

Expediente: 48/2019

Objeto: Resolución culpable del contrato de obras del edificio socio-deportivo en Ardoi Norte.

Dictamen: 53/2019, de 30 de diciembre

DICTAMEN

En Pamplona, a 30 de diciembre 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 12 de noviembre 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 ejecución 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 culpable del contrato, aprobada por el Pleno de la Corporación Municipal en sesión celebrada el 8 de noviembre de 2019, y con el Decreto 815/2019, de la Alcaldía, de la misma fecha, por el que se solicita, con suspensión del

plazo para la resolución del expediente, la emisión con carácter urgente del preceptivo dictamen de este Consejo de Navarra.

I.2ª. Antecedentes de hecho

De la documentación obrante en el expediente, que a su vez incorpora las actuaciones tramitadas con anterioridad y que motivaron nuestro dictamen 27/2019, de 10 de junio, emitido sobre el mismo asunto en el expediente 23/2019, se derivan los siguientes hechos y actuaciones de interés:

1.- 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 lo que aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el 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.

2.- 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 planing 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 planing 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).

3.- 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 y a la aceptación expresa del adjudicatario de las cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato y el 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.

4.- 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 €.

5.- 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, 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 Obra 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, al igual que sucede con las

certificaciones correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre.

6.- 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 argumentando 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 y 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 €.

7.- 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, considera 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 planing 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.

8.- 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 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, 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,... presentó informe de discrepancia respecto a la séptima certificación, reclamación que fue 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.

9.- 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.

10.- 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 la presentación de muestras, presentación de planing 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.

11.- 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.

12.- 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.

13.- 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 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.

14.- 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 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 penalidades 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.

15.- 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.

Igualmente, 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.

16.- El expediente incluye 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, así como 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.

17.- 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, notificando 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, en la falta de rendimiento y paralización, y en el incumplimiento de las obligaciones sociales planteadas 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.

18.- El 14 de noviembre de 2018 emite informe el Patronato de Deportes Ardoi cuantificando los daños y perjuicios que al citado Patronato se le estaban causando con el retraso y no ejecución del centro socio-deportivo en la cantidad de 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 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..., que se valora 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, la Interventora y la Secretaria municipal suscriben un informe en el que cuantifican en 14.674,33 € el coste

del tiempo que el personal municipal ha 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...

19.- 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	DESVÍO Y ADECUACIÓN DE INSTALACIÓN DE GAS	11.142,74 €
PN04a	AUMENTO MEDICIÓN DESVÍO 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	DESVÍO DE ACOMETIDA ELÉCTRICA ACTUAL A PROVISIONAL	4.901,56 €
PN11	DEMOLICIÓN Y DERRIBOS MURO DE HORMIGÓN	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 la necesidad de 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.

20.- 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.

21.- 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...

22.- Mediante dictamen 23/2019, de 10 de junio, el Consejo de Navarra consideró que no procedía la resolución culpable del contrato, debiendo acordarse de oficio por el Ayuntamiento de Zizur Mayor la caducidad del expediente de resolución contractual tramitado, sin perjuicio de que el mismo pudiera ser nuevamente sometido a tramitación por la Administración contratante.

23.- El 1 de agosto de 2019 el Jefe de Servicios Urbanísticos, Obras y Jardines del Ayuntamiento de Zizur Mayor, en su condición de unidad gestora del contrato, se ratifica en los informes anteriormente emitidos en relación con el expediente de resolución contractual, añadiendo que durante todo este tiempo la obra ha permanecido cerrada, se ha retirado el mobiliario principal de las casetas de obra y sin comunicación previa se ha retirado la grúa, constatándose una vez más el abandono que sufre la obra.

24.- El 16 de agosto de 2019 emite informe la Dirección Facultativa ratificándose en todos sus informes. Al informe se le acompaña el documento denominado "liquidación económica de obra 16/08/2019" en el que se valora la obra ejecutada de la siguiente forma:

"Liquidación económica obra

Facturación total IVA incluido: 659.653,36 €

Total certificación 13ª: - 655.641,06 €

Total pendiente recepción 2.406,35 €

Total saldo deudor Obra..... 6.416,85 €"

El informe incorpora otro documento denominado “valoración económica de obra resultante e incremento económico resultante 16/08/2019” en el que se analiza y cuantifica, con precios actualizados basados en una prospección de mercado, la parte de obra pendiente de ejecutar. El documento, partida por partida, establece un valor, con gastos generales, beneficio industrial e IVA, de 2.405.960,43 €.

Sumando esa cantidad a la certificada a..., (655.641,06 €), considera que el total de la obra va a costar 3.061.601,49 €, por lo que si la oferta de... fue ejecutar la obra por 2.484.173,27 €, se va a producir un incremento de costes de 577.428,22 €.

La Dirección facultativa aporta otro documento denominado “Valoración de daños consecuencia del periodo de inactividad en la obra 16/08/19”, en el que, con indicación de partida por partida, los cuantifica en 141.201,89 €, IVA incluido.

25.- El 9 de agosto de 2019 emite informe el Patronato de Deportes Ardoi creado por el Ayuntamiento de Zizur Mayor para gestionar las instalaciones y entidades deportivas del municipio. En su informe se valoran las afecciones y costes ocasionados así como los que se estiman a consecuencia del retraso en la ejecución del espacio socio deportivo. Se refieren a los gastos de adaptación de otras instalaciones (frontón y vestuarios). En total se cuantifican en 168.257,28 €, costes que considera no hubieran sido necesarios caso de haber podido utilizar el espacio socio deportivo en construcción en los plazos previstos.

