

Expediente: 23/2019

Objeto: Resolución culpable del contrato de obras del edificio Socio-Deportivo en Ardoi Norte.

Dictamen: 27/2019, de 10 de junio

DICTAMEN

En Pamplona, a 10 de junio de 2019,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza Presidente, doña Socorro Sotés Ruiz, Consejera-Secretaria, y doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente don José Iruretagoyena Aldaz,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación de la consulta

El día 15 de abril de 2019 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta del Gobierno de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre la propuesta de resolución culpable del contrato de obras del edificio Socio-Deportivo en Ardoi Norte, solicitado por el Ayuntamiento de Zizur Mayor.

Se acompaña a la consulta el expediente administrativo tramitado por el Ayuntamiento de Zizur Mayor que culmina con la propuesta de resolución que es objeto del presente dictamen.

I.2ª. Antecedentes de hecho

De la documentación remitida a este Consejo resultan los siguientes hechos relevantes:

Primero: El Ayuntamiento de Zizur Mayor, el 29 de junio de 2017, aprobó el Proyecto de obras “Edificio Socio-Deportivo en Ardoi Norte de Zizur Mayor” y el inicio del procedimiento de contratación para su adjudicación, con su correspondientes Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares, procediendo a publicar en el Portal de Contratación de Navarra el correspondiente anuncio de licitación con las siguientes características: procedimiento abierto inferior al umbral comunitario con un presupuesto de ejecución material, sin IVA, de 2.127.498,19 €, y plazo de ejecución de 300 días desde la firma del Acta de Comprobación del Replanteo e Inicio de la Obra.

Segundo: Por lo que al presente dictamen interesa, se reseñan algunas previsiones contenidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares:

Pliego de cláusulas administrativas

Las obras que se pretenden contratar deberán realizarse con sujeción estricta al Proyecto redactado y su separata económica que sirve como documento base de licitación (cláusula 1ª).

Los trabajos se ajustarán también a los criterios y directrices que marquen tanto la dirección técnica como los servicios técnicos municipales..., las obras deberán quedar totalmente terminadas en el plazo de trescientos días naturales contados desde la firma del Acta de Comprobación del Replanteo, o en el plazo que señale en su oferta el adjudicatario, en el caso que éste último sea inferior... Una vez adjudicada la obra, y previamente al inicio de la misma, el contratista deberá reestudiar el cronograma, ajustándolo a las fechas concretas en las que se desarrollarán las obras..., este planning será el que sirva de base al seguimiento por parte de la propiedad y la Dirección de Obra para el control de los plazos. A su vez y durante la ejecución de los trabajos exigirá un reestudio del planning mensual en el que se recogerán los ajustes que se vayan produciendo y que

se adjuntará a cada certificación de obra. Los incumplimientos en los plazos de ejecución del contrato, así como los del resto de condiciones establecidas en los pliegos serán sancionados de conformidad con lo dispuesto en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en lo sucesivo, LFCP), artículo 103, sin perjuicio de la indemnización, en su caso, de los daños y perjuicios causados (cláusula 4ª).

Se señalan como causas de resolución del contrato de obra las previstas en los artículos 124, con carácter general, y 139 de la LFCP, estableciendo que, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del adjudicatario será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada (cláusula 18).

Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares

El contratista deberá actualizar el cronograma de obra mensualmente y/o a requerimiento de la Dirección de Obra o de la propiedad (cláusula 10).

El contratista estará también obligado a transcribir en el libro de órdenes, cuantas órdenes o instrucciones reciba por escrito de la Dirección y a firmar, a los efectos procedentes, el oportuno acuse de recibo (cláusula 11).

El contratista tendrá en todo momento, la obligación de atender las órdenes e instrucciones que por escrito, le sean dictadas por el personal designado por el Ayuntamiento para la vigilancia y control de las obras, tanto en la realización de los trabajos como en la forma de su ejecución (cláusula 12).

Tercero: El Pleno del Ayuntamiento de Zizur Mayor, el 20 de octubre de 2017, adjudicó la obra del edificio socio-deportivo en Ardoi Norte a la empresa “...” (en lo sucesivo,...) en la cantidad de 2.484.173,26 € (IVA incluido), con un plazo de ejecución de 220 días naturales, computándose tal plazo a partir del día siguiente al de la formalización del contrato.

El contrato se formalizó el 7 de noviembre de 2017, haciéndose referencia al plazo de ejecución, a la aceptación expresa del adjudicatario de las cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato y al sometimiento expreso a la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos y demás disposiciones vigentes en materia de contratación que le sean de aplicación.

Cuarto: La Memoria de ejecución de la obra presentada por la empresa adjudicataria, en relación con el planteamiento de la obra, indicaba lo siguiente:

“Debido a la distinta naturaleza de las dos partes que componen la nueva edificación, se plantea la división de los trabajos de estructura y cubierta de la zona de pista y del nuevo edificio, de manera que puedan ejecutarse en paralelo y que permitan la reducción de los plazos de obra”.

Por lo que se refiere a la capacidad e idoneidad de la empresa, la memoria establecía que:

“... si dispone de los medios necesarios para la correcta ejecución de la obra, avalada por la experiencia de la empresa y de sus empleados en la construcción de edificios similares. Los medios humanos que se encargarán de la ejecución de la obra, Jefe de Obra, Jefe de Producción, Encargado, Técnico de Instalaciones, Técnico de Seguridad y Salud, Calidad y Medioambiente y personal administrativo, cuentan con 10 o más años de experiencia en la empresa y en la realización de obras similares.”

La memoria establecía en el apartado “planificación de la ejecución de la obra”, en el subapartado de “Programa de trabajo”, que:

“Se ha desarrollado un programa de trabajo completo, recogiendo las unidades necesarias para la realización de la obra, indicando las relaciones de actividades predecesoras y sucesoras, sus respectivos rendimientos y definiendo la asignación de equipos empleados. Se señalan, así mismo, las tareas críticas y las holguras de cada unidad de obra, representando todos estos conceptos en el Diagrama de Gantt adjunto. Quedan representadas también las previsiones de certificación y de recursos por meses, así como el cuadro de rendimientos para las actividades críticas.

Siguiendo el citado programa, la duración de la obra comprendería 220 días naturales, desde la firma del acta de replanteo el 1 de enero de

2018, hasta la entrega final de obra el 9 de agosto de 2018. Este periodo corresponde a 158 días laborales, que son el resultado de eliminar los fines de semana al periodo de días naturales, y que se verán afectados por el factor de rendimiento de días festivos.

Justificación de rendimientos

Para el cálculo de los distintos tiempos destinados a cada actividad se han tenido en cuenta los siguientes factores:

Rendimientos y número de equipos, destinados en cada actividad y en el caso principalmente de las instalaciones han sido consultados con los distintos gremios y proveedores cuya participación es fundamental en el desarrollo de esta obra.

Plazos de fabricación y entrega de los materiales: Al comienzo de la obra se presentarán muestras a la Dirección Facultativa, sobre todo de aquellos que tengan un periodo de fabricación o entrega en obra más largos, de manera que puedan pedirse con suficiente antelación para tenerlos en obra en el momento que deban ser empleados, de acuerdo al Plan de Obra.

Actividades Críticas: Se representan en rojo y suponen un HITO para dar continuidad al resto de actividades, habrá que dedicar mayor atención para evitar que se originen retrasos, ya que de ellas depende la continuidad de las demás.

Condicionantes externos: Aquellos que puedan afectar al desarrollo de las obras, como son los factores climatológicos, los días laborables y la parada de máquinas. Por lo tanto, los rendimientos de las actividades a realizar se ven afectados por coeficientes reductores que tienen en cuenta...”

Quinto: El contrato se formaliza con fecha 7 de noviembre de 2017 y el 20 de noviembre de 2017 se suscribe el Acta de Comprobación de Replanteo en la que se hace constar que no se encuentran causas aparentes que impidan el comienzo de las obras.

El 30 de noviembre de 2017 se emite la primera certificación por importe de 8.601,18 € más IVA; la certificación de 31 de diciembre de 2017 suma un importe de 24.300,78 €, más IVA; la de 30 de enero de 2018 asciende a 53.373,68 € y la de 27 de febrero de 2018 se firma con un importe de 13.501,22 €.

El 28 de febrero de 2018, la representante de..., presenta escrito ante el Ayuntamiento de Zizur Mayor indicando que firmó la certificación de

febrero con la finalidad de obtener el cobro de las cantidades pendientes por la obra ejecutada pero, indica que, ante la negativa de la dirección de obra y propiedad a incluir determinados conceptos y unidades en la certificación, manifiesta que mantiene su derecho a exigir el cobro de determinadas unidades (montaje de cierre y red, desmontaje de puertas, pozos de cimentación y gestión de residuos reclamada), para lo que presenta una relación de precios contradictorios.

