV.2.1 La responsabilidad administrativa

³⁵ Alenza García, José Francisco: *Manual de Derecho Ambiental*. Editado por la Universidad Pública de Navarra, Pamplona, páginas 120-121

La responsabilidad administrativa por daños causados al medioambiente se recoge en la mencionada Ley de Responsabilidad Medioambiental.

Esta disposición, en su artículo 9.1, recoge la obligación de los operadores de adoptar y ejecutar todas las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía, cuando resulten responsables de los mismos.

Las obligaciones de reparar se desarrollan en el artículo 19 de la misma ley, que establece que los operadores que no se encuentren entre los recogidos en la lista del ANEXO III y causen daños medioambientales como consecuencia del desarrollo de su actividad están obligados a ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad competente y adoptar las medidas de evitación y, cuando medie dolo, culpa o negligencia, a adoptar las medidas reparadoras.

Tal y como establece el artículo 5 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, los particulares que hayan sufrido daños en su propiedad privada, pérdidas económicas o cualesquiera otros daños patrimoniales, aunque sean consecuencia de hechos que den origen a responsabilidad medioambiental, deberán ejercitar las acciones de la normativa que les resulte de aplicación, que no será la recogida en dicha ley.

Por lo tanto, si resultan afectados intereses privados, los particulares deberán ejercitar ante el Juez civil las acciones oportunas y, además, la Administración deberá iniciar (de oficio o incluso por denuncia del perjudicado) el correspondiente expediente sancionador, ordenar la paralización de la actividad, la restauración del medio afectado y el pago de las oportunas indemnizaciones por daños al bien ambiental lesionado.³⁶

IV.2.2 La responsabilidad Civil

La responsabilidad civil por daños al medio ambiente es una responsabilidad objetiva, es decir, la consideración de culpa no es determinante para imponer sobre el sujeto agente el deber de reparación del daño causado. Esto no significa que la ilicitud sea irrelevante para apreciar la responsabilidad civil, ya que el elemento ilícito debe estar siempre presente puesto que no es concebible que se imponga un deber de reparación del daño si el mismo tiene justa causa. Por ello, en el caso concreto de los daños ocasionados al medio ambiente, la ilicitud aparece cuando el acto sea contrario a la ley, a la costumbre o al principio *alterum non laedere*³⁷.

Además, como es lógico, se necesita un nexo causal entre la conducta y el daño producido. Lo importante, como señala Carlos de Miguel, es determinar si el resultado dañoso causalmente ligado a la conducta realizada puede o no ser “puesto a cargo” de aquella conducta como obra de su autor. A falta de un criterio jurisprudencial uniforme, se suele atender a las circunstancias propias de cada caso para determinar el nexo causal.

³⁶ Ortega Álvarez, Luis: *Lecciones de Derecho Ambiental*. Editorial Lex Nova. 4ª Edición. Valladolid.2005, página 510

³⁷ De Miguel Perales, Carlos: *Derecho Español del Medio Ambiente*. Editorial Civitas.. Año 2000. Página 322

Pero este nexo causal puede romperse en dos casos, si la conducta era imprevisible o resultaba inevitable³⁸. El Tribunal Supremo ha exigido al sujeto agente que haya actuado con una diligencia máxima para poder eximirlo de responsabilidad, por lo que el nexo causal solo se rompería por fuerza mayor o si fuese un resultado fortuito. En el caso expuesto, como ya se ha analizado en el Informe I, ni la empresa ni los técnicos encargados de la ejecución de la obra actuaron con la diligencia exigida, por lo que sería lógico exigirles responsabilidad por el vertido de aguas.

Las acciones de protección de los intereses particulares frente a agresiones medioambientales son la acción negatoria (pretensiones de cesación y de imposición de medidas correctoras) y la acción de responsabilidad extracontractual (que comprende la reparación *in natura* o por equivalente del medio afectado y la indemnización de los daños y perjuicios).

Los requisitos³⁹ para poder ejercitar la acción negatoria son, en primer lugar, que el actor justifique su derecho de propiedad mediante la presentación del correspondiente título de adquisición de la cosa y, en segundo lugar, probar la perturbación que el demandado haya causado en el goce de la propiedad. Se trata por tanto, de una acción de protección de la propiedad privada y en este caso los vertidos se producen en un acuífero transfronterizo y por lo tanto no pertenecen a ninguno de los ciudadanos en particular, sino al dominio público.

En lo referente a la acción para exigir la reparación del daño, es importante señalar que la reparación principal ha de ser la *in natura* y en el caso de que ésta no pueda llevarse a cabo, habrá de procederse a indemnizar en metálico.⁴⁰

Otra opción para poder exigir una indemnización en metálico ocurriría cuando aún siendo posible la reparación *in natura*, ésta fuese demasiado lenta y costosa, resultando más efectiva la indemnización monetaria. En este caso, la reparación *in natura* resultaría sólo factible en relación con el acuífero, pues es necesario para el sostenimiento del ecosistema que las aguas vuelvan a su estado de pureza. Sin embargo, reponer toda la cosecha sería muy lento y costoso y la reparación *in natura* en el cuerpo humano no resulta posible. Por ello, debería exigirse la depuración de las aguas del acuífero y una indemnización por los daños humanos y económicos sufridos.

En lo referente a la legitimación activa es importante señalar que en los delitos contra el medio ambiente es muy difícil determinarla, pues los daños producidos suelen ser despersonalizados o alcanzan a un gran número de personas. Esto no sucede en este caso, ya que el daño se produce a un grupo determinado de ciudadanos, por un lado a los que sufrieron intoxicaciones y por otro, a los que perdieron sus cosechas.

Por su parte, la responsabilidad extracontractual recogida en el artículo 1902 del Código Civil plantea mayores problemas al producirse un vertido en el que el causante es una empresa española y los daños se producen en Portugal. Nos encontramos por

³⁸ De Miguel Perales, Carlos, op.cit , página 334

³⁹ Vid Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de marzo de 2006

⁴⁰ De Miguel Perales, Carlos, op.cit. páginas 343-345

tanto, ante un supuesto en el que intervienen los principios y normas del Derecho Internacional Privado.