26.- El mismo 9 de agosto de 2019, emiten informe la Interventora y la Secretaria municipal valorando los costes administrativos derivados del incumplimiento en la ejecución del contrato; costes que se derivan del tiempo de dedicación de la Secretaria, del responsable de obras y jardines y del personal administrativo a la tramitación del expediente, y que se valoran en 14.674,33 €

27.- El 29 de agosto de 2019 el Pleno del Ayuntamiento de Zizur Mayor adopta acuerdo por el que, tras declarar la caducidad del expediente de

resolución incoado con anterioridad, reinicia nuevo expediente para la resolución culpable del contratista, ordenando se incorporen al expediente todos los informes técnicos, requerimientos y actuaciones cuyo contenido hubiera permanecido igual si no se hubiera acordado la caducidad; se aprueba la incorporación al expediente de los nuevos informes técnicos sobre incumplimientos y valoración de daños y perjuicios y se advierte al contratista que deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados que se estiman en 948.723,59 €, distribuidos de la siguiente manera:

Incremento coste nueva licitación	577.428,22 €
Reparaciones por paralización	141.201,89 €
Cierre de obra, vallado perimetral	10.498,87 €
Daños Patronato Deportes	168.257,28 €
Gastos administrativos	14.674,33 €

El citado acuerdo fue notificado a la mercantil... y a la avalista..., concediéndoles un plazo de diez días para formular alegaciones.

28.- El 5 de septiembre de 2019, la representante de la mercantil... solicitó copia del expediente administrativo tramitado y ese mismo día la secretaria municipal entrega un CD con el expediente completo integrado por 60 documentos y 1991 folios debidamente diligenciados e indexados.

29.- La Dirección Facultativa emite nuevo informe a fecha 18/09/19, actualizando la valoración de la obra. En ese nuevo informe incrementa el coste de la obra pendiente de ejecución y, como consecuencia de ello, el incremento resultante de los incumplimientos que imputan al contratista, elevándolo a 721.220,08 €.

30.- El 17 de septiembre de 2019 la representante de la mercantil... presenta escrito de alegaciones al expediente de resolución contractual en el que, en primer lugar, se reitera en lo ya alegado en el procedimiento anterior caducado.

Respecto a lo ya manifestado en alegaciones anteriores, indica que la situación fáctica descrita por la Administración no se corresponde con la

realidad, añadiendo que durante la ejecución de la obra acontecieron una serie de circunstancias significativas que le ocasionaron un notable perjuicio destacando, entre otras, el plazo que se vio alterado por causas ajenas, que la dirección facultativa y el órgano de contratación no conformaron las certificaciones en los plazos convenidos y se negaron a incluir unidades de obra ejecutadas, que se han ordenado la ejecución de obras mayores no previstas en el contrato, cuestiones reclamadas a la Administración con reiteración sin obtener, en la mayoría de los casos, contestación.

Específicamente señala que ya en los meses de febrero y marzo de 2018 se solicitó la modificación del contrato y la ampliación del plazo ante la necesidad de desviar la red de gas y electricidad, introducir modificaciones en la cimentación, existir indefiniciones en la ejecución de muros y en la estructura metálica. El escrito de alegaciones añade que la Administración ha negado tales modificaciones amparándose en la opinión de la dirección facultativa que era una opinión interesada en su condición de redactores de un proyecto técnico con deficiencias. Aportan documento encaminado a justificar las modificaciones existentes y señalan algunos motivos que, en su opinión, acreditan los errores o deficiencias del proyecto y la necesidad de aprobar modificaciones (profundidades de la cimentación del edificio, hormigonado de pozos, hormigón de los muros, etc.).

El escrito de alegaciones analiza a continuación las unidades de obra que la contrata tuvo que ejecutar como consecuencia de las modificaciones que considera existían, valorándolas, con indicación de conceptos, en 239.180,23 €. Igualmente, identifica y cuantifica en 288.062,74 €, el importe de las nuevas unidades de obra que se vio obligada a ejecutar a requerimiento de la dirección facultativa para suplir, lo que en su opinión eran, indefiniciones del proyecto.

El escrito de alegaciones advierte que la suma de ambos conceptos supone un 25,68% respecto al importe del proyecto, lo que conlleva una alteración sustancial que puede entrañar la resolución del contrato al suponer modificaciones superiores al 20 por 100.

La mercantil... también invoca irregularidades de la Administración a la hora de elaborar, tramitar y abonar las certificaciones de obra.

El escrito de alegaciones de la contratista indica que la situación de la obra desde febrero de 2018 no es imputable al contratista, sino que considera que ello es debido a errores en el proyecto atribuibles a sus redactores por lo que considera, con apoyo en doctrina jurisprudencial que cita, que tenía derecho a que se le abonasen esas obras realizadas ya que caso contrario, por errores del proyecto, se rompería el equilibrio económico en perjuicio del contratista, siendo obligatorio que, en tales casos, la Administración indemnice al contratista (entre otras, STSJ de Navarra de 16 de noviembre de 2001). En definitiva, considera que si son los errores del proyecto los que han provocado el retraso en la ejecución de la obra, ello no puede servir de excusa para proponer la resolución culpable del contrato imputable al contratista. Se añade que la Administración tenía, desde febrero de 2018, conocimiento de la situación de la obra, que no respondió a las solicitudes efectuadas y en las que se ponía de manifiesto la imposibilidad de continuar la obra y fue, a partir de septiembre de 2018, cuando comienza a buscar causas o motivos para pretender justificar el incumplimiento de las obligaciones del contratista, considerando que la conducta de la Administración ha sido contraria a la buena fe.

Tras negar la mercantil... la concurrencia de causa de resolución culpable imputable a su conducta, cuestiona los cálculos efectuados por la Administración para la liquidación de las obras y cuantificar los daños y perjuicios que se le imputan. Considera que en ningún caso tales costes pueden calcularse por estimaciones o cálculos meramente hipotéticos o futuros, sino que deben ser reales y efectivos y, por ello, rechaza de plano los informes emitidos y sus valoraciones.