Las certificaciones de marzo, abril, mayo, junio y julio, son emitidas por la Dirección de Obras por importes respectivamente de: 43.107,12 €; 52.753,26 €; 118.000,85 €; 167.469,50 €, y 60.196,7 € sin la firma o conformidad de la empresa contratista.

El 31 de agosto de 2018, la dirección de obra emite certificación con importe cero en relación con la obra del centro socio-deportivo Ardoi Norte, al igual que sucede con las certificaciones correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre.

Sexto: Por lo que al plazo de ejecución del contrato se refiere, resulta necesario indicar que, el 21 de febrero de 2018, la empresa contratista solicita ampliación del plazo de ejecución de las obras del centro socio-deportivo indicando que se había producido un retraso en la ejecución por causas imputables al Ayuntamiento de Zizur Mayor. Entre los motivos que fundamentaban la solicitud de ampliación se indicaban los siguientes: desvío del gas y electricidad no contemplados en el proyecto; pozos de cimentación al haberse encontrado el sustrato rocoso en una rasante contraria a la indicada en el proyecto; indefinición en la ejecución del muro del pabellón; dudas planteadas con la estructura metálica subcontratada a otra empresa.

El 2 de marzo de 2018, en cumplimiento del requerimiento efectuado por el Ayuntamiento de Zizur Mayor, ..., presenta escrito en el que pormenoriza sus pretensiones. En dicho escrito, se manifiesta que la dirección de obra está incumpliendo su obligación de expedir la relación valorada respecto de la obra ejecutada, lo que puede conllevar un retraso en el pago que generará intereses moratorios.

Estima, igualmente, que se ha visto obligada a ejecutar partidas no previstas en el contrato siguiendo indicaciones de la dirección que cuantifica, sobre la base de los precios contradictorios que propone, en un total de 110.428,65 € (demoliciones, pozos de cimentación, incremento muro, ejecución muro fachada oeste y muro de hormigón en zona del nuevo armario de gas).

En ese escrito se indicaba que, caso de que no se admitiera su pretensión, el contratista valoraría la posibilidad de desistir de la ejecución al amparo del artículo 106 de la LFCP. Igualmente, se adjuntaba una concreción de los costes indirectos que a juicio de..., se le estaba causando “por retraso en paralización temporal”, que cuantificaba en 39.008,96 € en el mes de diciembre de 2017; 38.219,02 € en el mes de enero de 2018; 42.814,74 € en el mes de febrero y 21.407,37 € en marzo, ascendiendo a un total de 141.450,09 €.

Séptimo: El 12 de marzo de 2018 la dirección facultativa informa la reclamación formulada por... proponiendo su desestimación.

En relación con el desvío de gas y electricidad considera que con una buena planificación de la contrata podría haberse gestionado mucho antes la desviación por lo que entiende que el retraso es imputable a la contrata. En lo referente a los pozos de cimentación, la dirección facultativa considera que como máximo esta cuestión podría conllevar un aumento del plazo de ejecución en ocho días. Respecto a la indefinición del muro del pabellón, la dirección facultativa entiende que aunque la obra estuvo sin actividad durante una semana se podrían haber ejecutado durante ese tiempo otros muretes, sin que se hubiera producido ninguna parada. Igual conclusión obtiene respecto a los retrasos invocados por las dudas planteadas en la estructura metálica, la contrata debería haber sido más diligente y podría haber realizado otras labores.

A la vista del citado informe, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zizur Mayor, en sesión celebrada el 20 de abril de 2018, considera que no se justifica la existencia de paralización no imputable al contratista y manifiesta que no procede entrar a valorar los costes indirectos

reclamados aunque, con efectos meramente subsidiarios, los desestima, entre otras razones por considerar que contienen datos que no se ajustan a la realidad, son conceptos inadmisibles y no se calculan de forma procedente. El citado acuerdo fue notificado a... por correo certificado el 26 de abril de 2018 y contra el cual se interpuso recurso de reposición en el que se discrepa de la argumentación esgrimida por la dirección facultativa para desestimar su reclamación, aporta informe técnico explicativo de sus argumentaciones y abundante documentación en la que pretende su fundamentación, entre ellas diversas actas de obra. En el aspecto jurídico, considera que es evidente la existencia de nuevas unidades de obras no previstas en el proyecto, lo que debe conllevar la aprobación de las necesarias modificaciones con la aprobación de precios contradictorios y la repercusión de tales modificaciones sobre el plazo de ejecución del contrato.

El recurso de reposición fue trasladado a la dirección facultativa quien, mediante informe de 2 de julio de 2018, se ratifica en su opinión anterior. En su informe, además, se añade que... se había comprometido a ejecutar el contrato en 220 días naturales a partir de la fecha de formalización del contrato (7 de noviembre de 2017), que posteriormente, tras mucha insistencia de la dirección, se presentó planning que contemplaba terminar la obra el 9 de agosto de 2018, y que en esa fecha, transcurrido el 85 por 100 del plazo de ejecución, solo se había construido lo equivalente al 23 por 100 del importe contratado. Añade que la empresa no ejecuta partidas presupuestarias de importe económico elevado sin justificar dicho comportamiento y, en consecuencia, tampoco ejecuta partidas presupuestarias posteriores, con lo que la obra está casi parada sin motivo justificativo.

Octavo: En el expediente administrativo queda constancia de diferentes reclamaciones efectuadas por... frente al Ayuntamiento.

Así, el 21 de marzo de 2018 presenta escrito de queja formal por el retraso en el pago de las certificaciones y por el impago de los precios contradictorios solicitados lo que, reitera el 3 de abril de 2018.

El 25 de mayo de 2018 presenta escrito de discrepancia con respecto a la sexta certificación solicitando se revisen las mediciones.

En relación con tales reclamaciones la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zizur Mayor adoptó el 8 de junio de 2018, acuerdo por el que se informaba que, de conformidad con el artículo 135 de la LFCP, corresponde a la Dirección de la obra la elaboración mensual valorada de la obra ejecutada y desestimaba la reclamación frente a la cuarta certificación y al cobro de las unidades reclamadas ya que, conforme al informe de la Dirección de 27 de mayo de 2018, o bien no debían ser considerados precios contradictorios a la vista de partidas incluidas en el presupuesto del proyecto y, por lo que se refiere a la gestión de residuos, ya había sido tratado en otro expediente en el que se había efectuado un requerimiento de subsanación que está pendiente de cumplimiento. Igualmente se desestimaban los reparos a la sexta certificación y se aprobaban las seis certificaciones de obra en los términos emitidos por la Dirección de Obras. Dicho acuerdo fue notificado a..., mediante correo certificado el 25 de junio de 2018.

Entre tanto, el 5 de junio de 2018,... presenta informe de discrepancia respecto a la séptima certificación, reclamación que es desestimada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de junio de 2018, sobre la base del informe emitido por la Dirección facultativa el 18 de junio de 2016; acuerdo que se le notificó por correo certificado el 6 de julio de 2018.

Noveno: Obran en el expediente informes de la policía Local de Zizur Mayor de patrullaje por las obras del centro socio-deportivo de Ardoi, realizadas diariamente, en dos ocasiones cada día, desde el 6 de agosto hasta el 20 de octubre de 2018, en los que se indica la ausencia de actividad en la obra, con las instalaciones la mayor parte de las veces cerradas y, en ocasiones, abierta, con la jefa de obra en la oficina de administración pero sin actividad y sin trabajadores.

Décimo: El 28 de mayo de 2018 la empresa... presenta un escrito denominado "Soluciones para la viabilidad de ejecución de Obra Edificio Socio-Deportivo Ardoi", en el que se indicaba que durante las obras se

habían producido varios imprevistos que le habían generado un sobrecoste de la obra que cuantificaba en 527.360,84 €, lo que suponía un desvío del 25,70 por 100 respecto del contrato inicial (se especificaban y cuantificaban los diferentes conceptos considerados por...). Tras ello, proponía la eliminación o variación de partidas que supondrían un ahorro y así compensar, en parte, los incrementos habidos. Por supresión o modificación de partidas se cuantificaba el ahorro en 238.384,00 € por lo que consideraba que, compensándolo con los incrementos habidos, el desvío de la obra podía reconducirse a un total de 288.976,80 €, lo que supondría un 14,08 por 100 de incremento con respecto al precio de adjudicación. En tal caso, se consideraba que el plazo para finalizar la obra debía fijarse en el 11 de diciembre de 2018.

