

**Expediente:** 17/2020

**Objeto:** Resolución culpable del contrato de obras entre Ayuntamiento de Marcilla y...

**Dictamen:** 21/2020, de 31 de agosto

## **DICTAMEN**

En Pamplona, a 31 de agosto de 2020,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza Presidente, don Hugo López López, Consejero-Secretario, y doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente don Hugo López López,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### **I. ANTECEDENTES.**

#### **I.1ª. Formulación de la consulta**

El día 1 de julio de 2020 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre la propuesta de resolución culpable del contrato de obras suscrito entre el Ayuntamiento de Marcilla y...., solicitado por el Ayuntamiento de Marcilla.

Se acompaña a la consulta el expediente administrativo tramitado por el Ayuntamiento de Marcilla que culmina con la propuesta de resolución que es objeto del presente dictamen, habiéndose solicitado por parte de este Consejo documentación complementaria que ha sido remitida con fecha 4 de agosto de 2020.

## **I.2ª. Antecedentes de hecho**

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

**Primero:** El 16 de noviembre de 2018, el Ayuntamiento de Marcilla aprobó, en sesión extraordinaria, el expediente de contratación de obra de redes de abastecimiento, saneamiento y pluviales en calle Nueva, San Ezequiel Moreno, Urmeneta y el Puente, en el marco de la Ley Foral 19/2018, de 10 de octubre, por la que se aprueba el Plan de Inversiones Financieramente Sostenibles, que adjudicaba al Ayuntamiento de Marcilla una subvención para proyectos de renovación de vías públicas en Marcilla.

La contratación se llevó a cabo mediante tramitación anticipada, y de acuerdo con el artículo 139 de la Ley Foral 2/2018, la adjudicación quedaba sometida a la existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas del contrato en el ejercicio correspondiente. Todo ello, como consecuencia de la referida Ley Foral 19/2018, de 10 de octubre; quedando, a su vez, subordinada a la aprobación por el Gobierno de Navarra de la Resolución concediendo la subvención al Ayuntamiento para la obra objeto del contrato.

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

En la Cláusula Primera se advierte que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, procede la división por lotes. Y de manera coherente con lo anterior, las obras objeto del contrato se distribuyen en dos lotes: Lote número 1, pavimentación y renovación de redes en la calle Urmeneta; y Lote número 2, pavimentación y renovación de redes en calle Nueva, San Ezequiel Moreno, El Puente y varios nudos de abastecimiento.

El apartado 1.3, relativo al plazo de ejecución del contrato, señala que los plazos de ejecución de cada una de las obras son los consignados en la Memoria y, en consecuencia, de conformidad con el mismo los siguientes:

- Lote número 1, pavimentación y renovación de redes en calle Urmeneta, cuatro (4) meses, equivalentes a ciento veinte (120) días naturales.
- Lote número 2, pavimentación y renovación de redes en calle Nueva, San Ezequiel Moreno, El Puente y varios nudos de abastecimiento, cinco (5) meses, equivalentes a ciento cincuenta (150) días naturales.

Debiendo comenzar a contar el plazo a partir del día siguiente al de la firma del Acta de Comprobación de Replanteo.

En los términos advertidos en la Cláusula Tercera, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, la forma de adjudicación prevista para el referido contrato es el procedimiento abierto inferior al umbral comunitario. Asimismo, el expediente de contratación era de tramitación anticipada como consecuencia de la Ley 19/2018, de 10 de octubre, por la que se aprueba el Plan de Inversiones Financieramente Sostenibles, quedando la adjudicación sometida a la existencia de crédito adecuado y suficiente para financiar las obligaciones derivadas del contrato en el ejercicio correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Foral 2/2018. De modo que la adjudicación no sería efectiva en ningún caso antes de la aprobación por el Gobierno de Navarra de la Resolución concediendo la subvención al Ayuntamiento para la obra objeto del contrato.

Las proposiciones de los interesados debían ajustarse a los pliegos y documentos que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el licitador del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

En cumplimiento de las condiciones determinadas por el artículo 167 de la LFC, en un plazo de diez días desde la formalización del contrato, se

procederá a la comprobación del replanteo entre los servicios técnicos del Ayuntamiento de Marcilla y el contratista, cuyo resultado se formalizará a través de acta. A esos efectos, el contratista debe proveer, a su costa, todos los materiales, equipos y mano de obra necesarios para realizar la comprobación del replanteo. El plazo establecido para la ejecución de las obras comenzará al día siguiente de la formalización del acta de comprobación de replanteo.

Previamente a la comprobación del replanteo, el adjudicatario presentará el Plan de Seguridad y Salud, basándose en el Estudio de Seguridad y Salud que forma parte del Proyecto de Ejecución objeto de contratación, con el fin de que el Coordinador de Seguridad y Salud en Fase de obra redacte el informe de adecuación y se pueda proceder a su aprobación por el Órgano de contratación.

En cuanto a la dirección de obra, se prevé fijar un calendario de visitas de obra, en función del planning presentado por el adjudicatario, con una periodicidad mínima de una visita cada semana, visita que se llevará a cabo conjuntamente por la Contrata y la Dirección Facultativa, con representantes del Ayuntamiento de Marcilla, con el fin de comprobar el progreso de los trabajos. En cualquier caso, se llevarán a cabo las visitas que sean necesarias para la correcta ejecución de la obra. Y se prevé que el contratista estará a disposición de la Dirección facultativa y de los representantes del Ayuntamiento de Marcilla para la correcta realización de dichas visitas de obra.

Por último, en cuanto a la ejecución del contrato, se advierte que los trabajos se ejecutarán con estricta sujeción al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y al Proyecto de Ejecución que sirve de base al contrato, y conforme a las instrucciones que por escrito sean dadas por el Director facultativo, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de sus respectivas competencias.

La Administración contratante, por medio del personal que considere oportuno, ejercerá el control de los trabajos comprendidos en la contrata,

comprometiéndose el contratista a facilitar la práctica del control al personal encargado.

Y se advierte que, cuando las instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito para su constancia en el expediente.

Finalmente, entre las obligaciones del contratista previstas en la cláusula decimocuarta, relativa a los derechos y obligaciones del Ayuntamiento y del adjudicatario, se advierte la de realizar los trabajos en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas y de acuerdo con las instrucciones del Proyecto y las que para su interpretación diera al contratista la Dirección Facultativa.

Y de manera más específica, la cláusula decimosexta, relativa al cumplimiento establece lo siguiente:

“El adjudicatario está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo ofertado para la realización del mismo.

La constitución en mora del contratista será automática sin necesidad de intimidación previa de la Administración.

Cuando por causas imputables al contratista el plazo hubiere quedado incumplido el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,40 euros por cada 1.000 euros del importe de adjudicación (artículo 147 LFC).

La imposición de las penalidades no excluye la eventual indemnización a la Administración, que deberá determinarse de forma independiente.

La obra se entenderá finalizada a efectos de aplicación de esta cláusula, cuando se firme por todos los intervinientes el ACTA de RECEPCIÓN de las obras, debiendo cumplir todos los requisitos para realizar tal acto.

Si el final de la obra se demorase el plazo previsto en este Pliego, el Ayuntamiento de Marcilla tendrá derecho al cobro de la penalización que resulte de lo dispuesto en la presente Estipulación, así como al cobro de todos los daños y perjuicios que pudieran existir como consecuencia de dicho retraso, cuya obligación de pago no queda excluida por la existencia de las citadas penalizaciones, las cuales son complementarias, coexistentes y no sustitutorias de otras posibles indemnizaciones.

Las penalizaciones por retrasos no cobradas durante el transcurso o fin de obras, no supondrán en ningún caso renuncia por la Propiedad a cobrarlas, por lo que ésta podrá ejercitar su derecho en cualquier momento mediante compensación con las certificaciones o liquidaciones de las obras que presente el contratista”.

Señala como causas de resolución del contrato en la cláusula decimonovena, las contempladas en la LFCP y de manera específica que:

“cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento de Marcilla, a tal efecto, le será incautada la garantía en la cuantía necesaria para cubrir los daños y perjuicios que se hayan acreditado. Si esta resultase insuficiente, el Ayuntamiento de Marcilla podrá resarcirse a través de los mecanismos establecidos para los ingresos de Derecho Público”.

Y finalmente, se advierte la naturaleza administrativa del referido contrato, rigiéndose por lo establecido en el pliego y en lo no previsto en el mismo, resultando de aplicación la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, la LFCP y demás normativa aplicable.