El reglamento (CE) Núm. 864/2007 de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante Roma II) establece en su artículo 7 que *“la ley aplicable a la obligación extracontractual que se deriva de un daño medioambiental o de un daño sufrido por personas o bienes como consecuencia de dicho daño, será la determinada en virtud del artículo 4.1⁴¹ a menos que la persona que reclama el resarcimiento de los daños elija basar sus pretensiones en la ley del país en el cual se produjo el hecho generador del daño.”* Por lo tanto, las víctimas del vertido podrán elegir entre su ley, la portuguesa, o la española, como ley del lugar del hecho generador del daño.

Para determinar qué Tribunales son competentes para conocer del asunto habrá de acudir al Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Bruselas I). Este reglamento sigue el siguiente esquema para determinar la competencia de los Tribunales:

- En primer lugar, tendrán competencia exclusiva los Tribunales recogidos en el artículo 22⁴².
- Si no hay una competencia exclusiva, el Tribunal competente será el que hubiesen acordado las partes (sumisión expresa) o también será aquel en el que el demandante haya presentado la demanda y el demandado haya comparecido

⁴¹ *“La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”*

⁴² *Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio:*

1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito.

No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los tribunales del Estado miembro donde estuviere domiciliado el demandado, siempre que el arrendatario fuere una persona física y que propietario y arrendatario estuvieren domiciliados en el mismo Estado miembro,

2) en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, los tribunales del Estado miembro en que la sociedad o persona jurídica estuviere domiciliada; para determinar dicho domicilio, el tribunal aplicará sus reglas de Derecho internacional privado,

3) en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los tribunales del Estado miembro en que se encontrare el registro,

4) en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos, y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, los tribunales del Estado miembro en que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún instrumento comunitario o en algún convenio internacional.

Sin perjuicio de la competencia de la Oficina Europea de Patentes según el Convenio sobre la patente europea, firmado en Múnich el 5 de octubre de 1973, los tribunales de cada Estado miembro serán los únicos competentes, sin consideración del domicilio, en materia de registro o validez de una patente europea expedida para dicho Estado,

5) en materia de ejecución de las resoluciones judiciales, los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución.

siempre que su comparecencia no sea para impugnar la competencia del Tribunal (artículo 24)

- En defecto de sumisión, el Tribunal competente será el del domicilio del demandado (artículo 2)

En este caso, no nos hayamos ante una competencia exclusiva ni tenemos constancia de sumisión, por lo que el Tribunal Competente será el del domicilio del demandado, en este caso, el de la empresa PCSP SL. Al tratarse de una persona jurídica, su domicilio se determinará por lo establecido en el artículo 60⁴³ y teniendo en cuenta su contenido, serán competentes los tribunales de Monforte de Lemos.

IV.2.3 La responsabilidad patrimonial de la administración

En cuanto a la responsabilidad patrimonial de la administración, el artículo 106.2 de la Constitución expone que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Además, el artículo 139 de la Ley 30/1992 reconoce el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por la Administración Pública correspondiente por toda lesión sufrida en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión fuera consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

Para que esta responsabilidad entre en juego, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su sentencia número 1447/2001, de 23 de junio ha establecido que es necesario que concurren los siguientes presupuestos:⁴⁴

- Existencia de una lesión o daño en cualquiera de los bienes o derechos del particular afectado.
- Imputación a la Administración de los actos necesariamente productores de la lesión o daño.
- Relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, o el perjuicio producido.
- Que el daño alegado por los particulares sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- Que no concorra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.
- Que la acción de responsabilidad indemnizatoria sea ejercitada dentro del plazo de un año, contado a partir del hecho que motiva la indemnización.

⁴³ Se considera que una sociedad u otra persona jurídica se encuentra domiciliada en el lugar en que se encuentre: su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal.

⁴⁴ Ortega Álvarez, Luis, op.cit. página 126

Por lo tanto, la jurisprudencia exige para apreciar la responsabilidad objetiva de la Administración la relación de causalidad entre el acto y el daño, prescindiendo de la licitud o ilicitud de la actuación de la Administración autora del daño, siempre que la actuación de la Administración se produzca dentro de sus funciones propias. Además, no es necesario demostrar que la actividad administrativa se ha llevado con dolo o culpa ya que los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.⁴⁵

Llevando lo anterior al caso presentado, el Ayuntamiento de Ayamonte está obligado a reparar el daño ocasionado a los particulares ya que, como se ha analizado en la cuestión II, su negligente labor en la vigilancia y supervisión de las obras intervino de forma determinante en el accidente que ocasionó el fallo del sistema de canalización y el consiguiente vertido contaminante. Además, incluso aunque no hubiese actuado de forma negligente, la jurisprudencia y la normativa le obligan a indemnizar los daños causados por sus actuaciones. Los afectados por los vertidos, pues, podrán reclamar una indemnización al Ayuntamiento de Ayamonte por los daños sufridos, tanto personales como en relación con las cosechas.

IV.2.4. La responsabilidad penal

Por lo que respecta, en fin, a la responsabilidad penal, el artículo 325 del Código Penal señala que : *“Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”*.

A la hora de determinar si se puede exigir responsabilidad penal a la empresa PCSP por los vertidos ocasionados es importante tener en cuenta que aunque se han demostrado actuaciones negligentes y se hayan cometido infracciones administrativas y reglamentarias, ello no implica el nacimiento de responsabilidad penal.

Los requisitos para que entre en juego la responsabilidad por daños al medio ambiente son los siguientes⁴⁶:

- La realización de una acción, definida como, “provocar” o “realizar” directa o indirectamente emisiones o vertidos, de cualquier clase, también ruidos, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas.