Decimoprimer: El 8 de junio de 2018, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Zizur Mayor, tras exponer que, a juicio del Ayuntamiento, las obras del edificio socio-deportivo en Ardoi no se estaba desarrollando conforme a los ritmos previstos debido a incumplimientos imputables a la empresa...,tal y como se derivaba del informe emitido por la Unidad Gestora del Contrato, adoptó acuerdo por el que, tras advertir a... de incumplimiento en la ejecución del contrato en el plazo ofertado, del incumplimiento de sus obligaciones contractuales de velar por la buena marcha de la obra aportando los medios personales necesarios para cumplir con los rendimientos ofertados, así como de otros incumplimientos concretos relativos a presentación de muestras, presentación de planning de trabajo, etc., se le requería para que procediera al cumplimiento de todas las obligaciones contractuales conforme a los Pliegos, a la oferta presentada y a la legislación contractual y “en definitiva, a la ejecución de la obra contratada conforme a los plazos y a la planificación comprometida”, así como al cumplimiento concreto y sin carácter exhaustivo, de una serie de obligaciones concretas que se especificaban en el citado acuerdo.

Decimosegundo: El 18 de julio de 2018, la empresa... presenta escrito de alegaciones al acuerdo anterior en el que indicaba que la situación fáctica descrita por el Ayuntamiento de Zizur Mayor no se correspondía con la realidad ya que, como había venido advirtiendo, en su opinión, se habían

producido continuas modificaciones y ampliaciones de plazo que surgían como consecuencia de nuevas unidades no previstas que había que acometer por razones no imputables a la contrata. Añadía que estas modificaciones, con nuevas unidades de obra, no sólo habían supuesto una modificación del plazo contractual en el sentido de desplazamiento lineal del plazo final, sino también la modificación del proceso de ejecución de la obra y de sus fases correspondientes con un cambio en la planificación y metodología de la obra con sobrecostes a la contrata.

Con carácter no exhaustivo señalaba los siguientes problemas: desvío de gas y electricidad, pozos de cimentación, indefinición del muro norte, dudas sobre la estructura metálica, solicitud de nuevas unidades de obra.

La contrata consideraba que los incumplimientos no podían imputarse a ella y que cabía plantearse si la situación de la obra respondía a defectos o errores de proyecto. Buena prueba de ello era que se habían certificado unidades de obra nueva que, en su opinión, deberían haberse tramitado conforme a lo establecido por el artículo 106.2 de la LFCP, lo que no se había hecho.

Igualmente, consideraba que la Administración había omitido cualquier actuación o resolución a sus continuas peticiones. Con cita de la sentencia de 9 de mayo de 2005, del TSJ de Navarra, consideraba que no había incumplimiento culpable imputable al contratista, sino que el incremento del plazo era causa de la falta de claridad y precisión del proyecto y consideraba que la actuación del Ayuntamiento era contraria a los principios de buena fe y confianza legítima.

Decimotercero: El 18 de julio de 2018, la Unidad Gestora del Contrato del Ayuntamiento de Zizur Mayor vuelve a informar que la empresa lejos de esforzarse en la construcción, dotando de equipos y medios adecuados para su ejecución, la obra se encontraba en una situación de semiabandono, estando únicamente la jefa de obra y dos o tres operarios de una empresa subcontratada. Se comprueba que en el libro de subcontrataciones desde el 3 de julio no hay anotaciones de nuevas empresas, tampoco se han presentado las muestras de materiales requeridas, por lo que vuelve a

reiterar que el estado de la obra se debe a la falta de interés de la contrata para ejecutar la obra en las condiciones comprometidas. Ante dicho informe, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento en sesión celebrada el 23 de julio de 2018 reitera los requerimientos efectuados por acuerdo de 8 de junio de 2018 y le exige que, en el plazo de una semana, informe sobre las estrategias y medidas concretas para llevar a buen fin el cumplimiento del contrato, presente documentación acreditativa de la forma en que va a cumplir el apartado “otras mejoras planteadas”, y los compromisos de participación con empresas sociales, con la advertencia final de que se podrán imponer las penalidades que puedan proceder, sin perjuicio de la exigencia de la indemnización de daños y perjuicios que resulten acreditados por dilación indebida en la ejecución de la obra.

Decimocuarto: El 10 de agosto de 2018... presenta recurso de reposición contra el anterior acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento en el que se reitera en las alegaciones formuladas en julio.

Durante el mes de agosto y primeros de septiembre se intercambian diversos correos electrónicos que finalmente se concretan en una reunión entre la contrata, la dirección de obra y el Ayuntamiento que se celebra el 10 de septiembre de 2018.

El día 18 de septiembre... presenta escrito en el Ayuntamiento en el que se hace referencia al documento con precios contradictorios que el Ayuntamiento entregó en la citada reunión y considera que de tal escrito se deriva que el órgano de contratación trató de reconocer lo que la empresa había venido reclamando reiteradamente, aunque se hace de forma irregular y contraria a la buena fe contractual.

Entiende que el documento aportado por el Ayuntamiento acredita las continuas modificaciones y ampliaciones de plazo, pero que a pesar de ello... rechaza el documento, ya que su importe no se corresponde con lo por ella reclamado, haciendo especial referencia al capítulo de Gestión de Residuos de tierras. Se insiste en cuestiones anteriores y se afirma que la Administración, desde febrero de 2018, ha omitido cualquier actuación y resolución respecto a sus peticiones sobre la imposibilidad de continuar la

ejecución del contrato. Tras todo ello, concluye manifestando que aunque el documento entregado constituye una clara irregularidad, conlleva el reconocimiento de la situación fáctica de la obra y la responsabilidad del órgano de contratación y de la dirección de la obra y que los precios e importes reconocidos no pueden ser aceptados en el caso de que tal documento tuviera oficialidad ya que no se corresponde con el coste real, ni los costes indirectos.

Decimoquinto: El 21 de septiembre de 2018, la Junta de Gobierno Local adoptó nuevo acuerdo por el que se volvía a advertir a... del incumplimiento culpable del contrato y se le requería nuevamente para la ejecución contratada conforme a los plazos y a la planificación comprometida, advirtiéndole de que si no reiniciaba las obras de manera inmediata y a un ritmo adecuado se incoaría expediente de resolución contractual por incumplimiento culpable con la imposición de las penalidad que procedan y con la exigencia de indemnización de los daños y perjuicios que resulten ocasionados a la Administración.

Notificado dicho acuerdo,... presentó escrito de contestación el 2 de octubre de 2018 en el que se reiteraba en que desde el comienzo de la obra aparecieron una serie de circunstancias que por causas no imputables a la contrata impidieron cumplir con los plazos ofertados, que... a través de diferentes escritos había requerido para que las certificaciones de obra incluyeran esas nuevas unidades de obra con los precios contradictorios propuestos o se tramitara la oportuna modificación contractual sin que por parte del órgano de contratación se hubieran atendido tales peticiones ni se suspendiera el contrato. Consideraba que los requerimientos efectuados tenían por finalidad crear una ficción para pretender una posterior resolución contractual, advirtiendo la situación de inseguridad tanto del contrato como de la obra en ejecución y solicitaba el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

Decimosexto: El 23 de octubre de 2018, la Unidad Gestora del Contrato traslada al Jefe de Obra de la Contrata un detallado requerimiento en el que se solicita se dé continuación a los trabajos de estructura, cubierta

e impermeabilizaciones, albañilería, instalaciones, control de calidad y seguridad y salud.

En el escrito de recepción... manifiesta su disconformidad con el contenido del requerimiento.

Constan en el expediente otros requerimientos efectuados a la contrata con fecha 4, 11, 18, 24 y 28 de septiembre de 2018 y 2, 16 y 23 de octubre de 2018, en todos los cuales... manifiesta su disconformidad con su contenido.

Decimoséptimo: Obra en el expediente copia de las actas de obra, treinta en total, que recogen las incidencias desde el 28 de noviembre de 2017 al 31 de julio de 2018. Igualmente obra en el expediente copia de las hojas del libro de órdenes y asistencias, así como un buen número de fotografías que recogen la evolución de la obra desde el 3 de enero de 2018, hasta el 22 de febrero de 2019.