**Segundo:** El 19 de diciembre de 2018, el Pleno del Ayuntamiento de Marcilla, adoptó el acuerdo de adjudicación del contrato de obras redes de abastecimientos, saneamientos, y pluviales en calle Nueva, San Ezequiel Moreno, Urmenta y el Puente, a la entidad... por importes 453.983,63 euros (IVA excluido) y 586.863,99 euros (IVA excluido) correspondientes a los lotes números 1 y 2, respectivamente.

Asimismo, se acordó que la referida adjudicación no resultase efectiva en ningún caso antes de la aprobación por el Gobierno de Navarra de la oportuna Resolución aprobando la concesión de la subvención correspondiente al Ayuntamiento para la obra objeto del contrato.

El contrato se formalizó el 31 de diciembre de 2018, y en él..., se comprometía a la ejecución de los lotes números 1 y 2, del referido contrato de obra con estricta sujeción al Pliego de Condiciones Económico-Administrativas y al Pliego de Condiciones Técnicas (memoria Valorada), los cuales se consideraban documento contractual, plenamente aceptados por el contratista, acordándose el pago de manera mensual y en un plazo de 30

días naturales desde la presentación de la correspondiente factura o documento equivalente y la formalización de la Certificación de Obra correspondiente de acuerdo con lo establecido en la cláusula 12ª del Pliego de Condiciones Económico-Administrativas.

En el contrato de formalización se hacía expresa referencia al plazo para la ejecución del contrato en idénticos términos a los previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, antes transcritos; previendo, asimismo, como causas de resolución del contrato las establecidas, a su vez, “en el artículo 160 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, así como el incumplimiento de las cláusulas contenidas en el Pliego de cláusulas administrativas, en el de prescripciones técnicas y en la oferta presentada por la empresa”; y reflejando también en la cláusula décima que el expediente de contratación era de tramitación anticipada. Motivo por el cual, se establecía como condición indispensable para la efectividad del contrato la aprobación por el Gobierno de Navarra de la Resolución concediendo la subvención al Ayuntamiento para la obra objeto del contrato.

**Tercero:** El día 17 de enero de 2019 se envió por parte de la contratista el Plan de Seguridad y Salud para su evaluación, y el 23 de enero de 2019 se solicitó la subsanación de una serie de deficiencias y correcciones del referido plan. A lo largo de los cuatro meses siguientes,... remitió sucesivos planes de seguridad y salud, hasta que, finalmente, el 21 de mayo de 2019 se presentó el que fuera informado favorablemente por el Coordinador de Seguridad.

**Cuarto:** El 3 de junio de 2019 se procedió a la comprobación del replanteo mostrando las partes su conformidad con la disponibilidad real de los terrenos, así como la idoneidad y viabilidad del Proyecto que sirvió como documento técnico en la licitación de la obra; ordenándose así el inicio de las obras y comenzando a contar desde ese día el plazo de cuatro meses para la ejecución del Lote 1 y de cinco meses para la ejecución del Lote 2. De ese modo, la ejecución de las obras correspondientes al Lote 1 debían concluir el día 3 de octubre de 2019 y las correspondientes al Lote 2, el 3 de noviembre de 2019. En las Actas de Visita de Obra nº 1 de 3 de junio de 2019 y nº 2 de

12 de junio de 2019, se solicitaba que se actualizase el Plan de Obra con las dos obras conjuntas y con la nueva fecha de inicio de obra. Y el 19 de junio de 2019,... presentó el Plan de Obra revisado en el que se contemplaba una fecha final de obra de 31 de octubre de 2019. Con posterioridad a esa fecha, el 2 de agosto de 2019... volvió a actualizar el Plan de Obra por segunda vez, previendo igual fecha de final de obra que en la primera revisión, es decir, el 31 de octubre de 2019.

**Quinto:** El 2 de octubre de 2019, la empresa adjudicataria solicitó al Ayuntamiento de Marcilla una ampliación de plazo de cuatro meses, para la ejecución de las obras porque “durante la ejecución de la obra referida al Lote número 1, debido a los condicionantes en materia de servicios existentes de abastecimiento, saneamiento e infraestructuras no contemplados en proyecto se han producido cambios en la ejecución de las obras, que han ocasionado un retraso en la ejecución de la obra por causas no imputables a...”.

En su informe de 3 de octubre de 2019, la Dirección de Obra respondió negativamente a la anterior solicitud porque, en su opinión, la solicitud de ampliación de plazo de obra no estaba justificada con suficiente detalle y además, porque desde el primer mes de obra, en las distintas actas de visita de obra, se venía indicando la necesidad de ampliar los equipos y prever bien el suministro de materiales que tiene plazo de entrega largo, dado el limitado periodo de ejecución de la obra. En ese sentido, la Dirección de Obra venía indicando en reiteradas ocasiones su creencia de que se estaba incumpliendo el planning general y que se estaba acumulando un retraso irreparable. En el referido informe afirmaba...que a esa fecha y habiendo transcurrido cuatro meses desde la firma del contrato, no se había ejecutado ni el 25% de la obra total contemplada en el proyecto. Señalando que “la razón principal de este enorme retraso en la ejecución es la falta de medios dispuestos por...para la ejecución de la obra, tanto en maquinaria como en mano de obra, materiales, etc.; y por otro lado la utilización de procesos constructivos que dilatan la ejecución de la obra”, algunos de los cuales están referidos en el informe. Por todo ello, concluía que:



“... no ha justificado la propuesta de ampliación de plazo de obra de cuatro meses (no justifica ni un solo día por el cual es necesario ampliar el plazo de obra).

Que nos parece desproporcionado solicitar un incremento de plazo de 4 meses que, por otro lado, es lo que ha necesitado para actuar en un tramo de la calle Urmeneta de 200 m de longitud, restando otro de mayor longitud por iniciarse (concretamente de 250 m.), y que en el que está en ejecución, resta aún unidades constructivas, cuyo plazo de ejecución seguramente será superior a 1,5 meses. Por lo tanto, entendemos, que con los mismos medios dispuestos en obra, el plazo restante sería incluso muy superior a esos cuatro meses.

Las causas del importante retraso de obra se deben a un mal dimensionado de los medios dispuestos en obra [...] y a una mala gestión de la adquisición de materiales [...]”.

Y, en resumen, y atendiendo al artículo 147.4 de la Ley Foral 2/2018,...deberá presentar una solicitud de ampliación de plazo, con una correcta justificación de *tiempo perdido, por causas que no fueran imputables al Contratista*” (la cursiva es del propio informe).

**Sexto:** Mediante Resolución 1549/2019 de 18 de octubre de 2019 el Ayuntamiento de Marcilla requirió a... para que presentase justificación de las ampliaciones de plazo solicitadas. Y en fecha 25 de octubre de 2019,... registró en el Ayuntamiento de Marcilla otro escrito en el que manifestaba su oposición sustantiva al informe anterior emitido por la Dirección de Obra de 3 de octubre de 2019. En concreto, la empresa adjudicataria afirmaba haberse producido numerosas modificaciones e incidencias en la ejecución del proyecto. Concretamente señalaba que: “el proyecto nada tiene que ver con la realidad. Se ha realizado en 15 días según comentarios de la propia Dirección de Obra (anejo 9 del proyecto, correos a compañías). Realizamos informe por meses y calles, hasta el mes de septiembre, de algunas de las modificaciones e incidencias producidas en la ejecución del proyecto (anejo 1). Dichas modificaciones suponen un aumento superior a los tres meses, habiendo actuado sólo en la mitad de la calle Urmeneta”. Asimismo,

señalaba la adjudicataria que, al no ser un proyecto de referencia, no sabía si el tramo que quedaba por ejecutar era más complejo o menos complejo. En todo caso "... ha dispuesto en la obra de los medios necesarios para ejecutarla en el plazo correcto. Los permanentes cambios en el proyecto y la demora en muchas ocasiones por parte de la Dirección de Obra y de las compañías en la resolución de estos cambios, ha supuesto retrasos de manera continua y la imposibilidad de coordinación de los tajos de la manera deseada". En el mismo sentido, procedía a rebatir algunas de las afirmaciones efectuadas por la Dirección de Obra en el anterior informe, relativas a la supuesta falta de pericia con que se habría desarrollado hasta ese momento la ejecución de la obra, falta de medios materiales y humanos adecuados y, en definitiva, a la mala planificación. En cuanto a la gestión de materiales, la adjudicataria afirmaba haber habido retrasos en la aprobación de algunos materiales enviados, teniendo que insistir en su aprobación, y que los cambios en el proyecto han hecho que materiales ya comprados se hayan visto modificados. Asimismo, señalaba que "los plazos de entrega de los materiales son amplios debido a una gran cantidad de obras que se están ejecutando en la zona y a la utilización de los mismos proveedores en todas las obras". Y describía las distintas actuaciones acometidas a lo largo de los cuatro meses, las dificultades halladas y los días o fracciones de día de retraso que las mismas habían comportado en la ejecución de la obra.