Respecto a la medición, liquidación y saldo de la obra ejecutada, considera que debe incluir todas las unidades ejecutadas y que no se aceptarán deducciones improcedentes. Con respecto al cálculo del incremento del coste de la ejecución de la obra, el alegante cuestiona el estudio realizado por la dirección facultativa que se obtiene de aplicar un

incremento del 30 por 100 a los precios basado en meras suposiciones, cuando los datos del Ministerio de Fomento señalan que el incremento de los costes en el sector no alcanzan el 2,50 por 100 y tampoco comparte el periodo temporal que toma en consideración para calcular el incremento.

Del mismo modo, el escrito de alegaciones pormenoriza con todo detalle su oposición a la cuantificación realizada por la dirección facultativa sobre el importe de las reparaciones a realizar por la paralización de las obras y por el cierre de obra y vallado perimetral. En parecidos términos se cuestionan los honorarios no previstos por más trabajo de la Dirección facultativa y los daños que reclaman el Patronato de Deportes y los derivados de gastos generales.

El escrito de alegaciones termina considerando que todos los informes están encaminados a lograr el mayor enriquecimiento del Ayuntamiento de Zizur Mayor a costa de la empresa, no respetándose los principios de equidad, justicia y buena fe. Termina proponiendo prueba pericial sobre los hechos objeto de discrepancia y de los efectos y valoraciones que se deriven de los mismos.

31.- El 25 de septiembre de 2019 el Ayuntamiento comunica a la contratista y a la entidad avalista la existencia de un error aritmético en el cálculo del incremento del coste de la nueva licitación que pasa de 577.428,22 € a 721.220,08 €, por lo que el importe total de los daños considerados por el Ayuntamiento ascienden a 1.092.515,46 €.

Por parte de la mercantil... se contesta solicitando la declaración de nulidad del anterior acto administrativo al haberse adoptado sin trámite de audiencia, ante lo que el Ayuntamiento responde admitiendo a trámite el escrito de alegaciones, indicando que se puede presentar alegaciones en cualquier momento y ordenando la apertura del periodo de prueba solicitado por...

32.- El 18 de octubre de 2019, el Jefe de Servicios urbanísticos, obras y jardines del Ayuntamiento de Zizur Mayor emite informe a las alegaciones formuladas por la constructora en el que se indica que lo manifestado por...,

no se corresponde con la realidad y concluye considerando que la empresa ha abandonado la ejecución del contrato incumpliendo las obligaciones contraídas sin justificación para ello, y añade que la contrata ha buscado argumentaciones para generar una ficción con el objetivo de generar un incremento de obra, cuestionando desde el inicio el proyecto y las aclaraciones que realizaba la dirección facultativa en busca de un alza económica tratando de doblegar a la Administración.

33.- El 23 de octubre de 2019 es la Dirección Facultativa la que emite un extensísimo informe en el que rechaza las alegaciones formuladas por la empresa adjudicataria y ratifica las valoraciones efectuadas para la liquidación de la obra.

34.- En el mismo sentido, el 31 de octubre de 2019, el responsable del Patronato de Deportes Ardoi emite informe justificando la cuantificación de daños en su momento efectuada y cuestionada por las alegaciones formuladas por...

35.- Mediante Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Zizur Mayor de 31 de octubre de 2019, a la vista de que por parte de la adjudicataria no se había presentado propuesta para la realización de la prueba pericial en su día solicitada, se ordenó la finalización del periodo de prueba y del trámite de audiencia adicional otorgado, alzándose la suspensión del plazo máximo legal de resolución del expediente.

36.- El 4 de noviembre de 2019 emite informe la Secretaria del Ayuntamiento de Zizur Mayor. El informe recoge, en primer término, aquellos puntos del Pliego de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas que considera de interés, así como de la oferta y compromisos del adjudicatario. A continuación, añade que prácticamente desde el inicio de la obra se pudo observar una falta general de diligencia en la ejecución de los trabajos, con una actividad mínima desde febrero de 2018, cuando el contrato inició su plazo de ejecución el 20 de noviembre de 2017, paralizándose totalmente desde finales de junio de 2018, sin que se haya reanudado en ningún momento a pesar de los constantes requerimientos de la Dirección Facultativa y la Unidad Gestora del contrato. Apoya su

argumentación con referencia al libro de actas y libro de órdenes y a los requerimientos efectuados por la Unidad Gestora para ejecutar el contrato a los ritmos comprometidos.

Tras realizar una referencia a las actuaciones procedimentales practicadas en sus fundamentos jurídicos, con referencias al marco jurídico legal de aplicación, considera que el procedimiento se ha tramitado correctamente y que concurre la causa de resolución por abandono del contratista de la ejecución de la obra contemplada en el artículo 124.1.k) y l) de la LFCP y en la cláusula 18 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, considerando que concurren las exigencias que viene estableciendo el Consejo de Navarra en sus dictámenes para la procedencia de la resolución contractual.

El informe jurídico de la Secretaria municipal analiza las objeciones formuladas por la adjudicataria y en relación con la falta de tramitación del expediente de modificación del contrato solicitado por la adjudicataria y, con apoyo en la cláusula 14.2 del Pliego y en el artículo 106.2 de la LFCP, considera que no era necesario tramitar expediente de modificación cuando no se superaba el 10 por 100 del precio de adjudicación y las modificaciones introducidas por la Dirección Facultativa ascendían al 6,32 por 100.

Con respecto a las solicitudes de ampliación del plazo justifica, con apoyo en los informes de la Dirección y de la Unidad Gestora, la improcedencia de su concesión y, además, añade que de facto ese plazo se concedió, no iniciándose el expediente de resolución hasta haber pasado sobradamente los plazos previstos e incluso los de prórroga solicitados.