⁴⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 43/2006 de 20 de enero

⁴⁶ Vid. Sentencia de l Audiencia Provincial de Castellón núm 362/2004 de 3 de diciembre ARP 2004/749

- Un elemento normativo, que consiste en la infracción de norma medioambiental, es decir, norma protectora del medio ambiente, nacional, autonómica, local o bien de la Comunidad Económica Europea.
- La producción de un resultado típico consistente en la creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas o de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.
- El tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por su conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro. En todo caso, el artículo 331 CP prevé expresamente la posibilidad de que estos delitos se puedan cometer por imprudencia grave.

De todo ello se deduce que lo relevante para calificar a la conducta como recogida por el tipo penal es la creación de un riesgo grave que ponga en peligro la salud de las personas y el equilibrio de los sistemas naturales. La respuesta a esta cuestión la encontramos en la Sentencia 23 de enero de 2002 de la Audiencia Provincial de Barcelona que concluye que “La comisión del ilícito penal exige que el vertido suponga un riesgo concreto para el medio ambiente, que debe quedar debidamente acreditado. La prueba idónea para la acreditación de este extremo es la pericial”.

En este caso se han producido intoxicaciones en seres humanos y además, se han producido pérdidas importantes en las cosechas aledañas al acuífero, por lo que en lugar de producirse un peligro se ha producido el resultado temido. Por ello, podría exigirse responsabilidad penal por medio de denuncia, tanto a la empresa PCSP por ser la responsable de la ejecución de la obra y a Don Segismundo, por ser el responsable de la vigilancia y supervisión de dicha ejecución.

V. Redacción de todos los documentos necesarios para poder iniciar acciones legales por los sujetos legitimados para ello.

V.I Declaración de nulidad de la adjudicación

En primer lugar, procede instar la nulidad de la adjudicación mediante el siguiente escrito:

AL AYUNTAMIENTO DE AYAMONTE

Doña Paula Vázquez Vázquez, mayor de edad, DNI número 79340927N, administradora de la sociedad DNTC SA, con domicilio para notificaciones en la calle de la Amargura 14, ante el Ayuntamiento de Ayamonte comparezco, y como mejor proceda en derecho, DIGO:

Que por medio de este escrito promuevo la acción correspondiente para que se declare de oficio la nulidad de pleno derecho de la resolución de fecha 25 de febrero de 2013 por la que se adjudica la instalación de la nueva canalización de aguas residuales a la empresa PCSP SL, dictada por el Ayuntamiento de Ayamonte, ya que en dicho acto

administrativo concurren los presupuestos legales para el fundamento de esta pretensión y así se acredita mediante las siguientes

ALEGACIONES

1. La adjudicación mencionada fue llevada a cabo sin respetar el contenido de las normas que contienen la regulación esencial de su contenido, pues el artículo 60 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece que no podrán contratar con la Administración Pública las empresas que no se hallen al corriente del cumplimiento de sus obligaciones de pago con la Seguridad Social o la Agencia Tributaria que le vengan impuestas por las disposiciones vigentes. En este caso se ha demostrado que la empresa PCSP SL no abona los salarios a sus trabajadores y tampoco cumple sus obligaciones con la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria desde el 1 de diciembre de 2012.
2. El artículo 32 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público concluye que la adjudicación realizada a favor de una empresa incurso en una prohibición de contratar determina su nulidad de pleno derecho.

A consecuencia del acto, cuya declaración de nulidad se solicita, esta parte ha sufrido daños y perjuicios, en la cuantía de 1134,27€, en los términos que se describen y se acreditan a continuación:

1. 351,27 euros en concepto de solicitud de certificaciones para acreditar la solvencia económica
2. 250 euros por el estudio de viabilidad del contrato
3. 533 euros en concepto de asesoría legal del bufete de abogados “Mariño & Asociados” con despacho abierto en A Coruña

Por lo expuesto, y de conformidad con el artículo 62.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SOLICITA

Primero.- Que se declare, de oficio, la nulidad de pleno derecho de la resolución de fecha 25 de febrero de 2013 dictada por el Ayuntamiento de Ayamonte, por las causas invocadas.

Segundo.- Que se indemnice a la empresa DNTC SA, en la suma de 1134,27€, en concepto de daños y perjuicios causados a consecuencia del acto nulo.

Ayamonte, 23 de febrero de 2014

V.2. Denuncia por la muerte del trabajador autónomo

En segundo lugar, es recomendable presentar una denuncia por la muerte del trabajador autónomo:

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE AYAMONTE

Don Juan Diego Alonso de la Torre, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de doña María Fernández Otero, titular de NIF 34.287.658-E, según acredito mediante copia de escritura pública que solicito, una vez testimoniada en autos, me sea devuelta por precisarla para otros usos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hija y única heredera del fallecido don Eugenio Fernández Moreno, comparezco ante el Juzgado y como mejor proceda en Derecho, y bajo la dirección técnica de la Letrada Doña María Mariño Montes, con despacho abierto en A Coruña y DIGO:

Que por medio del presente escrito formulo **DENUNCIA** por presunto DELITO DE HOMICIDIO IMPRUDENTE, previsto y penado en el artículo 142 del Código Penal (CP), en concurso de de normas –de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.3 del CP- con un DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES, previsto y penado en el artículo 316 del Código Penal, contra:

- la empresa PCSP SL, con domicilio social en Monforte de Lemos, Calle de la Noche número 14 y CIF B7878789, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 318 CP;
- los Administradores o representantes legales de la empresa PCSP SL, con domicilio social en Monforte de Lemos, Calle de la Noche número 14 y CIF B7878789, cuya identidad esta parte desconoce;
- los profesionales técnicos y directores de obra de la empresa PCSP SL, con domicilio social en Monforte de Lemos, Calle de la Noche número 14 y CIF B7878789, encargados de la obra de Instalación de canalización de aguas residuales del Ayuntamiento de Ayamonte;
- las personas encargadas de Seguridad e Higiene así como contra el coordinador de seguridad en la ejecución de la obra de obra de Instalación de canalización de aguas residuales del Ayuntamiento de Ayamonte;
- y contra todas aquellas personas que, directa o indirectamente, hayan tenido relación con la ejecución de la obra de Instalación de canalización de aguas residuales del Ayuntamiento de Ayamonte;

y ello en base a los siguientes

HECHOS

Primero.- El padre de la denunciante, trabajador autónomo, había sido subcontratado por la empresa PCSP, SL para la ejecución de parte de los trabajos de canalización de la obra de Instalación de canalización de aguas residuales del Ayuntamiento de Ayamonte, obra que había sido adjudicada a la empresa PCSP, SL por la corporación municipal.