Decimooctavo: El 25 de octubre de 2018 el Pleno del Ayuntamiento de Zizur Mayor, a la vista del estado de la obra y de los informes emitidos con fecha 15 de octubre por la Unidad Gestora del Contrato y por la Dirección facultativa, acuerda el inicio de expediente administrativo para la resolución, por incumplimiento culpable del contratista, del contrato de obras del edificio socio-deportivo de Ardoi en consideración a los graves incumplimientos, incorporando al expediente todos los informes técnicos y requerimientos que en relación con el contrato se han ido produciendo. Además, se solicita la emisión de los informes técnicos necesarios para la evaluación y valoración de los daños que se hayan ocasionado al Ayuntamiento; se advierte a... que la resolución conllevará la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados para lo que se incautará la fianza y si resultase insuficiente se le comunicaba que la Administración podría resarcirse a través de los mecanismos establecidos para los ingresos de derecho público y se notificaba el acuerdo a la empresa... y a la entidad aseguradora.

Los motivos por los que se incoaba el expediente de resolución culpable del contrato se concretaban en: la demora en la ejecución de la

obra con ralentización, falta de rendimiento y paralización de la misma; y el incumplimiento de las obligaciones sociales planteadas y valoradas en la licitación.

Demora en la ejecución de la obra

En relación con este apartado, el acuerdo de incoación del expediente indicaba que:

“Ya desde el inicio de la obra se ha venido detectando que... lejos de velar por la buena marcha de la obra con la dedicación de los medios y rendimientos ofertados, ha procedido, desde el inicio de la obra, por diversos medios a la ralentización y entorpecimiento de la misma (que ha derivado finalmente a la situación actual) llegando ya hace meses a su paralización total.

De esta forma, tal y como constata la Unidad Gestora del contrato, en un momento tan crucial como el inicio de la obra en el que según el planning aportado por la contrata se procedería a la resolución de posibles indefiniciones, la misma no dispuso de Jefe de Obra lo cual en palabras del propio informe de la Unidad Gestora *«supuso un hándicap en los albores de la obra con la falta de ejecución de hitos trascendentales previstos en su plan como son la resolución de indefiniciones del proyecto y el replanteo de las instalaciones y resolución de nudos»*. Igualmente, en estos inicios, se advierte que la contrata paraliza la obra por vacaciones en diciembre, retrasando con ello la ejecución de las partidas establecidas en su propio planning.

En los inicios de la ejecución de obra se dieron dos circunstancias imprevistas como son: el desvío de las instalaciones de gas y una mayor profundidad de la cimentación. Sin embargo, tal y como se afirma tanto el informe de la Unidad Gestora como el de la Dirección de Obra, aun suponiendo una mayor obra (ya certificada y abonada) y un ligero aumento del plazo (8 días), no debía dar lugar a la paralización de la obra atendiendo a la ejecución de otras partidas de la misma e implementando las estrategias que la contrata proponía en su oferta técnica. Sin embargo, ésta lejos de optimizar sus recursos e implementar las estrategias ofrecidas, paralizó la obra en tanto que se resolvían estas cuestiones a la vez que reclamaba costes indirectos por dicha ralentización que era en todo caso a ella imputable.

Con posterioridad y a lo largo de toda la obra,... se ha dedicado a plantear objeciones, dudas sin la previsión suficiente, precios contradictorios improcedentes de forma sistemática, solicitando incrementos injustificados de los precios de la obra, no acreditando la contratación de los servicios, suministros o subcontratas necesarios

para un desarrollo correcto de la obra y, en definitiva, ralentizando o paralizando las obras bajo estos pretextos y otros. Tal y como se refleja en el informe de la Unidad Gestora se observa *«una falta de diligencia (de la contrata) en las actuaciones demostrable con las demoras en las consultas realizadas a las empresas suministradoras de los servicios, como la falta de disposición de ejecutar los trabajos asumibles con los propios medios de la obra civil.»*”

Por otra parte, no ha sido posible que la adjudicataria presentase mensualmente las referencias al planning de obra al objeto de ir ajustando los rendimientos con el fin de terminar la obra en el plazo contractual y ello, a pesar de que tal obligación se establecía en los Pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas y de los diversos requerimientos de los que se le ha dado traslado.

Asimismo, tal y como se constata en el informe de la Unidad Gestora, se advierte una absoluta falta de diligencia y operatividad en la ejecución de las tareas pendientes y ello a pesar de las aclaraciones e indicaciones de la Dirección de obra sin que hayan hecho acto de presencia en ningún momento las presuntas empresas subcontratistas encargadas de la ejecución de la obra, no acreditándose su contratación tan necesaria para el desarrollo de la misma.

La Dirección de Obra ha indicado, tanto en las actas como en el libro de órdenes, que se constata una falta de medios y una insuficiente aplicación de recursos en obra, amén de la ausencia de simultaneidad en trabajos compatibles como ha sido la ejecución de la estructura de hormigón con la estructura metálica.

Tal y como se refiere en los informes técnicos y demás documentación obrante, ha existido desde hace meses un abandono tácito de la obra dado que no se mantiene personal operativo que ejecute tareas, aun existiendo multitud de partidas que se pueden y se deben ejecutar, haciendo caso omiso a los requerimientos que en ese sentido se han efectuado tanto por la Dirección de obra como por el Ayuntamiento. Asimismo, no se da información por la adjudicataria sobre sus próximas actuaciones ni se efectúan aclaraciones necesarias para la resolución, en su caso, de nudos,

replanteo de cerramientos o distribuciones en el edificio, encontrándose la obra en una situación cercana al abandono estando únicamente en la misma el Jefe de Obra y uno o dos operarios realizando tareas auxiliares. De esta forma, una vez más vuelve a constatarse que... no plantea actuaciones para mejorar los rendimientos en la obra sino todo lo contrario. Es preciso destacar que no existen motivos técnicos para justificar ese estado de la obra observándose la falta de interés real de... de llevarla a buen término y en las condiciones pactadas, pudiéndose afirmar que la obra está paralizada siendo una muestra de ello que las últimas certificaciones mensuales son por cuantía de 0 €. De todo ello, se da buena cuenta en las actas de visita de obra, en los informes de la Dirección Facultativa y Unidad Gestora, en los partes de Policía Municipal y en las fotografías que muestran una obra en un estado cercano al abandono.

Incumplimiento de las obligaciones sociales planteadas y valoradas en la licitación

“La adjudicataria... presentó en su propuesta técnica la subcontratación de empresas con políticas acreditadas de responsabilidad social, concretamente destinaba un 2% del Presupuesto de Ejecución Material (36.180 €) a ello.

Se detallaban las tareas, trabajadores, jornadas e importe económico de las actividades correspondientes en: - Personal de limpieza de casetas de obra: el equivalente a 1 trabajador, 1 vez a la semana durante los 7 meses de obra. El importe destinado será de 140 €/mes, lo que hace un total de 980 €. Personal de seguridad de obra: el equivalente a 1 trabajador, 8 horas de trabajo durante los 220 días de trabajos de obra, en total 1760 horas de trabajo. El importe destinado será de 20 €/hora, lo que hace un total de 35.200 €

Según las distintas visitas de obra y lo inscrito en el libro de subcontratación, estos compromisos se han incumplido. Tampoco se ha acreditado el cumplimiento de este aspecto a pesar de los diversos requerimientos que le fueron trasladados al efecto”.

Decimonoveno: El 14 de noviembre de 2018 emite informe el Patronato de Deportes Ardoi, cuantificando los daños y perjuicios que al citado Patronato le había supuesto el retraso y no ejecución del centro socio-deportivo, en 91.337,03 €, con arreglo al desglose que obra en el expediente, adjuntando las facturas que justifican la cuantificación realizada.

Del mismo modo, el 10 de diciembre de 2018 la Dirección facultativa procede a efectuar la liquidación económica del contrato. Tal y como se indica en el citada liquidación “se ha realizado de forma consecutiva con la anterior certificación mensual número 12, no hay variación del importe atendiendo a que no ha habido actividad en la obra”. La citada liquidación asciende a un importe de presupuesto de contrata de 92.087,09 € más IVA.

La dirección facultativa acompaña otros informes sobre cierre de vallado perimetral, en el que se cuantifica el coste del alquiler de la valla de cierre de la obra durante seis meses y que se cuantifica en 8.676,75 €, más IVA; otro, en el que se realiza un cálculo del incremento de honorarios de la dirección por causa imputable a la empresa..., en el que se cuantifica en 36.663 €, IVA incluido; otro, en el que se realiza una estimación del incremento del coste de la parte de obra no ejecutada por... con un incremento de precios de un 26,35€, que se cuantifica en 592.110,94 € y, finalmente, otro en el que se cuantifica en 111.125,38 € el coste de las reparaciones y correcciones que habrá que realizar en la obra ejecutada.