El informe de la Secretaria analiza las pretensiones del contratista de abono de costes indirectos, precios contradictorios y las rechaza sobre la base de los informes emitidos y recuerda que, en cualquier caso, tales discrepancias no facultan al contratista para abandonar la obra paralizando su ejecución. En similares términos se expresa con respecto a la pretensión de la contrata de que se le abone la partida de gestión de residuos a vertedero.

Validada la causa de resolución contractual, el informe analiza los efectos de la resolución de cara a la liquidación y cuantificación de los daños que tal decisión genera en la Administración y considera que los informes de los distintos servicios determinan de forma individualizada tales daños; daños que considera reales y efectivos, liquidados, facturados y abonados en unos casos y, en otros, su cuantía final se determinará una vez que se terminen de ejecutar las obras, sin que ello obste para que pueda aprobarse en este momento una estimación de los mismos.

A la vista de todo ello, el informe jurídico de la Secretaria municipal, considera que concurren las causas de resolución contractual previstas en el artículo 124.1.k) y l) de la LFCP y en la cláusula 18 del Pliego de Cláusulas Administrativas, en consideración a los graves incumplimientos del contratista, que el procedimiento de resolución se está tramitando correctamente y que es necesario la aprobación de una propuesta de resolución del expediente por la que se admita a trámite las alegaciones formuladas por..., se aprueben los informes técnicos emitidos, se desestimen las alegaciones de la adjudicataria, se acuerde la resolución por incumplimiento, se determine la cantidad que... deba abonar al Ayuntamiento en concepto de daños y perjuicios como consecuencia de la resolución, que se estima en 1.092.515,46 €, cuantía que se determinará definitivamente en el momento en que se licite, ejecute y reciba la obra que resta por ejecutar, y la incautación de la garantía, así como solicitar el preceptivo dictamen del Consejo de Navarra.

37.- En los términos establecidos en el informe jurídico de la Secretaria municipal se formula propuesta de resolución contractual con el siguiente tenor literal:

“PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

1.- Admitir a trámite escrito de alegaciones presentado por... (...), en fecha 17 de septiembre de 2019, número de Registro General de Entrada 2.592 ante la incoación del 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 1.092.515,46 €, cuantía que se determinará y liquidará definitivamente en el momento en el que se licite, ejecute, reciba y liquide la obra que resta por ejecutar.*

6.- *Incautar la garantía constituida... 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.”*

38.- El Pleno del Ayuntamiento de Zizur Mayor, en sesión celebrada el 8 de noviembre de 2019, acordó aprobar la propuesta de resolución por incumplimiento culpable del contratista de las obras del edificio socio deportivo en Ardoi Norte anteriormente transcrita y solicitar del Consejo de Navarra la emisión, con carácter de urgente, del preceptivo dictamen de este órgano consultivo.

39.- Mediante Decreto 815/2019, de 8 de noviembre, del Alcalde del Ayuntamiento de Zizur Mayor, se solicita a través de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra la emisión del dictamen a este Consejo de Navarra, en cumplimiento del acuerdo plenario de la misma fecha.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter y preceptivo del dictamen

La presente consulta, formulada por la Alcaldía del 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 de la mercantil... (...) de sus obligaciones contractuales.

El artículo 14.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 consecuencia, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo y con el carácter de urgente con el que ha sido solicitado.

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 Contratos 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 de 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 reiniciado el expediente de resolución contractual, tras la declaración de caducidad del tramitado anteriormente, mediante el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Zizur

Mayor de 29 de agosto de 2019 y tras recabar nuevos informes a la Unidad Gestora, a la Dirección Facultativa, al Patronato de Deportes Ardoi y a los Servicios Generales del Ayuntamiento, en los que se ratificaba la necesidad de acordar la resolución del contrato por culpa imputable al contratista, se dio trámite de audiencia a la empresa contratista y a su aseguradora, quienes formularon las alegaciones que consideraron adecuadas a su derecho e intereses. Por parte del Ayuntamiento de Zizur Mayor se advirtió la existencia de un error aritmético en uno de los documentos obrantes en el expediente, error que fue comunicado a la contratista y a la aseguradora, formulando alegaciones la empresa adjudicataria quien invocó vicio de nulidad. El Ayuntamiento de Zizur Mayor, mediante Resolución de la Alcaldía de 15 de octubre de 2019, comunicó a la alegante que podía formular alegaciones en cualquier momento de la instrucción del expediente y, de acuerdo con la solicitud efectuada por la empresa, ordenó la apertura del periodo de prueba para practicar la que solicitó la adjudicataria.

De las alegaciones formuladas por la empresa adjudicataria se dio traslado a la Dirección Facultativa, a la Unidad Gestora del contrato, al Patronato de Deportes Ardoi y a los Servicios Generales quienes se ratificaron en sus posicionamientos anteriores y propusieron la desestimación de las formuladas. Por Resolución de la Alcaldía de 31 de octubre de 2019 se ordenó la finalización del periodo de prueba al no haberse presentado ninguna propuesta por el solicitante y se remitió el expediente a la Secretaria del Ayuntamiento quien emitió informe jurídico favorable a la resolución contractual.

El Pleno del Ayuntamiento de Zizur Mayor, en sesión celebrada el 8 de noviembre de 2019, aprobó la propuesta de resolución culpable del contrato que mediante Resolución de la Alcaldía, por medio de la Presidenta de la Comunidad Foral, se ha remitido a este Consejo de Navarra para la emisión del preceptivo dictamen.

De lo anteriormente expuesto se deriva que se han cumplido adecuadamente los requisitos procedimentales que para la resolución contractual por causa imputable al contratista establece el artículo 109 del ya

citado 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, todavía vigente en este punto.