Que el día 9 de marzo de 2013, el padre de la denunciante se encontraba colocando tuberías en una zanja previamente abierta con máquina retroexcavadora, tuberías que debía colocar en el fondo de la zanja, asentarla y nivelarla.

La zanja poseía las siguientes características: de un metro de ancho, paredes verticales y una profundidad variable -2'52 metros en el lugar del accidente-. El terreno era de capa de tierra vegetal y arcilla, no compacta. Las paredes de la zanja no estaban entibadas ni existía muro de contención.

En el momento del accidente sólo se encontraba presente el accidentado en las obras.

Como consecuencia del derrumbe de las paredes de la zanja, el padre de la denunciante resultó sepultado por la tierra, falleciendo en el mismo lugar del accidente.

Segundo.- El pliego de condiciones técnicas de dicha obra se disponía, entre otros extremos, que la canalización exigía la construcción previa de muros de sostenimiento de las zanjas de canalización, que debían tener una profundidad de 3 metros y una anchura de dos metros.

Asimismo, la Dirección de la obra se la reservaba el Ayuntamiento que podía inspeccionarla cuando lo deseara, comprobando que materiales y condiciones de trabajo se ajustasen al pliego, pudiendo rechazar materiales.

Se exigía que la empresa adjudicataria nombrase un técnico titulado competente al frente de la obra y que tuviese un responsable en la obra que no podría ausentarse de la misma sin permiso de la Dirección, que debería aprobar su nombramiento.

En el pliego de condiciones jurídicas se establecía, entre otras cláusulas, que la dirección e inspección de las obras le correspondía al técnico director de las mismas, D. Segismundo, aparejador municipal, hoy fallecido según ha podido conocer esta parte.

Tercero.- Los trabajos efectuados por el fallecido eran plenamente conocidos por los denunciados, sabedores también de que la zanja no reunía las características y medidas de seguridad que se preveían en el Pliego de condiciones técnicas de la obra ni en el Plan de Seguridad aprobado por la empresa denunciada.

A mayor abundamiento, en el momento del accidente mortal, no se encontraban en la obra ni el técnico ni el encargado de la obra designados por la empresa denunciada quienes, según el Pliego de condiciones técnicas no podían ausentarse de la obra sin permiso de la persona encargada de la Dirección e inspección de la obra por cuenta del Ayuntamiento, el aparejador municipal don Segismundo –ya fallecido-.

Cuarto.- Entiende la denunciante, además, que son responsables civiles la mercantil PCSP, SL y el Ayuntamiento de Ayamonte –en cuanto garante (a través del funcionario encargado de la Dirección e inspección de la obra) de la seguridad de la misma-, así como sus compañías aseguradoras de responsabilidad civil, que esta parte desconoce.

Quinto.- Interesa al derecho de esta parte que por el Juzgado se proceda a la práctica de las siguientes diligencias de prueba:

- a) Que se proceda a la toma de declaración, en calidad de imputados, de los Administradores o representantes legales de la mercantil PCSP, SL, con domicilio social en Monforte de Lemos, Calle de la Noche número 14 y CIF

- B7878789.
- b) Que se requiera a la empresa PCSP, SL, con domicilio social en Monforte de Lemos, Calle de la Noche número 14 y CIF B7878789, a fin de que remita al Juzgado documentación acreditativa de la identidad de sus trabajadores que actuaron como técnico titulado y jefe encargado de la obra Instalación de canalización de aguas residuales del Ayuntamiento de Ayamonte, así como a la persona encargada de las labores de coordinador de seguridad de la obra.
 - c) Que, una vez conocida la identidad de dichas personas denunciadas, se proceda a su toma de declaración en calidad de imputados.
 - d) Que se requiera a la empresa PCSP, SL, con domicilio social en Monforte de Lemos, Calle de la Noche número 14 y CIF B7878789, documentación relativa al contrato de ejecución de obra que la empresa suscribió con don Eugenio Fernández Montero.
 - e) Que se requiera a la empresa PCSP, SL, con domicilio social en Monforte de Lemos, Calle de la Noche número 14 y CIF B7878789, la remisión al Juzgado del Plan de Seguridad de la obra Instalación de canalización de aguas residuales del Ayuntamiento de Ayamonte.
 - f) Que se requiera a la empresa PCSP, SL, con domicilio social en Monforte de Lemos, Calle de la Noche número 14 y CIF B7878789, la remisión al Juzgado cualquier póliza de aseguramiento de responsabilidad civil que tenga suscrita para el desarrollo de su actividad mercantil.
 - g) Que se oficie al Ayuntamiento de Ayamonte a fin de que remita al Juzgado la documentación relativa a la adjudicación de la obra Instalación de canalización de aguas residuales, incluyendo los Pliegos de cláusulas administrativas y técnicas.
 - h) Que se oficie al Ayuntamiento de Ayamonte a fin de que remita al Juzgado la documentación relativa a la Dirección e inspección de la obra Instalación de canalización de obras residuales con indicación de las autoridades y funcionarios responsables de la misma.
 - i) Que se oficie al Ayuntamiento de Ayamonte a fin de que remita al Juzgado la documentación relativa las pólizas de aseguramiento de responsabilidad civil que haya suscrito con cualesquiera compañías de seguros.
 - j) Que se oficie a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a fin de que aporte a autos el Acta de Inspección levantada como consecuencia del accidente acaecido en la obra Instalación de canalización de aguas residuales del Ayuntamiento de Ayamonte en fecha 09 de marzo de 2013.

A los anteriores hechos, le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Que los citados hechos podrían ser constitutivos del delito tipificado en el artículo 142.1 del Código Penal, el cual dispone que *“1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años”*.