En conclusión, afirmaba que:

"... presentó al inicio de obra un plan de trabajos de obra detallado de cuatro meses, para cumplir el plazo rigurosamente.

Un plan de trabajos se calcula en base a los medios que la Contrata debe poner en obra (maquinaria, mano de obra y materiales), para que, con unos rendimientos inicialmente estimados, sean capaces de realizar todas y cada una de las unidades contempladas en proyecto. Si al final de la obra, resulta que existe un incremento real de mediciones, o incidencias importantes que hayan retrasado la obra, y no imputables a la Contrata, procederá un incremento del plazo de ejecución de obra.

Pero es obligación de la Contrata, ir ajustando los equipos de trabajo con el transcurso del tiempo, en previsión del cumplimiento del Contrato.

Nosotros entendemos que a... nunca le afectó esto, se escribía en todas las actas de visita de obra, se indicaba el equipo técnico de obra, y nunca hubo respuesta alguna. Incluso si la Jefe de obra o encargado general se ausentaban de obra, por vacaciones o motivos personales, no se sustituían por un suplente. Por experiencia, en la mayoría de obras que hemos actuado como asistencias técnicas, ante la falta del equipo técnico (encargado-jefe de obra), la empresa siempre nombraba un sustituto”.

**Séptimo:** Con fecha 4 de noviembre de 2019 la Dirección de Obra emite un nuevo Informe sobre Ampliación de Plazo de Obra Solicitado por la contrata, en el que, después de confrontar algunas afirmaciones contenidas en el escrito presentado por Elecnor, concluía que “... no ha justificado la propuesta de ampliación de plazo de obra de cuatro meses”; considerando y proponiendo una ampliación del plazo total de obra de 17 días de trabajo, con lo que el plazo terminaría el 29 de octubre de 2019.

**Octavo:** Con fecha 29 de noviembre de 2019 se levanta Acta de Recepción Parcial de Obra, condicionada a realizar una serie de subsanaciones en el plazo de 7 días, a partir de la referida fecha. Se trata de una recepción parcial, que se corresponde con la renovación de redes de abastecimiento y saneamiento, no a la pavimentación, y sólo a un tramo de la calle Urmeneta, lo cual resulta inferior al 50% de la superficie total, según la Dirección de Obra.... expresa en ese documento su no conformidad con tres puntos del anexo de deficiencias a subsanar, quedando el resto pendiente de cotejar.

**Noveno:** Superado el plazo descrito en el Acta de Recepción Parcial de fecha 29 de noviembre de 2019, en el Acta nº 1 de Revisión Previa a la Recepción Parcial de la obra de fecha 19 de diciembre de 2019, firmada por el Ayuntamiento de Marcilla y.... en su condición de Directora de la Obra, se refleja la ampliación de dicho plazo en 10 días más. ... no firma la referida Acta.

**Décimo:** En términos análogos a lo referido respecto del Lote 1, en relación con el Lote número 2, el 31 de octubre de 2019, la empresa adjudicataria... solicitó al Ayuntamiento de Marcilla una ampliación de plazo de 5 meses. Con fecha 4 de noviembre la Dirección de Obra emitió informe en respuesta a la solicitud anterior, en el que, en términos similares al emitido en relación con el Lote número 1, concluía que "... no ha justificado la propuesta de ampliación de plazo de obra de CINCO (5) meses (no justifica ni un solo día por el cual es necesario ampliar el plazo de obra). Que nos parece desproporcionado solicitar un incremento de plazo de 5 meses [...]", atribuía las causas del importante retraso en la ejecución de la obra a la empresa adjudicataria y proponía que...presentase una solicitud de ampliación de plazo, con una correcta justificación de tiempo perdido por causas que no fueran imputables a la empresa contratista.

**Undécimo:** Con fecha 4 de noviembre de 2019, a petición del Alcalde del Ayuntamiento de Marcilla, se emite Informe Jurídico sobre la situación jurídica del expediente de contratación de las obras de abastecimiento, saneamiento y pluviales en calle Nueva, San Ezequiel Moreno, Urmeneta y el Puente y, en concreto, sobre la regulación de la imposición de penalizaciones o resolución contractual. Tras formular las consideraciones que entiende oportunas, el Informe concluye que:

“.- Si se trata de un retraso o demora en la ejecución justificado en cuestiones técnicas derivadas de la ejecución de la obra por tanto no imputable a... podrá prorrogarse el plazo por los días en que se cuantifique técnicamente éste, previa justificación de la empresa de los medios materiales, técnicos y humanos que va a dedicar a la ejecución. Se trata de un retraso no culpable y por tanto es posible la prórroga del plazo.

.- Si se trata de un retraso culpable o imputable a...el Ayuntamiento puede imponer las penalidades que correspondan con arreglo a la Ley Foral de Contratos de Navarra y al pliego. En este caso se aplicará la cláusula decimosexta del pliego y por tanto a razón de 0,40 euros por cada 1000 euros del importe de adjudicación.

.- Si se opta por la resolución del contrato el Ayuntamiento de Marcilla, ante un retraso culpable del adjudicatario se seguirán los pasos que recoge este informe sin perjuicio de acordar la continuación de la obra con carácter excepcional y por razones de interés público (previo informe de la Dirección Facultativa) y sin perjuicio de la incoación del

expediente de indemnización a la Administración por los daños y perjuicios derivados de este incumplimiento contractual.

Además, procede establecer las medidas y actuaciones que, de conformidad con los criterios técnicos se precisen para garantizar la seguridad hasta la adjudicación y formalización del nuevo contrato a cuyo efecto deberá notificarse a la segunda licitadora el acuerdo pertinente de adjudicación motivado en la previa resolución contractual.

.- El órgano de contratación podrá igualmente, acordar el inicio de expediente de indemnización de daños y perjuicios al Ayuntamiento y, si así se estima, el expediente de prohibición de contratar por plazo de 5 años a la empresa cuyo contrato se resuelve por incumplimiento culpable de las condiciones de ejecución del contrato”.

**Duodécimo:** El 11 de noviembre de 2019, la adjudicataria registró un nuevo escrito en el Ayuntamiento de Marcilla, manifestando su oposición sustantiva al informe anterior emitido por la Dirección de Obra, de fecha 4 de noviembre de 2019. Y en contestación al referido escrito, la Dirección de Obra, en Informe de Ampliación de Plazo nº 2, de fecha 19 de noviembre de 2019, propone, finalmente, una ampliación total del plazo para la ejecución de la obra de 22,1 días de trabajo, con lo que el plazo terminaría el 5 de diciembre de 2019.

**Decimotercero:** El 27 de noviembre de 2019 y el 26 de diciembre de 2019,... presentaron sendos escritos de informe y valoración de todo lo acaecido en obra hasta octubre, en el Ayuntamiento de Marcilla, indicando las diferencias de proyecto, en el que incluye la medición de los trabajos ejecutados que, según el mismo, supondrían una diferencia en las partidas ejecutadas respecto de las proyectadas en más de un 20%, debido a errores materiales del proyecto.

**Decimocuarto:** El 29 de noviembre de 2019 se levanta Acta de Recepción Parcial de Obra condicionada a realizar una serie de subsanaciones en el plazo de 7 días, a partir de esa fecha. Según la Dirección de Obra se trata de una recepción parcial, que corresponde sólo a la renovación de redes de abastecimiento y saneamiento, no a la pavimentación, y además sólo a un tramo de la calle Nueva, que es inferior al 50% de la superficie total, a la calle San Ezequiel Moreno y no a la calle Puente, que no se habría iniciado....firma el documento expresando su no

conformidad con tres puntos del anexo de deficiencias a subsanar y que el resto de deficiencias están pendientes de cotejar.