II.4ª Procedencia de la resolución contractual por culpa del contratista

Tal y como se deriva de los antecedentes expuestos, en junio de 2017 el Ayuntamiento de Zizur Mayor aprobó el proyecto de las obras del “Edificio Socio-Deportivo en Ardoi Norte de Zizur Mayor” iniciando el procedimiento para su licitación. A tal efecto, elaboró y aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas que, a los efectos que interesan a este dictamen, establecía, entre otras determinaciones, que los trabajos debían ejecutarse con estricta sujeción al Proyecto redactado (Cláusula 1), que los trabajos deberían ajustarse a los criterios y directrices que marquen tanto la dirección técnica como los servicios técnicos municipales; que las obras deberían quedar totalmente terminadas en el plazo de trescientos días naturales contados desde la firma del Acta de Comprobación del Replanteo o del plazo que señalase en su oferta el adjudicatario si fuera menor, no admitiéndose plazos menores de doscientos veinte días, que los licitadores deberían presentar con su oferta un planing de obras con indicación del camino crítico en el que quedase justificado el plazo que se ofreciera, que una vez adjudicada la obra y antes de su inicio, el contratista debería reestudiar el cronograma ajustándolo a las fechas concretas; que durante su ejecución mensualmente debería presentar un reestudio del planing en el que se recogieran los ajustes que se fueran produciendo, y que los incumplimientos de los plazos serían sancionados de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la LFCP (cláusula 4). En coherencia con tal previsión, la cláusula 7 del Pliego exigía a los licitadores la presentación de un plan o programa de trabajo con grado de detalle suficiente, indicando los recursos asignados para la ejecución en plazo del contrato y su camino crítico en relación con el proyecto.

El Pleno del Ayuntamiento de Zizur Mayor adjudicó la obra a la mercantil... que ofertó el plazo mínimo de doscientos veinte días. En la

memoria de ejecución de la obra presentada por la adjudicataria, en relación con el planeamiento de ejecución de la obra se 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...”.

La memoria añadía que en caso de que se produjeran desfases, ya que la obra es un elemento vivo, con múltiples y sucesivos cambios originados por imprevistos difíciles de valorar, se comprometía a plantear a la Dirección Facultativa, que tendría la última decisión, la posibilidad de incrementar el número de recursos, ampliar los días y horas laborables, realizar turnos nocturnos de trabajo, cambiar el modus operandi del contrato.

Debe indicarse por su importancia, que la adjudicataria en su oferta manifestó expresamente que había verificado toda la documentación necesaria del proyecto y que la misma estaba completa, con precisión y extensión suficiente para que pudieran ser ejecutadas, adjuntando incluso un anexo comparativo de las mediciones del proyecto realizado por la propia contratista.

Pues bien, a pesar de lo manifestado por el contratista en su oferta sobre la diligencia con la que se iba a acometer la ejecución de la obra y afrontar los imprevistos que pudieran suscitarse, desde los primeros comienzos de la ejecución de la obra, a partir del Acta de Replanteo suscrita el 20 de noviembre de 2017, que determinaba la fecha de inicio a efectos del

cómputo del plazo, ya se manifestaron discrepancias entre la Dirección Facultativa y la contratista, notándose que el ritmo de ejecución de las obras no era el adecuado para la ejecución de la obra en el plazo de 220 días naturales ofertados. Así, en efecto, en los cuatro primeros meses del plazo de ejecución se certificaron obras por importe de 99.781,86 €, lo que suponía un 4,86 por 100 del precio de adjudicación. Del mismo modo la obra certificada hasta el mes de julio de 2018, habiendo transcurrido nueve meses desde el Acta de Replanteo, ascendía a un total de 545.168,07 €, más IVA, lo que significaba una ejecución del 26,55 por 100 del precio de licitación, no habiéndose realizado, al menos así se deriva del expediente tramitado, nada más desde aquella fecha.

Es cierto, que la empresa adjudicataria, discrepaba con los importes certificados y consideraba que debían ser reconocidos precios contradictorios por unidades de obra que consideraba se estaban ejecutando al margen del proyecto y a los que no podían aplicarse los precios contemplados en el proyecto licitado. Del mismo modo, la empresa adjudicataria ya, en el mes de febrero de 2018 solicitó ampliación del plazo para la ejecución del contrato al considerar la aparición de circunstancias no previstas y que afectaban, en su opinión, a la ejecución de la obra; en concreto fundamentaba la solicitud de ampliación de los plazos en la necesidad de acometer el desvío de las instalaciones de gas y electricidad no contempladas en el proyecto, inadecuación de las previsiones del proyecto sobre la profundidad de los pozos de cimentación e indefiniciones sobre la ejecución del muro del pabellón y de la estructura metálica.

Y aunque, efectivamente, del expediente se desprende la concurrencia de tales hechos y circunstancias, son radicalmente diferentes las consecuencias y valoraciones que sobre tales aspectos extraen la empresa adjudicataria, por un lado, y la Dirección Facultativa y la Unidad Gestora del contrato, por el otro.

Así, mientras que para la empresa adjudicataria tales circunstancias eran merecedoras de una modificación contractual con reconocimiento de precios contradictorios y costes indirectos por un importe aproximado de

527.360,84 €, que superaba el 20 por 100 del precio de adjudicación y que podía motivar la resolución contractual y que, en cualquier caso, debería llevar incremento del plazo para la ejecución del contrato, para la Dirección Facultativa y la Unidad Gestora del Contrato, tales imprevistos no tenían la transcendencia reclamada por el contratista ya que la obra podía seguirse al ritmo previsto, acometiendo otras tareas y siendo diligentes en las gestiones para su resolución. Del mismo modo, consideraban que no era preciso tramitar ninguna modificación del contrato ya que el Pliego expresamente contemplaba, en la cláusula 14.2, la previsión establecida por el artículo 106 de la LFCP, que no considera necesaria la modificación contractual por inclusión de unidades de obra que no superen el 10 por 100 del importe de adjudicación cuando tal posibilidad se vea recogida, tal y como en este caso sucede, en el Pliego de Cláusulas Administrativas, siendo que el importe económico de los precios contradictorios aprobados por la Dirección de la obra ascendía a 134.397,13 €, lo que suponía un 6,32 por 100 del importe contratado.