Por último, el 14 de diciembre de 2018, el Interventor y Secretario municipal suscriben un informe en el que cuantifican en 14.674,33 € el coste del tiempo que el personal municipal han tenido que dedicar a resolver las cuestiones planteadas en relación con el incumplimiento contractual.

Los citados estudios e informes fueron puestos a disposición de... y la entidad aseguradora...

Vigésimo: Con fecha 14 de enero de 2019, mediante correo certificado, la mercantil..., a pesar de considerar que el trámite de audiencia debía de reiterarse al haberse realizado incorrectamente (se invocaba que el CD que le había proporcionado el Ayuntamiento con la propuesta de resolución estaba vacío), formula alegaciones en defensa de sus intereses.

En su escrito se indica que la situación fáctica descrita por la Administración no se corresponde con la realidad, que el plazo de ejecución se ha visto alterado sustancialmente por hechos ajenos a la contratista, que la dirección facultativa y el órgano de contratación no conformaron

correctamente las certificaciones ni en el plazo convenido, que se han ejecutado obras no previstas en el proyecto y que la Administración no ha contestado correctamente a sus muchos escritos. Reitera que se debieron tramitar modificaciones al contrato con ampliación de plazo para afrontar las obras de desviación de la red de gas y electricidad, la modificación de la cimentación, resolver las indefiniciones en la ejecución de muros y en la estructura metálica.

Especifica que las unidades de obra no previstas y que se debieron acometer fueron las siguientes:

PN01a	DEMOLICIÓN Y DERRIBOS ZONA UNIÓN EDIFICIO EXISTENTE	3.089,41 €
PN01b	MONTAJE DE CIERRE Y RED	1.076,15 €
PN01c	DESMONTAJE DE PUERTAS CORREDERAS Y TORNO	2.786,82 €
PN02	GESTIÓN DE RESIDUOS	105.736,38 €
PN03	POZOS DE CIMENTACIÓN	71.306,85 €
PN04	DESVIO Y ADECUACIÓN DE INSTALACIÓN DE GAS	11.142,74 €
PN04a	AUMENTO MEDICIÓN DESVIO GAS	769,22 €
PN05	INCREMENTO POR MURO VISTO	16.427,38 €
PN07	REFUERZO CON BARRAS EN POZOS	4.484,52 €
PN08	EJECUCIÓN MURO DE FACHADA OESTE	13.258,15 €
PN09	EJECUCIÓN MURO DE HORMIGÓN EN ZONA NUEVO ARMARIO DE GAS	2.483,89 €
PN10	DESVIO DE ACOMETIDA ELECTRICA ACTUAL A PROVISIONAL	4.901,56 €
PN11	DEMOLICIÓN Y DERRIBOS MURO DE HORMIGON	1.714,62 €
PN12	CARGA TRANSPORTE DE MATERIAL DENTRO DE PARCELA	2,53 €
		239.180,22 €

Continúa señalando que las modificaciones contractuales han generado la necesidad de modificar ampliando sustancialmente el plazo de ejecución, lo que motiva el abono de costes indirectos reclamados sin que la Administración haya contestado.

Manifiesta que la dirección facultativa continuó requiriendo la ejecución de nuevas unidades de obra con la finalidad de suplir omisiones o indefiniciones del proyecto, que identifica y cuantifica en un importe de 288.062,74 €, por lo que sumando todas ellas suponen un total de 527.242,97 € que supone un 25,68 por 100 de incremento con respecto al presupuesto de contrato, lo que podía conllevar importantes consecuencias

jurídicas llegándose a plantear el desistir de la ejecución conforme a lo establecido por el artículo 106 de la LFCP.

Las alegaciones continúan señalando que la empresa..., podía plantear acciones de responsabilidad patrimonial frente a la Administración, citando diferentes sentencias del TSJ de Navarra en las que se prohíbe el enriquecimiento de la Administración como consecuencia de la imposición de la ejecución de unidades de obra no previstas como consecuencia de defectos o deficiencias en el proyecto constructivo no imputables al contratista.

Niega que se haya incumplido la obligación asumida por... de destinar el 2 por 100 del presupuesto a obligaciones de carácter social y, en relación con ello, indica que con conocimiento de la dirección facultativa los compromisos de limpieza y vigilancia de la obra, que se iban a acometer con esa finalidad, se pospusieron para un momento posterior a una fase más avanzada de ejecución de la obra.

En relación con los daños y perjuicios que se imputan,... dice que se reserva su derecho para alegar cuando tenga conocimiento de los informes que los motivan, considera que no han existido daños y perjuicios reales y recuerda la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de que los daños y perjuicios deben ser reales y no meramente hipotéticos.

Por lo que se refiere a la liquidación y saldo de la obra ejecutada, el alegante indica que se sigue a la espera de que se le de traslado a efectos de contradicción y que, en la misma, deberían incluirse todas las unidades de obra ejecutadas con los precios contradictorios que procedan, adjuntando como documento la propuesta de medición y valoración efectuada por... que asciende a 806.225,15 €, más IVA.

Por último, por lo que se refiere a la pérdida de la garantía como consecuencia de la resolución del contrato, recuerda la doctrina del Consejo de Estado y de los órganos consultivos sobre su naturaleza y alcance.

Vigésimoprimer: Las alegaciones formuladas por... fueron remitidas al órgano gestor y a la dirección facultativa para su informe, quienes se ratificaron en sus argumentaciones emitidas con anterioridad. Especialmente trascendente es el informe de la dirección facultativa de 15 de febrero de 2019 en el que, con abundante documentación, analiza las siguientes cuestiones: aplicación de recursos técnicos de... a la construcción del edificio; la problemática de la gestión de residuos; los plazos de ejecución; las partidas nuevas de la obra; los retrasos en el pago de las certificaciones; los pactos y obligaciones sociales y la ejecución incorrecta de partidas de obra.

El 15 de marzo de 2019 la Secretaria del Ayuntamiento de Zizur Mayor emite informe al expediente de resolución contractual en el que, tras analizar las cuestiones planteadas, considera que concurren las causas de resolución del contrato de obras del edificio socio-deportivo de Ardoi en consideración a los graves incumplimientos contractuales que obran en el expediente y que son imputables al adjudicatario del contrato. Entiende que el procedimiento de resolución ha sido tramitado ajustándose a las determinaciones previstas en la normativa vigente, con audiencia del contratista y del avalista, considerando que deben desestimarse las objeciones procedimentales denunciadas por... Por todo ello, estima que el órgano de contratación debe aprobar la propuesta de resolución contractual en los términos en los que se indica en el mencionado informe jurídico.

Vigésimosegundo: El Pleno del Ayuntamiento de Zizur Mayor, en sesión celebrada el 28 de marzo de 2019, acuerda aprobar la propuesta de resolución del contrato de obras del edificio socio-deportivo en Ardoi Norte en consideración a los graves incumplimientos contractuales imputables a la adjudicataria y solicita del Consejo de Navarra la emisión de dictamen preceptivo, con suspensión del plazo de resolución del expediente, dando traslado de dicho acuerdo a la mercantil... y a la aseguradora...

I.3ª La propuesta de resolución por incumplimiento culpable

La propuesta de resolución, que es fiel reflejo del informe jurídico emitido por la Secretaria Municipal, tras transcribir aquéllas cláusulas del

Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares que considera de aplicación, señala que la empresa adjudicataria al presentar su oferta aceptaba el condicionado y el proyecto que le servía de base y, además, en su oferta manifestaba que había estudiado pormenorizadamente el proyecto objeto de contratación.

A continuación, señala que en la oferta del adjudicatario se hacía referencia a que se disponían de los medios necesarios para la correcta ejecución de la obra y, en virtud de ello, se presentó el plan o programa de trabajo en el que se tenían en cuenta los rendimientos y equipos necesarios, así como los plazos de entrega de los materiales. Entendiendo que la obra es un elemento vivo con imprevistos difíciles de predecir, proponía y se comprometía a incrementar el número de recursos de una o varias actividades, ajustar las vinculaciones y procedencias entre tareas, ampliar días y horas laborables en el calendario, realizar turnos nocturnos de trabajo. Con tales premisas y tras manifestar que se había realizado un pormenorizado estudio del proyecto, incluso con un comparativo de mediciones realizado por la adjudicataria, presentó un compromiso de ejecución de la obra en un plazo de 220 días naturales desde la fecha de firma del contrato y un precio de 2.053.035,75 €. Además, se comprometía a destinar 36.180 € a la subcontratación de empresas con políticas acreditadas de responsabilidad social en tareas de limpieza de casetas de obra y personal de seguridad de obra.