**Decimoquinto:** El 19 de diciembre de 2019 se levanta Acta nº 1 de Revisión Previa a la Recepción Parcial de la Obra, firmada por el Ayuntamiento de Marcilla y..., en la que, una vez superado el plazo descrito en el Acta de Recepción Parcial de fecha 29 de octubre de 2019 para la subsanación de los desperfectos descritos (7 días), se amplía dicho plazo en 10 días más.

**Decimosexto:** Con fecha 14 de enero de 2020... emite Informe sobre Incumplimiento de Plazo Contractual del Lote 1, en el que se expresa la situación de la obra en aquel momento. En síntesis, se indica que se está actuando exclusivamente en el tramo de calle comprendido entre la intersección con calle Príncipe de España y calle Calvario, las actuaciones acometidas y las que están pendientes de realizar; llegándose a las siguientes conclusiones:

“Por el presente Informe se describe el estado actual de la obra y el incumplimiento culpable del plazo por cuenta de..., debido básicamente, una vez analizadas todas las reclamaciones y la propuesta de esta Dirección de Obra de ampliación del plazo de 17 días de trabajo, por las siguientes causas:

- Desconocimiento absoluto del mercado en Navarra, en cuanto a suministros de materiales, y empresas subcontratistas.
- Un pésimo estudio de la obra en fase de la licitación, que le lleva a realizar una oferta muy baja, de un -16,39%, cuando el resto de licitadores estaban en el entorno del -5%.
- Disponer de un equipo técnico a pie de obra (encargado y jefe de obra), sin ningún tipo de experiencia en obras de esta tipología (Renovación de redes en calles urbanas), según ellos mismos han reconocido a esta D.O.
- Falta de previsión de Subcontratas y adquisición de materiales.
- Mala gestión de recursos, equipos y maquinaria.
- Muy mala planificación de trabajos, tal y como se ha estado reclamando en todas las Actas de Visita de Obra y se ha descrito en los dos Informes de Ampliación de Plazo”.

Y también con fecha 14 de enero de 2020, a solicitud del Ayuntamiento de Marcilla,... emitió Informe sobre Incumplimiento de Plazo Contractual del Lote 2, en el que se expresa la situación de la obra en aquel momento. En síntesis, se indica que se está actuando exclusivamente en el tramo de calle Nueva entre la calle Gundemaro y Plaza de España y calle San Ezequiel Moreno y no se realiza ninguna actuación en la calle Puente, se describen de manera pormenorizada las actuaciones acometidas y las que están pendientes de realizar; llegándose a conclusiones similares a las expuestas en el Informe relativo al Lote 1 transcritas en el antecedente anterior.

**Decimoséptimo:** En sesión extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento de Marcilla, celebrada el día 23 de enero de 2020, se adoptó el acuerdo de iniciación de expediente de resolución del contrato administrativo de obras de reparación de pavimentos y reformas de red pluviales en Marcilla, adjudicado a la empresa... mediante acuerdo de Pleno de fecha 19 de diciembre de 2018 y formalizado con fecha 31 de diciembre de 2018, a la vista de la situación de la ejecución del mismo según se desprende del informe técnico de la Dirección de Obras... de fecha 14 de enero de 2020, en el que se concluye la necesidad de resolver el contrato con motivo de incumplimiento del plazo de ejecución por causas únicamente imputables a la empresa; siendo esta una condición esencial de este contrato en tanto en cuanto las obras están subvencionadas por la Ley Foral 19/2018, de 10 de octubre, por la que se aprueba el Plan de Inversiones Financieramente Sostenibles, ley que obliga a ejecutarlas antes del día 2 de diciembre con la pérdida de la subvención si se excede el referido plazo. Asimismo, se acordaba dar traslado a la empresa contratista, así como a los demás interesados, para que alegasen cuanto estimasen oportuno en el plazo de diez días y comunicándole que a partir de la fecha de adopción del acuerdo, 23 de enero de 2020, se iniciaba el cómputo del plazo para resolver el procedimiento que será de un máximo de tres meses a contar desde esa fecha, y que finalizado este plazo sin que se haya dictado y notificado por el Ayuntamiento la resolución correspondiente, carecerá de efectos jurídicos debiendo cumplirse los trámites y producirse los efectos previstos en la LFC con independencia de las normas que sobre duración y efectos del silencio se contienen en la Ley 39/2015. Finalmente, se acordaba la emisión del

informe correspondiente de los servicios jurídicos del Ayuntamiento, acerca de los posibles preceptos legales que hubieran podido ser incumplidos, así como la incorporación del informe de Intervención sobre los posibles efectos económicos y repercusiones presupuestarias que pudieran derivarse de la sustanciación de procedimiento, al objeto de que el Pleno proceda a la adopción del acuerdo que estime pertinente.

**Decimooctavo:** El 29 de enero de 2020... presentó Informe pericial sobre la recepción parcial de las obras de pavimentación y renovación de redes de las calles Urmeneta y San Ezequiel Moreno en Marcilla (Navarra) con fecha 25 de enero de 2020. Tras el análisis de la documentación recibida, el perito concluye lo siguiente:

- “1. No existen datos objetivos y fiables que permitan afirmar que los tramos de colectores de pluviales y saneamiento presentan contrapendiente tal y como se afirma en el acta de recepción parcial de la obra.
2. La mera existencia de zonas de remanso no implica la existencia de contrapendiente y según se puede observar en las imágenes aportadas en el informe, en algunos casos son debidas a abolladuras locales de los tubos y en otros a la escasa pendiente definida en el proyecto.
3. De las acometidas que no resultaban aceptables para la Dirección de Obra, dos de ellas han sido corregidas según informa.... Y el resto presentan una pendiente correcta, siendo por lo tanto aceptables”.

**Decimonoveno:** Con fecha 8 de febrero de 2020,... presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la Resolución por la cual se acuerda el inicio de expediente de resolución de contrato por causas imputables a..., solicitando la ampliación del plazo inicialmente concedido y en todo, exponiendo con carácter preliminar las alegaciones que estimó oportunas y que, en síntesis, son las siguientes:

1. El incumplimiento del plazo de ejecución de la obra no es imputable al contratista, manifestando su disconformidad con el contenido de los informes de... de fecha 14 de enero de 2020.
2. Existencia de causa legal para la resolución de contrato imputable al Ayuntamiento de Marcilla, en virtud de lo dispuesto en el artículo



175.d) de la Ley Foral 2/2018 de Contratos Públicos, que fija como causa *“Los errores materiales del proyecto que afecten al presupuesto de las obras, al menos, en un 20%”*.

En virtud de ambas consideraciones se opone al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Marcilla y solicita la resolución contractual por la causa reflejada en el artículo 175.d) de la referida LFCP. Asimismo, anunciaba la adjudicataria el encargo a un Perito independiente la elaboración de un Informe Pericial para que dictaminase sobre el origen, las causas y/o el sujeto responsable del incumplimiento del plazo contractual, así como para que procediese a la medición real de la obra.

**Vigésimo:** El 12 de febrero de 2020, le fue notificada a la empresa contratista la Resolución dictada por el Ayuntamiento de Marcilla de igual fecha, que acordaba aprobar una ampliación del término de audiencia por 5 días hábiles, hasta el 19 de febrero de 2020. Dentro del referido plazo,... se limitó a reiterar su oposición a la Resolución de inicio de expediente de resolución de contrato, al considerar insuficiente el plazo de 5 días para ampliar su escrito inicial. Asimismo, volvía a anunciar la adjudicataria el encargo a un perito independiente la elaboración de un Informe pericial para que dictaminase sobre el origen, las causas y/o el sujeto responsable del incumplimiento del plazo contractual, así como para que procediese a la medición real de la obra.

**Vigésimo primero:** El 12 de febrero de 2020,... emite un Informe en contestación al Informe pericial sobre recepción parcial de las obras de pavimentación y renovación de redes de la calle Urmeneta y San Ezequiel Moreno Marcilla (Navarra) de 25 de enero de 2020, en el que cuestiona algunas de las afirmaciones y las conclusiones alcanzadas en el referido informe.

**Vigésimo segundo:** Con fecha 11 de marzo de 2020 se emite Informe Jurídico por la letrado a petición del Alcalde del Ayuntamiento de Marcilla, dentro del expediente de resolución contractual y a la vista de las alegaciones presentadas por la empresa... en el que concluye que:

“A la vista de la documentación e informes técnicos que obran en el expediente la empresa... ha incumplido el plazo de ejecución de la obra, siendo la causa de este incumplimiento imputable al contratista. En consecuencia, concurre la causa de resolución prevista en el artículo 160 e) de la LFCP, así como en el Pliego de contratación administrativa que rige el contrato de obras de pavimentación y renovación de redes de las calles Urmeneta, Nueva, San Ezequiel Moreno, El Puente y varios nudos de abastecimiento en Marcilla”.