El relato de los hechos y las valoraciones son, como venimos indicando, totalmente contrapuestos. La adjudicataria considera que la situación que describe el Ayuntamiento no se corresponde con la realidad, que el plazo de ejecución se vio alterado por hechos ajenos al contratista, que se han ejecutado obras no previstas que no quisieron abonarse con precios contradictorios, que la mayor parte de las reclamaciones formuladas a la Administración no fueron contempladas y las que lo fueron se desestimaron con apoyo en los informes de la Dirección facultativa que carece de imparcialidad ya que son, a su vez, redactores del proyecto de edificación que contiene errores y deficiencias que son las que motivan esas modificaciones que se niegan a aprobar, por lo que entiende que, tanto la Dirección de obra como la Administración, han venido actuando en contra de los principios de equidad y buena fe que debe presidir su relación contractual, no respetando o afectando al equilibrio económico del contrato.

Por el contrario, la Administración y la Dirección de obra entienden que desde el principio la empresa adjudicataria ha buscado argumentaciones para crear una ficción con el objeto de generar incremento de obra y de

precios, cuestionando el proyecto y las aclaraciones y órdenes que realizaba la dirección facultativa, retrasando la ejecución de la obra con la finalidad de doblegar a la Administración para aceptar incrementos del precio y del plazo, hasta que finalmente paralizó totalmente la obra llegando al abandono definitivo.

De las actuaciones practicadas se derivan, efectivamente, algunas de las dificultades o imprecisiones en el proyecto que denuncia la empresa contratista, siendo cierto que hubo que plantearse el desvío de las redes de gas y electricidad no contempladas en el proyecto, así como algunas imprecisiones sobre la profundidad de los pozos de cimentación y la necesidad de efectuar precisiones sobre los muros y la estructura metálica. Pero, según se desprende de las manifestaciones de la Dirección Facultativa, tales cuestiones podían y debían resolverse con una buena gestión de la planificación de la obra, tal y como se comprometía en la memoria de la oferta presentada, con el reconocimiento efectuado de la mayor obra certificada con los precios fijados, y la aceptación de una pequeña ampliación del plazo para la ejecución total de la obra.

Ante tal situación, hay que indicar que en la contratación administrativa, tal y como establece en este caso concreto el propio Pliego de Cláusulas Administrativas, el contratista queda singularmente vinculado a la Administración, colocándose en una situación de sujeción con respecto a la potestad de dirección y control de la Administración y de la Dirección Facultativa, que le obliga a acatar las órdenes dadas unilateralmente, sin que el contratista pueda desconocerlas, incumplirlas u oponerse a ellas más que a través de las vías de las reclamaciones previstas por el ordenamiento jurídico.

Ello no significa que el contratista no tenga derecho a reclamar lo que considere necesario en defensa de sus derechos e intereses legítimos, sino que tales reclamaciones deben realizarse mediante la interposición de los recursos que sean procedentes frente a las decisiones de la Administración o la Dirección de obra. Las legítimas acciones del contratista en defensa de sus derechos en orden al mantenimiento del equilibrio económico y temporal

del contrato deben resultar compatibles con la continuidad del mismo, no poniendo en riesgo el interés público que subyace en el contrato administrativo en el que la ejecución y finalización de la obra en el plazo previsto es un elemento esencial.

En el presente expediente, frente a las decisiones de la Dirección de Obra y de la Administración de no aceptar sus reclamaciones en los términos solicitados por la contrata, sobre el importe de las certificaciones con incremento de obra y con precios contradictorios y costes indirectos, ni de ampliación de los plazos, la empresa adjudicataria interpuso algunas reclamaciones y recursos que fueron desestimados por la Administración contratante, no teniendo constancia, pues no consta en el expediente enviado, si contra tales negativas se han interpuesto o no los recursos jurisdiccionales que pudieran ser adecuados. Lo que no puede hacer el contratista, tal y como ha sucedido en el presente expediente, es paralizar la obra hasta su total abandono ya que ello constituye uno de los más graves incumplimientos en que puede incurrir el contratista.

Es un hecho cierto, no cuestionado, que desde julio de 2018 no se ejecutaba obra, que el contratista no realizaba actuaciones encaminadas a la ejecución del contrato a pesar de los continuos requerimientos efectuados. Igualmente, ha quedado acreditado por los partes de la Policía Municipal, realizados diariamente desde agosto a octubre de 2018 y reiterados posteriormente, que la obra estaba sin actividad, sin trabajadores y, en la mayoría de los casos con las instalaciones cerradas.

Las reclamaciones y discrepancias manifestadas por la empresa adjudicataria no pueden justificar ni legitimar su conducta de paralizar y abandonar la obra. Es doctrina reiterada, tanto por el Tribunal Supremo como por los órganos consultivos que la no aceptación de una propuesta de modificación del contrato o de ampliación del plazo no confieren al contratista derecho a paralizar o abandonar la obra (STS de 22 de enero de 2014, recurso de casación 3644/2012). Igualmente, es de destacar que es doctrina reiterada que el derecho de modificación del contrato es un derecho no del contratista sino de la Administración y, en todo caso, no es una

atribución legal indiscriminada que permita a la Administración, a su libre albedrío, la novación del contrato, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades, no contempladas antes de la perfección del contrato, la hagan indispensable para la consecución del interés público; circunstancias que según se derivan de los informes de la Dirección y de la Unidad Gestora, no concurren en el caso dictaminado.