Asimismo, concurren los elementos del tipo previsto y penado en el artículo 316 CP, el cual establece que *“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.”*

En el presente caso, de la imprudencia de los agentes intervinientes en la ejecución de la obra, resultó fallecido el padre de la denunciante, por lo que concurren los elementos del tipo del homicidio imprudente.

Por otra parte, el fallecimiento se produjo como consecuencia de la inobservancia, por parte de las personas denunciadas, de las más elementales medidas de seguridad en la ejecución de la obra descrita en el relato fáctico.

II.- Tal y como se acreditará mediante la prueba solicitada, en el presente caso concurre una omisión burda y grave de las más elementales medidas de cuidado y protección de los trabajadores por cuanto el accidentado resultó ser un trabajador autónomo, cuyas labores se limitaban a la colocación de tuberías, ajenas pues a la construcción de la zanja, que no reunía ni las características ni las medidas de protección previstas y exigidas en el Pliego de condiciones técnicas ni en el Plan de Seguridad aprobado por la empresa.

Concurren, pues, los elementos del tipo del delito contra los derechos de los trabajadores.

Ninguna relevancia tiene el hecho de que el fallecido fuese trabajador autónomo quien, como empresario, tenía el deber de adherirse al Plan de Seguridad y, en tanto que subcontratista, cumplir con las obligaciones previstas en el Pliego de condiciones técnicas, por cuanto, como se ha dicho, su labor era completamente ajena a la ejecución de la zanja y, en todo caso, cualquier responsabilidad habría quedado extinguida por su muerte.

El que el fallecido tuviera la condición de trabajador autónomo resulta irrelevante en tanto que no eximiría a ninguno de los denunciados de la obligación de controlar el cumplimiento de las obligaciones normativamente impuestas en materia de prevención de riesgos laborales.

Debemos tener en cuenta que el accidente se produjo no con ocasión de la ejecución por parte del fallecido de la actividad propia para la que había sido subcontratado. No obstante, el accidente no tuvo que ver con la ejecución de su trabajo –colocación de tubos-, sino con la ejecución de la zanja en la que realizaba el mismo, ejecución que no se realizó de conformidad con lo exigido en la normativa reguladora de prevención de riesgos laborales ni en el clausulado del Pliego.

Por tanto, existió infracción de las obligaciones exigibles en materia de prevención, obligaciones cuyo cumplimiento estaba en mano de la empresa principal y, en concreto, de quienes tenían, nominalmente y de facto, atribuidas funciones de control y

cumplimiento del plan de seguridad y salud. Obligaciones que en el caso analizado, debían ser de cumplimiento vigilado por quienes tenían capacidad de velar por la seguridad en las zonas de trabajo, que no podían ser otros que los encargados y directores de obra y delegados en materia de control de la seguridad en la obra.

En su virtud,

AL JUZGADO SUPPLICO que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias se sirva admitir la presente **DENUNCIA** y acordar la tramitación de la misma con la mayor urgencia, así como practicar las diligencias de prueba propuestas con el fin de investigar los hechos denunciados al objeto de esclarecer las eventuales responsabilidades penales dimanantes de los mismos.

Es Justo, en Ayamonte, a 23 de mayo de 2013

Firma de Abogado

Firma de Procurador

Doña María Mariño Montes

Don Juan Diego Alonso de la Torre

V.3. Reclamación por los daños patrimoniales

En tercer lugar, es recomendable presentar una reclamación a la Administración por los daños patrimoniales sufridos:

Al Ayuntamiento de Ayamonte

María Mariño Montes, mayor de edad, vecina de Ayamonte, con domicilio en la calle de la Esperanza, número 14, provista de DNI número 79340927N, en nombre y representación de:

1. Asociación de Vecinos del Algarve fronterizo con cédula de identidad fiscal portuguesa AH495289
2. don Ignacio Pérez García, titular de NIF 76.834.589-G
3. don Pablo Contreras Fuentes, titular de NIF 34.234.890-L
4. y doña Blanca Puerto Gutiérrez, titular de NIF 86.329.065-Q;

representaciones que acredito mediante los correspondientes poderes de generales para pleitos que aporto debidamente compulsados, ante esta Administración comparezco y, como mejor proceda en derecho,

DIGO

Que mediante el presente escrito formula **RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL** de la Administración municipal, en atención a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Que mi representada, Asociación de Vecinos del Algarve fronterizo tiene su sede social en Castro Marim (Portugal), constituyendo su objeto la defensa de los intereses comunes de los vecinos de los municipios fronterizos con España, según se desprende de sus Estatutos cuya copia se aporta.

Que mis representados don Ignacio, don Pablo y doña Blanca son vecinos del municipio de Castro Marim (Portugal), así como propietarios de 346 hectáreas de olivares sitos en dicho municipio. Así se acredita con la aportación de las respectivas escrituras de propiedad de las fincas en las que radican las plantaciones.

Segundo.- Que el día 9 de marzo de 2013 se produjo un accidente en una zanja perteneciente a las obras de instalación de la nueva canalización de aguas residuales del Ayuntamiento de Ayamonte. Dicho accidente provocó la rotura de una de las tuberías principales de la canalización existente, lo que desencadenó un fallo general en el

sistema de aguas residuales. Como consecuencia de este fallo, una gran parte del torrente de agua residual terminó en un acuífero fronterizo con los ayuntamientos portugueses de Castro Marim y Vila Real de Santo António. El vertido realizado, que contenía tanto aguas residuales domésticas como industriales, aumentó el nivel de concentración de bacterias anaeróbicas del agua del acuífero.

Tercero.- Como consecuencia del aumento del número de bacterias del caudal del acuífero, se produjo la contaminación de las parcelas agrícolas colindantes con él pues se nutrían del agua que obtenían del mismo. Dicha contaminación, desencadenó en la intoxicación de 45 vecinos de Castro Marim –entre los cuales se encuentran mis representados don Ignacio, don Pablo y doña Blanca- y 51 de Vila Real de Santo António por la bacteria E.Coli, propia de las aguas fecales y que provocó en los afectados cólicos, vómitos y diarreas agudas durante una media de 5 días. Además, las parcelas aledañas –propiedad de mis representados don Ignacio, don Pablo y doña Blanca- contenían plantaciones de olivares, cuyo fruto fue desechado debido al gran número de bacterias y agentes alcalinos tóxicos que se encontraron en su análisis, ocasionando pérdidas por un valor de 6 millones de euros.