**Vigésimo tercero:** Con fecha 12 de marzo de 2020.... emite el “Informe Contestación a las Alegaciones Presentadas por... en Oposición a la Resolución de Inicio Expediente de Resolución de Contrato” en el que tras exponer desde un punto de vista técnico y con carácter preliminar, el estado actual de las obras, analiza de manera pormenorizada las alegaciones formuladas por... en su escrito, para concluir ratificándose en sus informes anteriores y afirmar que:

“... ha redactado un buen proyecto, con una previsión económica que es correcta, recogiendo todas y cada una de las unidades constructivas que deben componer la obra, y ha realizado una Dirección de Obra, con una dedicación extrema en tiempo y personal, fuera de lo habitual para este tipo de obras, fundamentada porque...era incapaz en el día a día de ejecutar la obra.

Desde el principio ya se observó que tanto Jefa de obra como Encargado no tenían experiencia ninguna, no supieron utilizar métodos constructivos acordes con una obra de renovación de redes, no pusieron los medios necesarios, tal vez porque no los pudieron encontrar, y al cabo de dos meses, se vio que la obra se les había “apoderado”, y ya se centraron en terminar simplemente lo que habían empezado es decir un 35-40% del total de la obra”.

**Vigésimo cuarto:** Finalmente, en sesión ordinaria de Pleno del Ayuntamiento de Marcilla, celebrada el día 10 de junio de 2020, se adoptó por unanimidad la Propuesta de Acuerdo a adoptar por el Pleno del Ayuntamiento de Marcilla sobre la Resolución Culpable del Contrato de Obras con... en la que se desestiman en su totalidad las alegaciones presentadas por..., indicando que esta última es la única responsable del incumplimiento de los plazos de ejecución del contrato de obras y la procedencia legal de la resolución del contrato. Los fundamentos de derecho de la propuesta, se consideran incorporados a la misma los ya referidos en

el Acuerdo de Pleno de fecha 23 de enero de 2020, al considerarse que no han sido desvirtuados de ninguna manera por la empresa contratista y finalmente se concluye la propuesta de resolución en las siguientes condiciones:

“PRIMERO.- Declarar la resolución del contrato de ejecución de obras de abastecimiento, saneamiento y pluviales en calle Nueva, San Ezequiel Moreno, Urmeneta y El Puente suscrito en fecha 31 de diciembre de 2019 por la empresa... y este Ayuntamiento a causa de incumplimiento del plazo de ejecución siendo este una condición esencial de la contratación subsumible en el artículo 160.1 e) de la Ley Foral de Contratos así como en el Pliego de Condiciones Regulatoras para la Contratación previamente aceptadas por ambas partes.

SEGUNDO.- Proceder a la incautación de la garantía constituida por la empresa... por un importe de 41.633,89 euros, de conformidad con el artículo 161.3 de la LF 2/2018.

TERCERO.- Acordar el inicio del expediente de indemnización de daños y perjuicios ocasionado solicitando que por la Dirección Técnica se proceda a la valoración de los posibles daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento por la resolución de este contrato y eleve la correspondiente propuesta de liquidación, previa audiencia a la empresa interesada, para su exigibilidad con arreglo a derecho.

CUARTO.- Acordar el inicio del expediente de prohibición de contratar para cuya efectividad se solicita que por los servicios jurídicos del Ayuntamiento se instruya procedimiento por si procediera la declaración de prohibición de contratar de la empresa...en el ámbito de este Ayuntamiento y su inscripción en el registro oficial de licitadores y empresas clasificadas en su caso.

QUINTO.- Notifíquese a los interesados a los efectos oportunos con señalamiento de los recursos que sean procedentes, y publíquese el presente acuerdo en el Portal de contratación de Navarra, en el tablón de anuncios”.

Asimismo, se acordó la solicitud de Informe al Consejo de Navarra en el expediente de resolución contractual culpable de las obras de pavimentación y redes en calles Urmeneta, San Ezequiel Moreno, Nueva, El Puente y varios nudos.

**Vigésimo quinto:** Por parte de este Consejo se requirió al Ayuntamiento de Marcilla con fecha 24 de julio de 2020 que completara el expediente, habiéndose remitido con fecha 4 de agosto de 2020, mediante

oficio de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra, de 3 de agosto de 2020, la siguiente documentación:

- Escrito de 27 de noviembre de 2019 presentado por...
- Informe de Intervención en expediente de resolución contractual.

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

### **II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen**

La presente consulta, formulada por el Ayuntamiento de Marcilla 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 suscrito entre el Ayuntamiento de Marcilla y... por incumplimiento culpable por parte de la mercantil adjudicataria de sus obligaciones contractuales.

El artículo 14.1.i) de la LFCN establece que el Consejo de Navarra deberá ser preceptivamente consultado en “cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra o el dictamen de un organismo consultivo”.

La Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, de aplicación al presente expediente de contratación, establece en el artículo 142 (*Interpretación de los contratos administrativos*), *la emisión del dictamen del Consejo de Navarra “cuando se formule oposición del contratista”*.

Asimismo, el artículo 191.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, 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 cuando se formule oposición del contratista.

Como ya dijimos, entre otros, en nuestros dictámenes 20/2016, 23/2019, 27/2019 y 52/2019, siguiendo doctrina del Consejo de Estado, la oposición del contratista ha de apreciarse cuando exprese su contradicción en el procedimiento de resolución contractual, tanto respecto de la resolución misma como de sus efectos.

En el presente caso concurre tal exigencia ya que existe oposición con la resolución definitiva del contrato que pretende acordar el Ayuntamiento de Marcilla. Por lo tanto, al existir expresa oposición del contratista a las condiciones de la resolución pretendida por la Administración, deviene preceptiva la emisión del dictamen por el Consejo de Navarra.

## **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]. En el ejercicio de su competencia, la Comunidad Foral de Navarra aprobó la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, normativa de carácter general que derogó a la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra. La Ley 6/2006 sufrió diversas modificaciones con la finalidad de adaptar su regulación a las Directivas Europeas que se iban aprobando en relación con la materia de contratación Pública. Así, mediante la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, de modificación de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, se adaptó su regulación a las exigencias derivadas de la aprobación de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modificaban las Directivas 89/668/CEE y 92/13/CEE del Consejo.

En la actualidad, la normativa que regula la contratación pública en la Comunidad Foral de Navarra se encuentra recogida en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), que se dictó, entre otros motivos, por la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento interno las Directivas denominadas de cuarta generación que conformaban la nueva regulación europea en la materia (Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y la Directiva 2014/23/UE, relativa a los contratos de concesión). Conforme a lo establecido en su disposición transitoria primera, lo dispuesto en la citada Ley Foral sólo será de aplicación a los contratos cuyos pliegos de cláusulas administrativas particulares o condiciones reguladas se aprueben con posterioridad a su entrada en vigor.

En el presente caso, teniendo en cuenta que la contratación mediante convocatoria pública de la obra de redes de abastecimiento, saneamiento y pluviales en calle Nueva, San Ezequiel Moreno, Urmeneta y el Puente, en Marcilla se aprobó el 16 de noviembre de 2018, al presente expediente de resolución contractual le es de aplicación lo establecido en la vigente LFCP. Igualmente, con carácter supletorio le será de aplicación lo establecido por la legislación estatal en materia de Contratos del Sector Público y, de modo especial, lo establecido por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en lo relativo a la regulación del procedimiento para acordar la resolución de los contratos públicos.

### **II.3ª Tramitación del expediente de resolución contractual**

La legislación de la Comunidad Foral aplicable a los contratos administrativos que celebre la Administración Local contiene una regulación específica del procedimiento administrativo que deba seguirse en los casos de resolución del contrato por causas imputables al contratista. En concreto, se halla contenida en el artículo 160.3 de la LFCP, según el cual:

“La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación de oficio o, en su caso, a instancia del contratista, con arreglo al siguiente procedimiento:

a) Audiencia del contratista durante un plazo de diez días, cuando el procedimiento se incoe de oficio.

b) Audiencia durante el plazo de diez días de los demás interesados. En los contratos en los que se haya exigido una garantía formal, se deberá dar audiencia al avalista o asegurador cuando se proponga la incautación de la fianza.

c) Informe de los servicios jurídicos del órgano de contratación”.