La propuesta indica que prácticamente desde el inicio de obra (el contrato se formalizó el 7 de noviembre de 2017) se pudo observar una falta de diligencia en la ejecución de la obra y en la resolución de los imprevistos habituales en todo tipo de obra, con falta de personal, periodos de vacaciones y falta de predisposición para abordar las cuestiones que surgían, teniendo la obra ralentizada con actividad mínima desde febrero de 2018, paralizándose total y definitivamente desde finales de junio de 2018, sin que desde ese momento se haya reanudado a pesar de los constantes requerimientos de la dirección facultativa y de la unidad gestora del contrato.

La propuesta, tras referirse a una serie de actas en las que se ponían de manifiesto los retrasos y paralizaciones, así como los requerimientos efectuados, y los partes de Policía municipal dejando constancia del abandono de la obra, teniendo en consideración que una vez transcurridos más de 330 días desde su inicio solamente se había ejecutado el 26 por 100 de la obra y a la vista de los informes de la dirección facultativa, considera que tal circunstancia es causa de resolución culpable del contrato.

En relación con las circunstancias denunciadas por..., solicitando modificación, ampliación de plazo y abono de costes indirectos (desvío de la red de gas y electricidad, modificación de cimentación, indefiniciones en la ejecución de muros e indefiniciones en la estructura metálica), la propuesta indica que tales cuestiones en ningún caso pueden ser justificativas de abandono de la obra, que su reclamación, ya fue desestimada mediante acuerdo del órgano de contratación de 20 de abril de 2018 a la vista de la información de la dirección facultativa ya que, en cualquier caso, no se podía justificar la paralización de la obra pudiendo realizar otras partidas e implementar las estrategias que la contrata ponía en su oferta.

Añade que, a partir de ese momento,... se dedicó a plantear objeciones, dudas y precios contradictorios improcedentes e incrementos injustificados de los precios de la obra, no acreditando la contratación de los servicios suscritos o subcontratas necesarias para el desarrollo correcto de la obra, ralentizando o paralizando los trabajos. La adjudicataria tampoco presentaba mensualmente las referencias del planning de obra al objeto de ajustar los rendimientos para la terminación de la obra en el plazo contractual ofertado. Se añade que la dirección facultativa fue indicando, tanto en las actas de obras como en el libro de órdenes, la constatación de una falta de medios y una insuficiente aplicación de recursos así como la no simultaneidad de trabajos compatibles y reitera que las reclamaciones efectuadas por la adjudicataria en ningún caso le facultaban para la paralización tácita de la obra y su abandono, dado que no existen condicionantes técnicos que impidiesen su continuación.

La propuesta de resolución considera, igualmente, que el adjudicatario ha incumplido las obligaciones sociales ofertadas por..., que se comprometió a dedicar un importe de 36.180 € a la subcontratación de empresas con políticas acreditadas de responsabilidad social que se iban a concretar en trabajos de limpieza de casetas de obra y personas de seguridad de obra que no se han cumplido, contradiciendo tanto los informes de la unidad gestora del contrato como de la dirección facultativa las alegaciones formuladas por... de que se habían pactado cambios en las prestaciones ofrecidas en su oferta.

En la consideración jurídica cuarta de la propuesta se analizan de forma extensa otras cuestiones invocadas por la contratista. Con respecto a la invocación de que se debió haber tramitado una modificación del contrato para viabilizar las unidades de obra ejecutadas y no previstas en proyecto, la propuesta considera que no era necesaria ya que el Pliego de Condiciones contemplaba la posibilidad de hacer uso de la facultad que atribuía el artículo 106.2 de la LFCP. Respecto a la ampliación de plazo solicitado, la propuesta indica que ya fue desestimada, en virtud de informes del órgano gestor y de la dirección facultativa, por acuerdo del Ayuntamiento de 20 de abril de 2018 añadiendo que, a pesar de que no se aprobó expresamente la ampliación del plazo, la Administración ha permitido, por la vía de los hechos, la ampliación dándole oportunidad al contratista de terminar la obra fuera del plazo ofertado, desatendiendo los múltiples requerimiento al efecto otorgados.

En lo referente a la pretensión de abono de costes indirectos, se indica que tal pretensión ha sido desestimada en multitud de ocasiones al no admitir que haya habido ningún tipo de paralización de la obra por causa imputable a la Administración contratante y respecto a la alegación de falta de pago de partidas ejecutadas no incluidas en las certificaciones y retrasos en el pago de las certificaciones, la propuesta las desestima al considerar que se abonaron aquellas que se consideraron adecuadas a juicio de la dirección facultativa, añadiendo que, en cualquier caso, su denegación no facultaba al contratista a paralizar o abandonar la obra, pudiendo interponer los recursos o reclamaciones que considerase oportunos.

Por último, en relación con la gestión de residuos del material de excavación a vertedores no incluidos en las certificaciones, se pone de manifiesto que... no cumplimentó correctamente los requerimientos de información y cuando presentó documentación incompleta, se comprobó la falsedad de los volúmenes de tierras reclamadas y la ausencia de facturas que acreditaran el coste real, ante lo cual se ordenó por la dirección facultativa no trasladar las tierras en tanto no se modificase el Plan de gestión de residuos.

A la vista de todo ello, la propuesta en la consideración jurídica quinta considera que se dan numerosos incumplimientos contractuales por parte de la adjudicataria, cada uno de los cuales, por sí mismo, pueden considerarse causa de resolución del contrato imputable al contratista:

“Sustancialmente hay un incumplimiento básico de una obligación contractual esencial como es la propia ejecución de la obra, dado que la adjudicataria ha abandonado manifiestamente el trabajo o la actividad en la misma desde hace meses encontrándose paralizada y sin avance alguno, estableciendo expresamente la Cláusula 18 del Pliego de Condiciones que *«Será causa de resolución del contrato con sanción y pérdida de la fianza el abandono manifiesto del trabajo por parte del adjudicatario, respondiendo éste, además, de los perjuicios que se originen con tal rescisión»*”.

Todo ello se recoge en el artículo 124.1 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de Junio, de Contratos Públicos, al disponer que los contratos administrativos podrán ser objeto de resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales (letra k) o de las que se establezcan expresamente en el contrato (letra l), siendo evidente que ejecutar la obra y no abandonar manifiestamente su ejecución es una obligación básica de todo contratista de obra (artículo 1.544 C.Civil), lo que expresamente se recoge en el Pliego de Condiciones del Contrato (Cláusula 18) como causa específica de resolución siendo, del mismo una facultad recogida igualmente en el derecho privado (artículo 1.124 C. Civil).

Y concluye señalando que:

“Ha habido un incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones consignadas en los pliegos de cláusulas administrativas y

técnicas particulares y de la oferta presentada por él mismo, parte integrante del contrato.

Este incumplimiento se refiere a cláusulas esenciales, relevantes y significativas del contrato, como es el abandono desde hace más de 8 meses de la ejecución del contrato, tal y como ha quedado constatado en los numerosos informes emitidos por la Dirección de obra y Unidad Gestora, partes de Policía Municipal, libro de actas de obra, libro de órdenes y fotografías.

El contratista ha mantenido una voluntad rebelde, constando numerosos requerimientos desde esta Administración, desde la Unidad Gestora del contrato y desde la Dirección Facultativa de la obra a los que ha hecho caso omiso.

Todas estas circunstancias han quedado probadas y acreditadas de manera prolija a lo largo de la instrucción de este expediente, pudiéndose comprobar en la documentación que obra en esta administración”.

La consideración sexta de la propuesta de resolución se dedica al análisis y concreción de los daños y perjuicios que la resolución culpable ocasiona al Ayuntamiento de Zizur Mayor. Tras referirse al artículo 125.3 de la LFCP y a la cláusula 18 del Pliego de Cláusulas administrativas, se refiere a los informes emitidos por el Patronato Municipal de Deportes, Dirección Facultativa de la Obra y al informe de la Secretaria e Intervención que cuantifica los daños y perjuicios que debe abonar el contratista al Ayuntamiento en la cuantía de 856.709,55 €, indicando que:

“Estos daños son reales y efectivos y no hipotéticos como quiere hacer ver la contrata. Otra cuestión es su cuantificación, ya que mientras algunos de ellos ya han sido liquidados, facturados y abonados por esta Administración, hay otros en los que cuya cuantía resultará determinada una vez que la obra que resta por ejecutar se contrate y finalice, sin que ello obste a declarar en esta propuesta de resolución, como no podía ser de otra manera de conformidad con la normativa trascrita, los daños y perjuicios que esta administración estima que le va a suponer la resolución culpable de este contrato, pendientes de liquidación y fijación definitiva, y a la incautación de la garantía depositada.”