Cuarto.- Ante el alarmante número de vecinos con los mismos síntomas, las autoridades portuguesas realizaron una investigación que determinó que la causa de las intoxicaciones por E.Coli era el consumo de agua procedente del acuífero por lo que se analizó el contenido de la misma, concluyendo que el vertido, que ya había sido notificado por el Ayuntamiento de Ayamonte, era el causante de dichas intoxicaciones. Se aportan certificados médicos de las intoxicaciones, el resultado de los análisis de la composición del agua tras el vertido realizado por el laboratorio portugués “Suárez Balsas e hijos SL”.

A su vez, se realizó el análisis pertinente de las olivas propiedad de mis representados que demostró que ya no eran aptas para el consumo humano debido al elevado número de agentes alcalinos tóxicos que se encontraron. Además de en la plantación, en el análisis de la composición de la tierra de las parcelas también se encontraron restos de detergentes, metales pesados y una gran concentración de bacterias tipo E.Coli. Para ello se aportan los análisis realizados por el laboratorio “Suárez Balsas e hijos SL”.

Quinto.- Mis representados hubieron de ser ingresados en el Hospital permaneciendo en el mismo durante 5 días. Además, su tiempo de curación total fue de 89 días, durante los cuales permanecieron en situación de incapacidad laboral temporal, tal y como se acredita con los sucesivos partes de baja laboral que se aportan.

Esta reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración se basa en los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Art. 106 de la Constitución reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público. Este derecho constitucionalmente reconocido ha sido

desarrollado legalmente por el Art. 139 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a su vez desarrollado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, exigiéndose para su apreciación los siguientes requisitos:

La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley.

La relación de causalidad entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. En definitiva el daño debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa.

Ausencia de fuerza mayor.

Que la reclamación se efectuó en el plazo de un año desde que se produce el hecho o el acto que motiva la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

El Art. 54 de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, remite a la legislación general sobre responsabilidad administrativa antes citada. En igual sentido se pronuncia el Art. 223 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre por el que se aprueba el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Segundo.- Los daños han sido descritos anteriormente y consisten en lo siguiente:

-Internamiento hospitalario de los vecinos durante una media de 5 días, por vómitos, diarreas y cólicos severos. Además, mis representados estuvieron impedidos para el desempeño de sus trabajos un total de 89 días cada uno.

Teniendo en cuenta los gastos hospitalarios de todos los pacientes, que ascienden a 500,00 euros por paciente y día, y los días de baja laboral que ascienden a 3.000,00 euros para cada uno, los daños humanos producidos ascienden a 16.500,00 euros.

-Pérdida total de 346 hectáreas de plantación de olivares, propiedad de mis representados, cuya cuantificación asciende a 6 millones de euros

Tercero.- La deficiente vigilancia de la Administración en el cumplimiento de las medidas de seguridad de la obra recogidas en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y del pliego de condiciones técnicas que debería llevar a cabo el concesionario de la obra de la instalación de la nueva canalización de aguas desencadenó en un accidente laboral que, además de provocar la muerte de un trabajador, ocasionó un fallo general en el sistema de aguas existente que provocó el vertido causante de las contaminaciones.

Cuarto.- Al darse una relación inequívoca de causa a efecto entre el anormal funcionamiento del servicio y las lesiones/daños producidos, resulta forzoso concluir la existencia de la imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración, dándose, además, el resto de requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración, a saber:

La existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente.

La aludida relación de causa a efecto que determina la imputación del daño al funcionamiento anómalo de un servicio público.

La presentación de la reclamación dentro del año de producción del acontecimiento lesivo.

En virtud de lo anteriormente expuesto,

A ESA ADMINISTRACIÓN SOLICITA, que tenga por presentado este escrito, con sus documentos y copias, se sirva admitirlo y, en méritos a su contenido, resuelva conforme a lo interesado acordándose la admisión y práctica de las pruebas propuestas y estimando la reclamación y en consecuencia, el reconocimiento del derecho de mis representados don Ignacio, don Pablo y doña Blanca a ser indemnizados en la cantidad total de 6.016.500,00 euros, de conformidad con lo señalado en el cuerpo de este escrito.

OTROSÍ DICE, que por parte de mi representada Asociación de Vecinos, y al amparo de lo previsto en el artículo 5 de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, vengo a solicitar que se dicte resolución de inacción de expediente sancionador a la empresa PSCP por los hechos relatados, así como ordenar a la empresa la inmediata paralización de la actividad, la restauración del medio afectado y el pago de las oportunas indemnizaciones por daños al bien ambiental lesionado.

A ESA ADMINISTRACIÓN SOLICITA, tenga por efectuadas las anteriores manifestaciones a los efectos procesales oportunos.

Lo que se solicita en Ayamonte, a 23 de febrero de 2014.