En el mismo sentido, el artículo 212.1 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 que “la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezcan”. 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 adoptado el 23 de enero

de 2020 el oportuno acuerdo de iniciación del expediente de resolución del contrato administrativo de obras de reparación de pavimentos y reformas de red pluviales en Marcilla, adjudicado a la empresa..., se dio audiencia al contratista que formuló las alegaciones que a su derecho le convenían; solicitándose ampliación del plazo que fue estimada concediéndose una ampliación de 5 días. Las alegaciones presentadas por la contratista fueron informadas desfavorablemente por la Dirección de la Obra.

Asimismo, y puesto que en el expediente de resolución contractual y, en concreto, en la propuesta de resolución, se prevé la incautación de la garantía por causa de resolución culpable imputable al contratista, se ha dado traslado a la compañía aseguradora, tal y como establecen el artículo 160.3 b) de la LFCP y el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, así como al resto de interesados, que no han emitido alegaciones oponiéndose a dicha resolución.

Igualmente obran en el expediente los informes jurídicos correspondientes. Con apoyo en los citados informes, el Pleno del Ayuntamiento de Marcilla ha elaborado la propuesta de resolución culpable del contrato, que nos ha sido remitida a este Consejo de Navarra, a través de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra, a fin de emitir nuestro dictamen preceptivo.

De lo anteriormente expuesto se deriva que se ha cumplido adecuadamente con los requisitos procedimentales que para la resolución del contrato por causa imputable al contratista establecen el artículo 160.3 b) de la LFCP y 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. A la misma conclusión habrá de llegarse, si se tienen en consideración los efectos jurídicos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y de manera más específica, su disposición adicional cuarta, que impiden apreciar caducidad del expediente de resolución del contrato, pese al periodo transcurrido desde el 23 de enero de 2020, en que tuvo lugar el



inicio del mismo, y el 10 de junio de 2020, momento en que se adoptó por unanimidad la Propuesta de resolución culpable del contrato.

#### **II.4ª. Sobre la resolución del contrato.**

##### **A) La regulación del contrato de obra en la LFCP**

Para la adecuada emisión del presente dictamen resulta preciso analizar la regulación que la LFCP establece respecto al contrato de obras públicas en aquellos puntos de especial incidencia en el objeto de la cuestión suscitada.

El artículo 28 de la LFCP define esta modalidad contractual en los siguientes términos:

“1. El contrato de obras es aquel cuyo objeto sea:

a) La ejecución, o bien conjuntamente el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el Anexo I de esta ley foral.

b) La realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el sujeto contratante.

2. Por “obra” se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica”.

En cuanto al régimen jurídico del contrato de obras, el artículo 162 LFCT comienza indicando que:

“La adjudicación de un contrato de obras requerirá, salvo las excepciones previstas en esta ley foral, la previa elaboración, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto, que definirá con precisión el objeto del contrato”.

Por lo que se refiere al contenido del contrato de obras públicas, el artículo 163 de la LFCP dispone que:

“Los proyectos de obras deberán sujetarse a las instrucciones técnicas que sean de obligado cumplimiento para la Administración y comprenderán, al menos:

a) Una memoria en la que se describa el objeto de las obras, que recogerá los antecedentes y situación previa a las mismas, las

necesidades a satisfacer y la justificación de la solución adoptada, detallándose los factores de todo orden a tener en cuenta.

b) Los planos de conjunto y de detalle necesarios para que las obras queden perfectamente definidas, así como los que delimiten la ocupación de terrenos, la restitución de servidumbres y demás derechos reales, en su caso, y los servicios afectados por su ejecución.

c) El pliego de prescripciones técnicas particulares donde se hará la descripción de las obras y se regulará su ejecución, con expresión de la forma en que ésta se llevará a cabo, de la medición de las unidades ejecutadas, del control de calidad y de las obligaciones de orden técnico que correspondan al contratista.

d) Un presupuesto, integrado o no por varios parciales, con expresión de los precios unitarios y de los descompuestos, en su caso, estado de mediciones y los detalles precisos para su valoración.

e) Un programa de desarrollo de los trabajos o plan de obras de carácter indicativo, con previsión, en su caso, del tiempo y coste.

f) Las referencias de todo tipo en que se fundamentará el replanteo de las obras.

g) Cuanta documentación venga prevista en normas de carácter legal o reglamentario.

h) El estudio de seguridad y salud o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las normas de seguridad y salud en las obras.

i) El certificado de eficiencia energética”.

Los artículos 165 y 167 se refieren respectivamente al “*Replanteo de las obras y disponibilidad de los terrenos*” y a la “*comprobación del replanteo*”. En este último se precisa:

“En el plazo que se determine en el pliego, que no podrá exceder de un mes desde la formalización del contrato, se procederá a la comprobación del replanteo entre los servicios técnicos de la Administración y el contratista, cuyo resultado se formalizará en un acta. El plazo establecido para la ejecución de las obras comenzará al día siguiente de la formalización del acta de comprobación del replanteo”.

A propósito de la ejecución de las obras y responsabilidad del contratista, el artículo 169 LFCP añade que:

- “1. Las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de este dieren al contratista el Director facultativo de las obras, y en su caso, el responsable del contrato, en los ámbitos de su respectiva competencia.
2. Cuando las instrucciones fueren de carácter verbal, deberán ser ratificadas por escrito para su constancia en el expediente.
3. Durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía, el contratista es responsable de todos los defectos que en la construcción puedan advertirse”.

De especial trascendencia para el enjuiciamiento del caso son los preceptos 160 (*Causas de resolución de los contratos administrativos*) y 161 (*Efectos de la resolución del contrato*) de la LFCP.

En el primero se establece que los contratos administrativos serán objeto de resolución cuando concurra alguna de las siguientes causas:

“[...]”

*e) La falta de ejecución en plazo cuando este tenga carácter esencial”.*

El artículo 161.3 LFCP, por su parte, prevé que:

*“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, este deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la entidad contratante, 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 el órgano de contratación podrá resarcirse a través de los mecanismos establecidos para los ingresos de Derecho público”.*

Y, por último, el artículo 175 LFCP, referido al contrato de obra, prevé que son “causas específicas de resolución”:

- a) La demora injustificada en la comprobación del replanteo.*
- b) La suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte del órgano de contratación.*

*c) El desistimiento expreso o tácito de las partes o la suspensión de las obras acordada por el órgano de contratación por un plazo superior a ocho meses.*

*d) Los errores materiales del proyecto que afecten al presupuesto de las obras, al menos, en un 20%.”*

## **B) Procedencia de la resolución contractual por culpa del contratista**

Entrando en el fondo del asunto de la cuestión planteada, la consulta va dirigida a determinar si procede o no acceder a la pretensión del Ayuntamiento de Marcilla de resolución culpable del contrato de obras de referencia por incumplimiento grave y esencial de las obligaciones del contratista, en concreto, el plazo de ejecución del contrato.

Es preciso recordar que el contrato tenía por objeto la ejecución de las obras de redes de abastecimiento, saneamiento y pluviales en calle Nueva, San Ezequiel Moreno, Urmeneta y El Puente, que fue distribuida en dos lotes: Lote número 1, pavimentación y renovación de redes en la calle Urmeneta; y Lote número 2, pavimentación y renovación de redes en calle Nueva, San Ezequiel Moreno, El Puente y varios nudos de abastecimiento.

El plazo de ejecución del contrato, según las previsiones contenidas en las Memorias, eran de cuatro meses para el Lote número 1 y de cinco meses para el Lote número 2. Ambos lotes son adjudicados a la empresa... por importes 453.983,63 euros (IVA excluido) y 586.863.863,99 euros (IVA excluido) correspondientes a los lotes números 1 y 2, respectivamente, con el compromiso de ejecución en los referidos plazos de cuatro y cinco meses, a contar desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo.

El 19 de diciembre de 2018, el Pleno del Ayuntamiento de Marcilla, adoptó el acuerdo de adjudicación del contrato de obras y el contrato se formalizó el 31 de diciembre de 2018. Sin embargo, no fue hasta el 3 de junio de 2019, cuando se procede a la comprobación del replanteo; ordenándose así el inicio de las obras y comenzando a contar desde ese día

el plazo de cuatro meses para la ejecución del Lote 1 y de cinco meses para la ejecución del Lote 2.