Finalmente, en relación con la alegación de la adjudicataria de que se le dé traslado, a efectos de una posible contradicción, de la liquidación de la obra ejecutada, la propuesta señala que *“la liquidación se ha realizado en*

instrucción de este expediente mediante informe de la Dirección de obra de fecha 10 de diciembre de 2018, informe que constaba en el expediente que se puso de manifiesto para su conocimiento en trámite de audiencia acordado en fecha 17 de diciembre de 2018 y del que se le dio copia junto con el resto del expediente en dos ocasiones. Y ello por cuanto esta liquidación debe llevarse a cabo en sede de resolución del contrato momento en el que las partes deben liquidar sus derechos y obligaciones conforme a los cumplimientos e incumplimientos llevados a cabo. De esta forma, en relación a esta alegación, nos remitimos al citado informe obrante en el expediente de razón. Este informe indica que no habido variación de importe atendiendo a que no ha habido actividad en la obra, de forma que arroja un importe de 0 €”.

A la vista de lo anteriormente expuesto, la propuesta contiene los siguientes acuerdos:

“1.- Admitir a trámite escrito de alegaciones presentado por... (...), en fecha 17 de enero de 2019, número de Registro General de Entrada 119 ante la incoación de expediente de resolución por incumplimiento culpable del contratista del contrato de “Obras de Edificio Socio-Deportivo en Ardoi Norte de Zizur Mayor”.

2.- Aprobar e incorporar a este expediente todos los informes técnicos y jurídicos emitidos al respecto.

3.- Desestimar las anteriores alegaciones de conformidad con las consideraciones jurídicas precedentes, así como de los informes técnicos y jurídicos emitidos.

4.- Acordar la resolución por incumplimiento culpable del contratista... (...) adjudicatario del contrato de “Obras de Edificio Socio-Deportivo en Ardoi Norte de Zizur Mayor” en consideración de los graves incumplimientos contractuales señalados.

5.- Determinar que... (...), debe abonar a este Ayuntamiento en concepto de daños y perjuicios como consecuencia de la resolución culpable de este contrato, todos los conceptos previstos en los informes técnicos de valoración de daños obrantes en el expediente así como todos los daños y perjuicios que se deriven de esta resolución culpable de conformidad con el artículo 125.3 LFCP, estimándose en este momento el importe en 856.709,55 €, cuantía que se determinará y liquidará definitivamente en el momento en el que se licite y liquide la obra que resta por ejecutar.

6.- Incautar la garantía constituida por... con CIF nº..., para responder de las obligaciones de este contrato mediante seguro de caución nº 201705677 con fecha de efecto de póliza 10/10/17 por importe de 82.121,43 €. En tanto que la misma resulta insuficiente para el resarcimiento de los daños y perjuicios determinados, en caso de impago de la obligada, esta Administración podrá resarcirse a través de los mecanismos establecidos para los ingresos de derecho público.

7.- Dar traslado de la presente propuesta de resolución a... (...) y a..., para su conocimiento y efectos oportunos”.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter y preceptivo del dictamen

La presente consulta, formulada por el Ayuntamiento de Zizur Mayor a través de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra, somete a dictamen de este Consejo de Navarra la propuesta de resolución del contrato de ejecución de “Obras del Edificio Socio-Deportivo en Ardoi Norte de Zizur Mayor” por incumplimiento culpable por parte de la mercantil adjudicataria,..., de sus obligaciones contractuales.

El artículo 14.1.i) de la LFCN establece que el Consejo de Navarra deberá ser preceptivamente consultado en “cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra o el dictamen de un organismo consultivo”. La LFCP, en la redacción dada por la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, vigente en el momento de la formalización del contrato y de aplicación al presente expediente de contratación, conforme a lo establecido por la disposición transitoria segunda de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, establecía en su artículo 124.2.e), a la hora de regular el procedimiento de resolución contractual, la emisión de dictamen del Consejo de Navarra cuando sea preceptivo de acuerdo con su legislación específica. Por su parte, el artículo 211.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al igual que el artículo 109.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en este punto vigente, establece la necesidad de emisión de dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo

en los supuestos, entre otros, de resolución contractual con oposición del contratista. Como ya dijimos en nuestros dictámenes 51/2001 y 20/2016, siguiendo doctrina del Consejo de Estado, la oposición del contratista ha de apreciarse cuando exprese su contradicción en el procedimiento de resolución contractual, tanto respecto de la resolución misma como de sus efectos.

En el presente caso concurre tal exigencia ya que el contratista ha manifestado su oposición tanto a la resolución como a las consecuencias económicas que de ella se derivan. En consecuencia, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo.

II.2ª Marco normativo y competencial de aplicación

En virtud de su régimen foral, corresponde a Navarra la competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia [artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra]. Por razón del ente contratante y del objeto del contrato, resulta aplicable al caso la legislación foral de régimen local en materia de contratación administrativa, constituida principalmente por los artículos 224 a 232 de la LFALN, en la redacción dada por la Ley Foral 4/2013, de 25 de febrero. En lo que ahora interesa, “los contratos que celebren las entidades locales de Navarra se ajustarán al régimen legal aplicable a las Administraciones Públicas de Navarra, con las especialidades que se contienen en esta Ley Foral” (artículo 224.1 LFALN). La misma conclusión se desprende del artículo 2.1.c) de la LFCP que somete a las disposiciones de dicha ley foral a las Entidades Locales de Navarra y sus Organismos Autónomos con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local. En consecuencia, lo expuesto nos lleva a la aplicación de la LFCP en la versión vigente con antelación a la aprobación de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril de contrato públicos, de conformidad con lo establecido por la disposición transitoria primera de la citada Ley Foral 2/2018.

II.3ª Tramitación del expediente de resolución contractual. Caducidad

La legislación de la Comunidad Foral aplicable a los contratos administrativos que celebre la Administración Local no contiene una regulación específica del procedimiento administrativo que debe seguirse en los casos de resolución del contrato por causas imputables al contratista, lo que nos obliga a acudir con carácter supletorio a la legislación estatal reguladora de los contratos del sector público.

En tal sentido, el actual artículo 224.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aplicable al presente contrato de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, establece (al igual que hace el actual artículo 212.1) que “la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o al instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establecen”.

Tal remisión nos lleva al todavía vigente Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuyo artículo 109 se regula el procedimiento para la resolución de los contratos administrativos en los siguientes términos:

“1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación de oficio o a instancia del contratista, previa autorización, en el caso previsto en el último párrafo del artículo 12.2 de la Ley, del Consejo de Ministros, y cumplimiento de los requisitos siguientes:

- a) Audiencia del contratista por plazo de diez días, en el caso de propuesta de oficio.
- b) Audiencia, en el mismo plazo anterior, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía.

- c) Informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96 de la Ley.
- d) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2. Todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente”.

En el presente expediente de resolución contractual, tal y como se deriva de las actuaciones practicadas y de la documentación obrante en poder de este Consejo, se comprueba que una vez iniciado el expediente de resolución se dio audiencia al contratista y a la compañía aseguradora, tal y como establece el artículo anteriormente citado dado que se propone la incautación de la garantía, al considerar la concurrencia de causa de resolución culpable imputable al contratista. En primer lugar, se les notifica el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zizur Mayor de 25 de octubre de 2018, por el que se iniciaba el expediente de resolución, en el que se hacía referencia a que “en cualquier momento a lo largo de todo el procedimiento, sin perjuicio del trámite de audiencia del que en su día se les dará el oportuno traslado, podrán formular alegaciones así como presentar cuantos documentos, informes técnicos y elementos de juicio estime oportunos”.

Posteriormente, el 17 de diciembre de 2018, mediante escrito del Alcalde del Ayuntamiento de Zizur Mayor, una vez incorporados al expediente los informes técnicos y requerimientos referidos en el cuerpo del acuerdo de iniciación, así como los informes emitidos para la evaluación y valoración de los daños y perjuicios producidos al Ayuntamiento, se acuerda que el citado expediente, con todas sus actuaciones, se les ponga de manifiesto a los interesados en las dependencias de la Secretaria del Ayuntamiento por el plazo de 15 días hábiles contados a partir de la recepción de la comunicación para que, “si lo estiman oportuno puedan presentar y proponer las pruebas, informes, documentos y cualquier otro elemento que consideren oportuno, todo ello de conformidad con lo establecido por el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del

Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas” (en adelante, LPACAP).