IV.4. Denuncia por los daños medioambientales

Y por último, es necesario presentar una denuncia por los daños medio ambientales ocasionados por los vertidos:

AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN DE AYAMONTE

Don Juan Diego Alonso de la Torre, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de la Asociación de Vecinos del Algarve fronterizo, con NIF 4507893C, según acredito mediante copia de escritura pública que solicito, una vez testimoniada en autos, me sea devuelta por precisarla para otros usos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, comparezco ante el Juzgado y como mejor proceda en Derecho, y bajo la dirección técnica de la Letrada Doña María Mariño Montes, con despacho abierto en A Coruña y DIGO:

Que por medio del presente escrito formulo denuncia por un DELITO DE DAÑOS AL MEDIOAMBIENTE PREVISTO Y PENADO EN EL ARTÍCULO 325 DEL CÓDIGO PENAL, contra

la empresa PCSP SL, con domicilio social en Monforte de Lemos, Calle de la Noche número 14 y NIF 7878789,

y sus Administradores sociales y representantes legales, cuya identidad desconoce esta parte;

y ello en base a los siguientes

HECHOS

Primero.- Que el día 9 de marzo de 2013 se produjo un accidente en una zanja perteneciente a las obras de instalación de la nueva canalización de aguas residuales del Ayuntamiento de Ayamonte. Dicho accidente provocó la rotura de una de las tuberías principales de la canalización existente, lo que desencadenó un fallo general en el sistema de aguas residuales. Como consecuencia de este fallo, una gran parte del torrente de agua residual terminó en un acuífero fronterizo con los ayuntamientos portugueses de Castro Marim y Vila Real de Santo António. El vertido realizado, que contenía tanto aguas residuales domésticas como industriales, aumentó el nivel de concentración de bacterias anaeróbicas del agua del acuífero.

Segundo.- Como consecuencia del aumento del número de bacterias del caudal del acuífero, se produjo la contaminación de las parcelas agrícolas colindantes con él pues se nutrían del agua que obtenían del mismo. Dicha contaminación, desencadenó en la intoxicación de 45 vecinos de Castro Marim y 51 de Vila Real de Santo António por la bacteria E.Coli, propia de las aguas fecales y que provocó en los afectados cólicos, vómitos y diarreas agudas durante una media de 5 días. Además, las parcelas aledañas contenían plantaciones de olivares, las cuales fueron desechadas debido al gran número de bacterias y agentes alcalinos tóxicos que se encontraron en su análisis, ocasionando pérdidas por un valor de 6 millones de euros.

Tercero.- Ante el alarmante número de vecinos con los mismos síntomas, las autoridades portuguesas realizaron una investigación que determinó que la causa de las intoxicaciones por E.Coli era el consumo de agua procedente del acuífero, ya que los vecinos afectados poseían pozos en su casa para el autoconsumo de agua. Los vecinos afectados tuvieron que ser hospitalizados durante una media de 5 días, lo que ocasionó unos gastos médicos de 250 euros por vecino y día. Además, los daños laborales sufridos por los 62 vecinos afectados con empleo ascienden a 15.500 euros.

Cuarto.- Además, el vertido ocasionó importantes daños materiales, pues ante la posibilidad que las plantaciones aledañas se hubiesen contaminado también, las autoridades analizaron tanto el contenido de la tierra como la calidad de las olivas producidas, análisis que determinaron que no eran aptas para el consumo humano por lo que se procedió a su eliminación.

Quinto.- Entiende la denunciante, además, que son responsables civiles la mercantil PCSP, SL, así como sus compañías aseguradoras de responsabilidad civil, que esta parte desconoce.

Como fundamento de los anteriores hechos se adjuntan a la presente demanda los siguientes DOCUMENTOS:

- Con relación del primer hecho, se adjunta como DOCUMENTO nº1 la notificación efectuada por el Ayuntamiento de Ayamonte en la que comunica a los Ayuntamientos de Castro Marim y Vila Real de Santo António el vertido producido por el accidente.
- En relación al segundo y a los sucesivos hechos, se adjuntan a los análisis de composición del agua del acuífero (DOCUMENTO nº2) , de la tierra (DOCUMENTO Nº 3) y de la concentración de bacterias presente en las olivas (DOCUMENTO Nº4) , realizados por el laboratorio “Suárez Balsas e hijos SL”.

A su vez, se aportan los certificados médicos de los pacientes afectados (DOCUMENTOS nº5 a 101) y la estimación de pérdida realizada por la Asesoría Paulao y asociados, que certifica que los daños en las cosechas ascienden a 6 millones de euros (DOCUMENTO nº102).

A los anteriores hechos, le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Que los citados hechos podrían ser constitutivos del delito tipificado en el artículo 325 del Código Penal, el cual dispone que *“Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente,*

provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

Segundo.- Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón núm 362/2004 de 3 de diciembre, los requisitos para que nazca responsabilidad penal son los siguientes:

- La realización de una acción, definida como, “provocar” o “realizar” directa o indirectamente emisiones o vertidos, de cualquier clase, también ruidos, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas. En este caso el vertido se ha realizado de forma efectiva, como se desprende del Documento nº1.
- Un elemento normativo, que consiste en la infracción de norma medioambiental, es decir, norma protectora del medio ambiente, nacional, autonómica, local o bien de la Comunidad Económica Europea.
- La producción de un resultado típico consistente en la creación de un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas o de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. En este caso, el riesgo se ha materializado, ya que se han intoxicado 96 personas y se han perdido terreno agrícola por un valor de 6 millones de euros, tal y como se desprende de los Documentos 5 a 102.
- El tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por su conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro. En todo caso, el artículo 331 CP prevé expresamente la posibilidad de que estos delitos se puedan cometer por imprudencia grave. En este caso, la dejadez tanto de la empresa como del encargado municipal de la vigilancia de las obras, Don Segismundo, hoy fallecido, dieron lugar al accidente que ocasionó el fallo general decisivo.

En conclusión, lo decisivo para aplicar el tipo penal es lo relevante para calificar a la conducta como recogida por el tipo penal es la creación de un riesgo grave que ponga en peligro la salud de las personas y el equilibrio de los sistemas naturales., ya que tal y como establece la Sentencia 23 de enero de 2002 de la Audiencia Provincial de Barcelona: *“La comisión del ilícito penal exige que el vertido suponga un riesgo concreto para el medio ambiente, que debe quedar debidamente acreditado. La prueba idónea para la acreditación de este extremo es la pericial.”* En ese caso, como demuestran los dictámenes médicos y periciales aportados, el daño se ha producido de forma efectiva por lo que sí se aplica el ilícito penal.

En su virtud,

AL JUZGADO Suplico que teniendo por presentado este escrito, con sus copias se sirva admitir la presente **DENUNCIA** y acordar la tramitación de la misma con la mayor urgencia, así como investigar los hechos denunciados al objeto de esclarecer las eventuales responsabilidades penales dimanantes de los mismos.