Es decir, la paralización o abandono de la obra no puede decidirse unilateralmente por el contratista, ni siquiera en los supuestos en los que existan conflictos o divergencias sobre la forma de ejecutar el proyecto, la necesidad de tramitar un modificado o no se haya atendido la petición de suspensión formulada en vía administrativa, y ello sin perjuicio del derecho del contratista a su reclamación y exigencia en vía judicial.

En el caso analizado, uno de los elementos importantes para la elección del contratista era la oferta sobre el plazo de ejecución de la obra, así como la metodología con la que el contratista se comprometía a afrontar los posibles imprevistos en que, como reconocía la oferta de..., se enfrenta cada obra. La oferta presentada por el adjudicatario se comprometía a ejecutar la obra en el plazo mínimo que permitía el Pliego (220 días con una rebaja de 80 días sobre el plazo máximo de 300). A pesar de que la Administración denegó las solicitudes de ampliación del plazo de ejecución, de facto se le reconoció la posibilidad de terminar las obras en un plazo mucho mayor del que se derivaba del planing que finalmente presentó el contratista y que establecía como fecha de finalización el 8 de agosto de 2018, ya que no se inició el expediente de resolución del contrato hasta el 25 de octubre de 2018, siendo cierto que desde el mes de agosto hasta la fecha de inicio del expediente de resolución contractual nada se ejecutó y en esa misma situación continúa la obra a fecha de hoy.

En definitiva, a juicio de este Consejo de Navarra resulta evidente, no solo el manifiesto incumplimiento de los plazos establecidos para la ejecución del contrato, sino la total y absoluta paralización y abandono de la obra por parte del contratista, lo que constituye causa de resolución por

culpa imputable al contratista, al amparo de lo establecido en los artículos 103 y 124.1.f) y k) de la LFCP y de lo establecido en la cláusula 18 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (será causa de resolución del contrato con sanción y pérdida de la fianza al abandono manifiesto del trabajo, respondiendo además de los perjuicios que se originen con la rescisión).

Como dice el dictamen 581/2019, de 11 de julio, del Consejo de Estado: “No ofrece duda que la principal obligación contractual del adjudicatario de un contrato de obras es ejecutarla. Se trata de una obligación que solo puede calificarse de esencial. En consecuencia, desde antiguo el Consejo de Estado ha declarado que el abandono de las obras por parte de la contratista constituye un incumplimiento que justifica la resolución contractual por incumplimiento. Así, en el dictamen de 1 de febrero de 1973 (número 38.433) se señalaba que la paralización generalizada de las obras era causa de resolución con pérdida de la fianza constituida y sin perjuicio de las demás responsabilidades que puedan resultar de los perjuicios irrogados a la Administración por el incumplimiento de la empresa contratista. Múltiples dictámenes más recientes se pronuncian en idéntico sentido en relación con la causa de resolución, como, por ejemplo, el de 8 de noviembre de 2018 (número 856/2018)”.

Establecida la procedencia de la resolución contractual por culpa del contratista hay que determinar sus efectos. El artículo 125.3 de la LFCP establece que “cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, lo que se determinará en resolución motivada atendiendo a la existencia, entre otros factores, de un retraso en la inversión proyectada o en la prestación del servicio a terceros o al público en general y los mayores gastos que se imputen a los fondos públicos. Cuando se hayan constituido garantías para el cumplimiento de obligaciones, éstas serán incautadas en la cuantía necesaria para cubrir los daños y perjuicios que se hayan acreditado. Si éstas resultasen insuficientes la Administración podrá resarcirse a través de los mecanismos establecidos para los ingresos de Derecho público”.

La propuesta de resolución que se nos remite para dictamen contiene la valoración de los daños y perjuicios que el Ayuntamiento de Zizur Mayor imputa a la resolución y que estima, al momento de aprobarse la propuesta, en 1.092.515,46 €, señalándose que la cuantía de los daños y perjuicios “se determinará y liquidará definitivamente en el momento en que se licite, ejecute, reciba y liquide la obra que resta por ejecutar”.

Tal y como hemos indicado y se deriva de los antecedentes, esa cuantía resulta de los siguientes conceptos:

- Costes derivados de los informes emitidos por la Dirección Facultativa que a su vez se integran por tres conceptos: importe de las correcciones y reparaciones a realizar sobre las obras ejecutadas que se deterioran por la paralización (141.201,89 €); coste del cierre y vallado de la obra con una estimación de seis meses (10.498,87 €); incremento de los honorarios derivados por la asistencia técnica como consecuencia del expediente de resolución (36.663 €); y valor estimado del incremento del coste que se calcula supondrá la ejecución de la obra no ejecutada (721.220,08 €).
- Costes derivados del informe del Patronato de Deportes de Ardoi por gastos derivados del retraso y paralización de la obra y la necesidad de adaptar locales y otros recursos para prestar las actividades ofertadas, que se cuantifican en 168.257,28 €, gastos en unos casos cumplimentados y acreditados y, en otros, estimados y cuantificados con la advertencia o consideración de que se irán incrementando entre tanto no se termine la ejecución del nuevo edificio socio-deportivo.
- Gastos derivados del informe de los Servicios Generales que cuantifican en 14.674,33 € los costes administrativos por dedicación de los empleados municipales a la atención y tramitación del expediente de resolución contractual.

La empresa contratista se opone frontalmente a tales cuantificaciones y valoraciones y señala que la liquidación de la obra debe contener todas las obras realmente ejecutadas, para evitar enriquecimientos del Ayuntamiento y que, en cualquier caso, la determinación de los posible daños y perjuicios no puede realizarse sobre la base de suposiciones, conjeturas o estimaciones, sino que los daños y perjuicios deben ser ciertos y efectivos, no siendo

posible tampoco considerar hipótesis o hechos futuros, tal y como hacen los informes municipales, a juicio de la empresa adjudicataria, sin el más mínimo rigor.