Sorprende el lapso temporal transcurrido desde el momento en que se procedió a la firma del contrato hasta que se procedió a la comprobación del replanteo. Según alega la empresa adjudicataria el transcurso de esos cinco meses no fue por causas imputables a la contratista lo que, en su opinión, contraviene lo dispuesto en la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el artículo 155 letra a) de la LFCP. Sin embargo, esa afirmación, ayuna de los razonamientos oportunos que permitan llegar a la misma, mal se aviene con el contenido de las Actas previas a la elaboración del Plan de Seguridad y Salud, así como con los correos electrónicos intercambiados entre la Dirección Facultativa y la empresa contratista, donde se evidencian las constantes deficiencias y correcciones formuladas, hasta en cuatro ocasiones, por la primera a los sucesivos planes presentados por la segunda hasta que, finalmente, el 21 de mayo de 2019 se presentó un Plan de Seguridad y Salud que fue informado favorablemente por el Coordinador de Seguridad.

Por ese motivo, debe advertirse ya un evidente retraso con ocasión de la comprobación del replanteo imputable a la empresa... que, sin duda, supuso una anomalía en el inicio de la ejecución de las obras correspondientes que, de conformidad con las fechas referidas, debían concluir el día 3 de octubre de 2019, por lo que se refiere al Lote 1, y el 3 de noviembre de 2019, por lo que se refiere al Lote 2.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen el contrato examinado se establece que el contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo establecido para la realización del mismo y que cuando por causas imputables al contratista el plazo hubiera quedado incumplido, el órgano de contratación podrá optar por resolver el contrato o exigir su cumplimiento otorgando una prórroga con la imposición de las penalidades que se establecen en el artículo 147 de la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos.

De las actuaciones practicadas se desprende una cosa evidente; a saber, el claro incumplimiento del plazo de ejecución previsto para la terminación de las obras sin que por parte de la empresa contratista se haya procedido a la terminación y entrega de las mismas, pese a los diversos requerimientos y la nueva planificación de obra presentada al efecto.

Según se deduce del Informe técnico de 3 de octubre de 2019, emitido por la Dirección de Obra en el que se afirma que, a esa fecha y habiendo transcurrido ya cuatro meses desde la firma del contrato, no se había ejecutado ni el 25% de la obra total contemplada en el proyecto.

Ahora bien, se ha de observar que para resolver el contrato no basta con el mero incumplimiento del plazo contractual, sino que se exige que el incumplimiento sea imputable al contratista. El artículo 160 de nuestra Ley Foral de Contratos Públicos no contempla expresamente este último requisito, a diferencia de la LCSP que lo mantiene, en el artículo 192.2 y 193.3, como una norma tradicional de nuestro Derecho, obligando a la Administración a acreditar que el incumplimiento obedece a “causas imputables al contratista”. De todas formas, en el concreto caso sometido a consulta, constituye una exigencia que deriva del propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares por cuanto la cláusula decimosexta establece como condición adicional que el incumplimiento obedezca a “causas imputables al contratista”.

Más allá de lo que se acaba de señalar, la imputabilidad viene siendo exigida por la doctrina jurisprudencial y la de los órganos consultivos. Así ha sido puesto de manifiesto por este Consejo de Navarra, entre otros, en sus dictámenes 50 y 52 de 2019, al precisar que: “a diferencia del régimen contractual de las relaciones jurídico-privadas, recogido en lo que aquí interesa en el artículo 1.124 del Código Civil, en el que la existencia o no de culpa no constituye un dato definitivo a la hora de acordar esa resolución, en la regulación de los contratos administrativos, en coherencia con las exigencias del interés público que preside la institución contractual administrativa, solo permite la resolución por incumplimiento del plazo por

parte del contratista cuando concurre culpa o, dicho de otra forma, cuando el retraso le sea imputable”.

La resolución es, por ende, un resultado que solo se reserva a los supuestos de incumplimiento culpable del contratista. Una hipótesis que, de ocurrir, no produce efectos automáticos, por cuanto, ante tal hecho (incumplimiento culpable), el órgano de contratación puede optar por resolver el contrato o exigir su cumplimiento otorgando una prórroga con la imposición de las penalidades que se establecen en el artículo 147 de la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos.

Siendo, por tanto, la imputabilidad una condición “sine qua non”, debemos entrar a examinar si, atendidas las circunstancias del caso, concurren las referidas causas imputables de incumplimiento al contratista; o dicho de otra manera, si estamos ante un mero retraso o ante un incumplimiento que debe reputarse culpable.

La empresa adjudicataria alega como causa de exoneración de la responsabilidad en el cumplimiento de contrato diversas razones que debemos someter a contraste con los informes, actas y la restante documentación, que obra en el expediente que ha sido remitida a este Consejo.

Aduce en primer lugar y, de manera preliminar una supuesta parcialidad de los informes emitidos por... en su condición de Directora de la Obra y considera que el Ayuntamiento no debe ampararse en los mismos para determinar las causas o motivos reales del retraso en la ejecución de la obra que justifiquen el inicio del expediente de resolución contractual. Sin embargo, es evidente que el Ayuntamiento debe analizar cuantos informes y restante documentación que obre en el expediente a la hora de adoptar las decisiones que estime oportunas incluyendo, como no puede ser de otro modo, el aportado por la Dirección Facultativa de la obra. La mercantil... no indica los motivos que le conducen a formular semejante afirmación y, tanto en sus alegaciones iniciales, como en las posteriormente incorporadas tras la concesión de ampliación del plazo para su formulación –que, por lo demás, se limitan a reafirmarse en las primeras sin añadir nada más-,

anuncia la presentación de un Informe pericial independiente que, sin embargo, no se habría llegado a presentar en ningún momento previo a la solicitud de nuestro Dictamen, al no obrar en el expediente que nos ha sido remitido más Informe Pericial que el de Recepción Parcial de las Obras de 29 de enero de 2020 presentado por... con carácter previo a presentación de las referidas alegaciones efectuadas al acuerdo de inicio del expediente de resolución contractual.

En segundo lugar, y más allá de lo anterior, la empresa adjudicataria señala que el Ayuntamiento se retrasó más de cinco meses entre la firma del contrato y el levantamiento del acta de replanteo de la obra por causas no imputables a... ya que en ningún caso se inició expediente de resolución contractual y/o imposición de penalidades. Sin embargo, esta alegación tampoco puede ser admitida porque, en primer lugar, adolece de una falta de motivación evidente y en los términos que ya han sido expuestos más arriba, el retraso se debió a las continuas correcciones y objeciones formuladas a las diversas propuestas de planes de seguridad y salud, que padecían defectos importantes hasta que, finalmente, fue informado favorablemente por el Coordinador de Seguridad en la fecha antes señalada. Nada alega la contratista respecto de las referidas objeciones limitándose a afirmar la ausencia de inicio alguno de resolución contractual o imposición de penalidades que poco o más bien nada tienen que ver con las causas que motivaron ese retraso inicial y la atribución de la responsabilidad de las mismas a... Como tampoco pueden ser admitidas las alegaciones consistentes en atribuir retrasos ocasionados por... en dar su conformidad a los materiales de obra propuestos por..., sin que se justifique de manera más precisa a qué tipo de retrasos se refiere y la supuesta dilación ocasionada por las pretendidas dilaciones. Por último, debe advertirse que la empresa contratista tampoco justifica cómo el retraso en el replanteo haya podido afectar al hecho de incumplir el plazo de ejecución del contrato, una vez efectuado el referido replanteo, en los plazos de cuatro y cinco meses, establecidos para los lotes número 1 y 2 respectivamente.

En tercer lugar, en cuanto al estado de la calle Urmenta, correspondiente al Lote 1, la adjudicataria aduce retrasos de la Dirección de



Obra en determinadas indicaciones, definiciones y permisos en el transcurso de la obra. Sin embargo, debe advertirse la falta de constancia en el expediente de buena parte de las observaciones formuladas por la concesionaria. Y más allá de lo anterior, las mismas se habrían producido fundamentalmente en los meses de diciembre de 2019 y enero de 2020, es decir, habiendo transcurrido ya el plazo previsto para la ejecución de las obras, incluidos los aplazamientos aprobados por el Ayuntamiento. También se alega que determinadas modificaciones del proyecto habrían afectado al plazo de ejecución la obra. Sin embargo, además de no quedar oportunamente acreditadas, no se especifica en modo alguno el periodo de dilación en la ejecución de la obra que habrían ocasionado las supuestas modificaciones del proyecto que, como advierte... en ocasiones supusieron realmente una reducción del plazo de ejecución de la obra como, por ejemplo, sustituir conductores en lugar de recuperar los existentes. De modo que las referidas alegaciones tampoco conducen a la exoneración de responsabilidad de la contratista en el incumplimiento del plazo de ejecución de las obras.