Al recibir la citada notificación, la representante de... se persona en el Ayuntamiento y solicita copia del expediente en CD, lo que se le facilita el mismo día. El 26 de diciembre de 2018 vuelve a personarse en el Ayuntamiento manifestando que el CD que se le había entregado estaba vacío de contenido, sin acreditar tal extremo, y ese mismo día se le entrega nuevo CD previa comprobación por los servicios técnicos municipales de su contenido.

Con fecha 10 de enero de 2019, por parte de..., se presenta escrito solicitando la suspensión del plazo para formular alegaciones y nuevo trámite de audiencia invocando que el primer CD se encontraba en blanco. Tal alegación es desestimada con fecha 15 de enero y, el 17 de enero de 2019, la representante legal de..., presenta un escrito de alegaciones oponiéndose al expediente de resolución.

Informadas las alegaciones en sentido desestimatorio, tanto por la unidad gestora del contrato como por la dirección facultativa, previo informe de la Secretaria Municipal, se acuerda aprobar la propuesta de resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, remitiendo el expediente, junto con la propuesta, a este Consejo de Navarra para la emisión del preceptivo dictamen.

De lo anteriormente expuesto se deriva que se ha cumplido adecuadamente con los requisitos procedimentales que para la resolución contractual establece el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001.

Ahora bien, dicho lo anterior hay que analizar la posible caducidad del expediente de resolución contractual que, como ya hemos indicado, se inició de oficio por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 25 de octubre de 2018 y cuya tramitación ha durado hasta que, mediante el acuerdo del Pleno de la Corporación Municipal de 28 de marzo de 2019, se acuerda aprobar la propuesta de resolución y se solicita la emisión de dictamen preceptivo a este Consejo “suspendiendo el plazo de resolución del presente expediente

durante el plazo que medie entre esta solicitud y la recepción del informe ex artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

Cierto es que la legislación de contratos administrativos no establece previsión alguna sobre la caducidad de los expedientes de resolución contractual al no contemplar regla alguna sobre los plazos a los que se encuentra sometido. Del mismo modo, es cierto que sobre esta cuestión no había una opinión unánime respecto a si, ante la ausencia de normativa específica, debía aplicarse supletoriamente la regulación general del procedimiento administrativo o si estos expedientes no estaban sometidos a plazo de caducidad, en atención, entre otros motivos, a los complejos trámites que en ocasiones hay que realizar.

Sin embargo, tal posición ha quedado finalmente aclarada por reiterada doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el particular, pudiendo citarse las primeras sentencias de 2 de octubre de 2007 y 13 de marzo de 2008, entre otras.

A tal efecto, podemos destacar la STS de 8 de septiembre de 2010, dictada al resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina (recurso 364/2009), que proclama:

“Como se expresa en la sentencia recurrida, pretende la recurrente que se declare la nulidad de la resolución impugnada por haberse producido la caducidad del expediente de resolución del referido contrato, y ello al haberse dilatado durante más de un año, incumpliendo los plazos del artículo 42 de la Ley 30/1992, incluso considerando la suspensión para la solicitud de informes que nunca puede ser superior a tres meses, citando en apoyo de tal pretensión la sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de enero de 2005, en la que, entre otras, se establece el criterio de ese Tribunal en el sentido de que, ante la ausencia de preceptos específicos sobre caducidad en la normativa de contratación, es de aplicación supletoria la referida Ley 30/1992.

Después de precisar así el objeto del recurso contencioso administrativo, afirma la sentencia recurrida que la tesis mantenida por la Audiencia Nacional en su sentencia de 17 de enero de 2005 ha sido confirmada por la Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de marzo de 2008 que desestimó el recurso de casación que se había interpuesto

contra aquella. Igualmente, en dicha sentencia de este Tribunal se alude a la de 19 de julio de 2004 recaída en el recurso de casación nº 4172/1999, así como a la del propio Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2007, en la que se declara que «la resolución del contrato constituye un procedimiento autónomo y no un mero incidente de ejecución de un contrato, que tiene sustantividad propia, y que responde a un procedimiento reglamentariamente normado como disponía el art. 157 del Reglamento General de Contratación de 25 de noviembre de 1975, y como recoge ahora con mejor técnica y mayor precisión el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (...) Añadiendo más adelante que "... al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el art. 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que "en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos", y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que "en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades... de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92»".

En base a lo anterior, concluye la sentencia que la aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado determina que deba anularse la resolución recurrida con base en el motivo examinado, ya que consta en el expediente que la incoación del procedimiento se acordó por resolución de 26 de agosto de 2005, dictándose la resolución aquí impugnada acordando la resolución del contrato y la incautación de la fianza el 25 de agosto de 2006, notificándose a la recurrente el 31 del mismo mes, por lo que es claro que había transcurrido ampliamente el plazo de que disponía para hacerlo, y ello aun considerando, como dice la recurrente, la suspensión para la solicitud de informes, que efectivamente nunca puede ser superior a tres

meses por así disponerlo el artículo 42.5.c) de la Ley 30/92, por lo que en lugar de dictar la resolución en los términos en que lo hizo, debió de acordar la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones.

Igualmente, la STS de 28 de junio de 2011, recurso de casación 3003/2009, al igual que la de 20 de abril de 2015 (recurso de casación nº 3749/2013), señala que:

“Arrancando de lo expuesto hemos de coincidir con la posición que mantiene el motivo de modo que al haberse iniciado de oficio por el órgano de contratación competente para ello el procedimiento de resolución del contrato, y atendiendo a la obligación de resolver y notificar su resolución que a las Administraciones Públicas impone el art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la Administración hubo de resolver el procedimiento dentro de plazo, que al no estar establecido por su norma reguladora la Ley lo fija en tres meses en el artículo citado. Lo expuesto ha de completarse con lo que mantiene el art. 44 de la Ley 30/1992, en la redacción que le dio la Ley 4/1999, en vigor cuando se inició el procedimiento, que en su apartado 1 mantiene que «en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos» y que en su número 2 dispone como efecto del vencimiento del plazo que «en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades...de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92».

Como consecuencia de lo expuesto cuando la Administración dictó la resolución por la que resolvía definitivamente el contrato y procedía a la incautación de la garantía había transcurrido en exceso el plazo de tres meses de que disponía para hacerlo, de modo que en ese momento no podía acordar la resolución del contrato ni la incautación de la garantía, y lejos de ello lo que debió decidir fue la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones sin perjuicio de los efectos a que se refiere el art. 92.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común.”

El artículo 25 de la LPACAP establece que en los procedimientos administrativos iniciados de oficio el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa

producirá la caducidad en los procedimientos susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen para los interesados, en cuyo caso, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95.

Por su parte, el artículo 21.3 de la LPACAP establece que, cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses. Por lo tanto, si el procedimiento de resolución contractual se inició mediante acuerdo plenario de 25 de octubre de 2018 y el plazo no ha sido suspendido hasta la adopción del acuerdo plenario de 28 de marzo de 2019, en el que se aprueba la propuesta de resolución y se solicitaba el dictamen de este Consejo de Navarra con suspensión del plazo para resolver, resulta indudable que ha transcurrido sobradamente el plazo máximo de tres meses que el Ayuntamiento de Zizur Mayor disponía para resolver el contrato.

Hay que recordar que la caducidad, como establece el artículo 95.3 de la LPACAP, no produce por sí misma la prescripción de las acciones pudiendo, en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento, incorporar todos los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad aunque, en todo caso, en el nuevo procedimiento, deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia del interesado.

Finalmente, se recuerda al Ayuntamiento de Zizur Mayor, caso de reiniciar el procedimiento de resolución contractual por culpa del contratista, la necesidad de dar debido cumplimiento al mandato establecido por el artículo 172 del Real Decreto 1098/2001, preparando la liquidación y medición de las obras ya realizadas, especificando las que sean de recibo y fijando los saldos pertinentes en favor o en contra del contratista.

Igualmente, se recuerda la posibilidad establecida por el artículo 225.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de iniciar, conjuntamente con el procedimiento de resolución contractual, el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, aunque la adjudicación quede condicionada

a la terminación del expediente de resolución y que ambos expedientes pueden tramitarse por el procedimiento de urgencia.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que no procede acordar la resolución culpable del contrato de obras del “Edificio Socio-Deportivo en Ardoi Norte Zizur Mayor”, debiendo acordarse de oficio la caducidad del referido expediente, sin perjuicio de que el mismo pueda ser nuevamente sometido a tramitación.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.