La propuesta del Ayuntamiento de Zizur Mayor opta por fijar los efectos derivados de la resolución del contrato en el presente expediente de resolución contractual, lo que le lleva a calcular algunos de los daños y perjuicios que considera se derivan de la resolución contractual, efectivamente, de una manera hipotética, estimativa y sin carácter definitivo, lo que pugna con la exigencia legal y jurisprudencial de que los daños y perjuicios deben ser ciertos, reales, efectivamente producidos y perfectamente individualizables y evaluables económicamente.

Tal modo de actuar se funda en una opinión manifestada en un dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias (297/2012) que considera que el acuerdo de resolución debe fijar los daños y perjuicios ya que el acuerdo de resolución contractual debe pronunciarse de forma expresa sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la fianza que se hubiera constituido, entendiéndose que ello impide demorar a un momento posterior al acto de resolución contractual la liquidación de daños y perjuicios ocasionados, de forma que para incautar la garantía, total o parcialmente, resulta indispensable identificar y cuantificar los daños a que deba hacerse.

No es esta, sin embargo, a juicio de este Consejo de Navarra, la única fórmula para poder dar cumplimiento a la obligación legal y a los efectos que se puedan derivar de la resolución culpable del contrato. Como la propia contratista manifiesta en su escrito de alegaciones, con cita de doctrina del Consejo de Estado (dictamen 646/2012), cuando no se pueda o no resulte fácil la concreción de los daños y perjuicios en el propio expediente de resolución contractual, se puede declarar resuelto el contrato sin pérdida de la garantía constituida y tramitar un procedimiento contradictorio a fin de determinar el montante de los daños y perjuicios irrogados, reteniendo hasta la terminación de dicho procedimiento la garantía, toda vez que el importe de los referidos daños deberá hacerse efectivo, en primer término, con cargo a

la fianza o garantía, procediendo en su caso a la devolución de la suma restante tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización.

Esta es por otra parte la posición reiteradamente mantenida por el Consejo Consultivo de Asturias, entre otros muchos, en el dictamen 268/2019, de 13 de noviembre, que dictamina favorablemente la resolución del contrato por incumplimiento del contratista de su obligación principal de ejecutar la obra en el plazo comprometido “con la incautación de la garantía constituida, sin perjuicio de la obligación del contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios que le hayan ocasionado en lo que excedan del importe de la garantía incautada, cuya determinación deberá llevarse a cabo por el órgano de contratación mediante decisión motivada adoptada previa audiencia de aquel en los términos de lo establecido en el artículo 113 del RGLCAP”.

Ahora bien, debe quedar claro que la incautación de la fianza en los casos de resolución culpable del contrato por causas imputables al contratista (artículo 125.3 LFCP) no es una sanción que opera de forma automática, sino que la incautación es de carácter finalista y temporal y se destinará, en la cuantía que resulte necesaria, para cubrir los daños y perjuicios que finalmente queden acreditados, de modo que si estos son inferiores al importe de la garantía se deberá proceder a la devolución parcial del diferencial.

Pero de la misma forma que no es obligatorio que la liquidación del contrato y la determinación de los daños y perjuicios asociados a la resolución se realicen en el mismo expediente en el que se acuerde la resolución contractual, tampoco existe impedimento legal para aprovechar tal procedimiento, como ha realizado el Ayuntamiento de Zizur Mayor.

En efecto, como indica el dictamen 581/2019, de 11 de julio, del Consejo de Estado:

“En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso

que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración.

Pese a lo alegado, este precepto no prohíbe acumular en el mismo expediente la resolución del contrato y la determinación del importe de los daños y perjuicios. Tampoco tal prohibición se encuentra en otras normas aplicables al contrato. Sin embargo, pudiera no ser posible o conveniente, a la vista de las circunstancias de cada caso”.

Entre los motivos que el Consejo de Estado considera que pueden ser convenientes para que la fijación de los daños y perjuicios se realice en expediente independiente, señala, entre otros, el carácter prolongado en el tiempo de los daños que se imputan, lo que motiva la necesidad determinar con precisión, en su momento, los meses de duración de la falta de apertura, (en aquel caso, una residencia, y en el nuestro la apertura del edificio socio-deportivo) y el hecho de que la partida indemnizatoria más importante consista, al igual que sucede en nuestro asunto, en la diferencia estimada del incremento del coste de ejecución de la obra pendiente, que está a resultas de lo que suceda en el nuevo proceso de licitación y cuya adjudicación definitiva está condicionada a la previa eficacia de la resolución contractual que aquí se analiza.

En consecuencia, este Consejo de Navarra considera que, salvo en aquellos casos en los que la liquidación del contrato y la concreción y cuantificación de los posibles daños y perjuicios vinculados a la resolución sean de fácil y sencilla determinación podría resultar más conveniente diferir a un procedimiento separado la determinación de los daños y perjuicios asociados a la resolución por culpa del contratista, reteniendo la garantía hasta que se determine en expediente independiente con audiencia de los interesados.

En definitiva, este Consejo de Navarra estima que concurre un incumplimiento culpable por parte del contratista de sus obligaciones esenciales, lo que justifica la resolución del contrato y, con la finalidad de poder concretar con las garantías legales exigidas los daños y perjuicios asociados a la resolución, recomienda la tramitación de un expediente autónomo e independiente para ello, reteniéndose mientras tanto la garantía y el saldo de la liquidación que se derive del contrato.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra, en los términos indicados en el presente dictamen, informa favorablemente la propuesta de resolución culpable por causa imputable a la mercantil... (...), del contrato para la ejecución de las “Obras del Edificio Socio-Deportivo en Ardoi Norte de Zizur Mayor”, al concurrir las causas establecidas en los artículos 103 y 124.1.f) k) de la LFCP y en la cláusula 18 del Pliego de Cláusula Administrativas.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.