En cuarto lugar, en cuanto al estado de la calle Nueva (Lote 2) alega la contratista situaciones que, sin embargo, en modo alguno suponen un retraso de la obra, como por ejemplo, que el Ayuntamiento ordenó no comenzar determinadas actuaciones en la referida calle por las fiestas, a lo que la Dirección Técnica contestó que iniciaría nuevos trabajos en la calle San Ezequiel Moreno; pudiéndose, de ese modo, continuar perfectamente con la ejecución de otras actuaciones a acometer en el desarrollo de la obra y sin que, por ese concreto motivo, la misma tuviera que sufrir retraso alguno en su ejecución. En cuanto a las pretendidas modificaciones del proyecto, además de contener algunas incorrecciones de orden técnico y no indicar la dilación que las mismas supuestamente habrían ocasionado en la ejecución efectiva de la obra, lo cierto es que, ya fueron tenidas en consideración en buena parte de las ocasiones a la hora de proceder a la ampliación del plazo inicial de ejecución de obras que, nuevamente, fue incumplido por la empresa contratista. Y, de nuevo, buena parte de los comportamientos atribuidos a la Dirección de Obra que supuestamente habría provocado la dilación del plazo de ejecución de la misma, como las órdenes de...

recibidas por... en enero de 2020, sobre actuaciones en el encuentro de la calle Nueva con la plaza no contempladas en proyecto, habrían tenido lugar en un momento en el que ya se habría sobrepasado en gran medida el plazo para la ejecución de la obra.

En quinto lugar, en cuanto al estado de la calle San Ezequiel Moreno (Lote 2) aduce... que también existían encuentros con las calles adyacentes no definidos en el proyecto, por lo que solicitó a...su definición, pero que no fue hasta el mes de enero de 2020 cuando se realizó un marcaje conjunto. De nuevo, la contratista se refiere a actuaciones que habrían tenido lugar en un momento muy posterior a que se hubiera producido el incumplimiento del plazo previsto para la ejecución de la obra después de la ampliación del mismo. Además, buena parte de los trabajos referidos por... en relación con las actuaciones efectuadas en la referida calle son propuestas fuera de proyecto por parte de la contratista y a ella corresponde formularlas; habiéndose demorado en cumplir con sus deberes a esos efectos. De modo que, los retrasos imputados a esas actuaciones en buena medida le son atribuibles a ella misma.

Finalmente, la empresa adjudicataria formula algunas alegaciones a las conclusiones expuestas en los informes de... entre las que destacamos, a los efectos que aquí interesan, la relativa a que algunos materiales de los incluidos en el proyecto tenían un único fabricante (ejemplo bordillo Tudela de ADYBOR o pavimento Ecogranic y Losa Milenium de PVT) que al estar incluidos en todos los proyectos de la zona, había provocado retrasos considerables en las entregas. La contestación que formula... a esta alegación resulta inadmisibile pues afirma literalmente que, si...hubiera iniciado la obra en enero 2019, a un mes de la firma del Contrato (18 diciembre 2018) se hubiera dispuesto de 4,5 meses más, y haber hecho pedidos con mucho tiempo, pero que...“no sabía dónde había aterrizado” al ser adjudicatario de estas obras. Resulta evidente que una obra para cuya realización se prevé un plazo de cuatro y cinco meses (Lotes 1 y 2) no debe asumir bajo ningún concepto que, por el hecho de que la misma comience con posterioridad a la previsión inicial, no pueda ejecutarse en el referido plazo, lo contrario supondría un grave error de valoración en la elaboración

de las condiciones y pliegos de la obra. Sin embargo,... no justifica adecuadamente cómo esa concreta circunstancia que alega, que sería ajena a su comportamiento, haya podido eventualmente afectar en la ejecución de la obra retrasando la misma, ni el tiempo que supuestamente la habría retrasado.

En definitiva, y en relación con las objeciones formuladas a la dirección de obra de... procede concluir que no se ha justificado en modo alguno que sean imputables a tal Dirección de obra los retrasos en la ejecución de las obras contratadas. Y, en consecuencia, debemos descartar que las supuestas deficiencias o errores del Proyecto de obra de..., hayan motivado, a su vez, los retrasos culpables en la ejecución de las obras comprendidas en el proyecto, tal y como... aduce en sus escritos de alegaciones. Además, aun siendo posible que haya habido modificaciones del Proyecto, como se acredita en documentos obrantes en el expediente, están justificadas y, además fueron advertidas en tiempo, y como venimos señalando, sin que la empresa contratista haya cuantificado ni precisado el retraso exacto que le hayan podido ocasionar. Lo que se aprecia, más bien, es sencillamente un incumplimiento general de las instrucciones dadas desde la dirección de la obra para su correcta ejecución desde el mismo momento de la adjudicación del contrato, lo que no solo ha provocado la demora en el cumplimiento del plazo, sino que ha condicionado la duración y ejecución ulterior de la obra. Asimismo, se observa en las actas de visitas que la Dirección Técnica desde que transcurriera el primer mes de inicio de las obras ha venido formulando advertencias a la contratista que esta última no ha atendido convenientemente y como consecuencia de todo ello se han producido los sucesivos retrasos en la ejecución de las obras conforme a los distintos planes previstos.

Habida cuenta de lo anterior, estamos en condiciones de concluir que se ha producido un retraso en la ejecución de la obra, tanto en lo relativo al Lote 1, como en lo relativo al Lote 2, y que dicho retraso es imputable a la empresa adjudicataria.

Por otro lado, alega... que existe causa legal para resolver el contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 175.d) de la LFCP, que fija como causa “*los errores materiales del proyecto que afecten al presupuesto de las obras, al menos, en un 20%*”. Lo que deduciría a partir del escrito presentado en el Ayuntamiento de Marcilla el 27 de noviembre de 2019 sobre la valoración e informe de lo acaecido en obra hasta octubre en el que se incluía la medición de los trabajos ejecutados y el posterior escrito de 26 de diciembre de 2019, que supondrían una diferencia en las partidas ejecutadas respecto de las proyectadas en más de un 20%, debido a errores materiales del proyecto. Sin embargo, en los términos que afirma... no se aprecian en el proyecto errores presupuestarios cuya ejecución no parece plantear dificultades para poder ser llevada a cabo con el presupuesto que recoge el proyecto. Como sostiene la Dirección Facultativa, en la relación valorada que aporta la Jefa de Obra a..., con fecha 27 de enero de 2019, las producciones según su propia estimación, son las siguientes: Lote 1 (Urmeneta) 219.100 euros (IVA excluido); Lote 2 (resto calles) 294.554 euros (IVA excluido). Teniendo en cuenta que los presupuestos de adjudicación completos son: Lote 1 (Urmeneta) 453.983 euros (IVA excluido); y Lote 2 (resto calles) 586.863 euros (IVA excluido), según las valoraciones de la propia... la ejecución de obra correspondiente al Lote 1 sería del 48,26% y la del Lote 2 del 50,19%. Por lo que no parece posible afirmar que exista un exceso presupuestario del 20% con respecto al proyecto.

Podemos concluir, por lo tanto, que estamos ante un incumplimiento grave, puesto que tiene entidad suficiente, al constituir un incumplimiento flagrante del plazo de ejecución, que perjudica gravemente el interés general, lo que, unido al hecho, anteriormente señalado, de que es imputable al contratista, permite concluir que concurre la causa de resolución prevista en el artículo 160, e) de la LFCP, pues reúne los caracteres que este Consejo viene manteniendo en sus dictámenes (entre otros, 37/2007, 3/2014, 50/2019 y 52/2019) para declarar procedente la resolución del contrato por culpa imputable al contratista.

### **III. CONCLUSIÓN**

El Consejo de Navarra informa favorablemente la propuesta de resolución culpable por causa del contratista, del contrato de propuesta de resolución culpable del contrato de obras suscrito entre el Ayuntamiento de Marcilla y..., instada por el Ayuntamiento de Marcilla.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.