Es Justo, en Ayamonte, a 23 de febrero de 2014

Firma de Abogado

Firma de Procurador

Doña María Mariño Montes

Don Juan Diego Alonso de la Torre

OTROSÍ DIGO que solicito la práctica de las siguientes diligencias de prueba:

- k) Que se proceda a la toma de declaración, en calidad de imputados, de los Administradores o representantes legales de la mercantil PCSP, SL, con domicilio social en Monforte de Lemos, Calle de la Noche número 14 y CIF B7878789.
- l) Que se tome declaración, en calidad de perjudicados, a los pacientes afectados por la contaminación del agua del acuífero, cuyas circunstancias personales constan en los informes médicos aportados con el presente escrito.
- m) Que se proceda a la toma de declaración, en calidad de testigos, a los técnicos del laboratorio “Suárez Balsas e hijos SL” en relación con los análisis de composición del agua del acuífero, de la tierra afectada y de la concentración de bacterias presente en las olivas afectadas.
- n) Que se tome declaración, en calidad de testigos, a los facultativos que firman los certificados médicos de los pacientes afectados.
- o) Que se tome declaración, en calidad de testigos, a los técnicos de la Asesoría Paulao y asociados, que certifica que los daños en las cosechas ascienden a 6 millones de euros, siendo necesario, en su caso, proceder a su citación mediante auxilio judicial internacional.
- p) Que se requiera a la empresa PCSP, SL, con domicilio social en Monforte de Lemos, Calle de la Noche número 14 y CIF B7878789, la remisión al Juzgado cualquier póliza de aseguramiento de responsabilidad civil que tenga suscrita para el desarrollo de su actividad mercantil.

AL JUZGADO SUPLICO NUEVAMENTE que, teniendo por efectuadas las anteriores manifestaciones, se acceda a lo solicitado y se decrete lo pertinente para su práctica en legal forma.

Igual lugar y fecha.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

MENÉNDEZ GÓMEZ, Emilio: *Contratos del Sector Público: Contratos de Obras Públicas*. Ed. Aranzadi SA. Pamplona. 2008

MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios*. Ed. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2005

ALENZA GARCÍA, José Francisco: *Manual de Derecho Ambiental*. Editado por la Universidad Pública de Navarra. Pamplona. 2001

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis: *Lecciones de Derecho Ambiental*. Editorial Lex Nova. 4ª Edición. Valladolid. 2005

DE MIGUEL PERALES, Carlos: *Derecho Español del Medio Ambiente*. Editorial Civitas. . Año 2000.

LEGISLACIÓN APLICABLE

España. Real Decreto Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Boletín Oficial del Estado , de 16 de noviembre de 2001, número 276 . Ref: BOE-A-2011-17887

España. Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado, de 26 de octubre de 2001, número 257. Ref: BOE-A-2001-19995

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, número 281. Ref: BOE-A-1995-25444

España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, de 17 de septiembre de 1882, número 260, Ref: BOE-A-1882-6036

España. Ley 32/2006 de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción. Boletín Oficial del Estado, de 19 de octubre de 2006, número 250, Ref: BOE-A-2006-18205

España. Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción. Boletín Oficial del Estado, de 25 de agosto de 2007, número 204, Ref: BOE-A-2007-15766

España. Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, de 29 de junio de 1994, número 154. Ref: BOE-A-1994-14960

España. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Boletín Oficial del Estado, de 10 de noviembre 1995, número 269, Ref: BOE-A-1995-24292

España. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Boletín Oficial del Estado, de 6 de agosto de 2000, número 189. Ref: BOE-A-2000-15060

España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil. Boletín Oficial del Estado de 25 de julio de 1889, número 206. Ref: BOE-A-1889-4763

España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Boletín Oficial del Estado de 11 de octubre de 2011, número 245. Ref: BOE-A-2011-15936

España. Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado de 2 de julio, número 161. Ref: BOE-A-2010-10544

España. Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. Boletín Oficial del Estado de 24 de octubre de 2007, número 255. Ref: BOE-A-2007-18475

Unión Europea. Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”). Diario Oficial de la Unión Europea, número 199. Ref: L-2007-81334

Unión Europea. Reglamento (CE) nº44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Bruselas I”). Diario Oficial de la Unión Europea, número 12, Ref: DOUE-L-2001-80073

España. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Boletín Oficial del Estado de 27 de noviembre de 1992, número 285. Ref: BOE-A-1992-26318

España. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado de 14 de julio de 1998, número 167. Ref: BOE-A-1998-16718

DICTÁMENES Y JURISPRUDENCIA

Informe 31/05, de 29 de junio, de la Junta Catalana de Contratación Administrativa

Informe 56/2006, de 26 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Central

Resolución número 276/2012, de 5 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales

Dictámen número 222/2010, de 14 de octubre, del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha

Informe 31/00, de 30 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Central de

Sentencia del Tribunal Supremo número 696/2013, de 26 de septiembre

Sentencia del Tribunal Supremo número 73/2001, de 19 de enero

Sentencia del Tribunal Supremo número 1063/2001, de 1 de junio

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1991, RJ: 1991/538

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1985, RJ: 1985/3787

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2001, RJ: 2002/1424

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1995

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 abril de 1992

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre 2002

Sentencia del Tribunal Supremo 13 de febrero de 1991, RJ: 1991/1020

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1991, RJ: 1991/2739

Sentencia del Tribunal Supremo número 1654/2001, de 26 de septiembre

Sentencia del Tribunal Supremo número 1355/2000, de 26 de julio

Sentencia del Tribunal Supremo número 740/2001, de 20 de octubre

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, número 309/2012, de 6 de septiembre

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de marzo de 2006

Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León , número 1447/2001, de 23 de junio

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de enero de 2006

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 21 de febrero de 2001

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona número 452/2007, de 15 de junio

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de abril de 2012

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de febrero de 2014

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de enero de 2002

Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 3 de diciembre de 2004