

Expediente: 21/2006

Objeto: Resolución del contrato de obras de adecuación de seis centros propios a lo previsto en el Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, de Prevención y Control de la Legionelosis y el Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio, modificado por el Real Decreto 1218/2002, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas.

Dictamen: 27/2006, de 11 de septiembre

DICTAMEN

En Pamplona, a 11 de septiembre de 2006,

el Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don Julio Muerza Esparza, actuando como Consejero-Secretario accidental; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José María San Martín Sánchez y don Eugenio Simón Acosta,

siendo ponente don Julio Muerza Esparza,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

La Consejera del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo de Navarra el 3 de agosto de 2006 remitió a su Presidente expediente sobre resolución del contrato de obras de adecuación de seis centros propios a lo previsto en el Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, de Prevención y Control de la Legionelosis y el Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio –no el número 175/1998, como repetidamente se afirma-, modificado por el Real Decreto 1218/2002, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas, a fin de que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.i) de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, del Consejo de Navarra (en adelante, LFCN), en relación con el artículo 109 del 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, se emitiese el dictamen preceptivo al haber existido oposición por parte del contratista.

En el expediente administrativo constan, entre otros, los siguientes documentos:

1. Resolución 40/2005, de 14 de marzo, del Director General de Bienestar Social, por la que se aprueba el expediente de contratación de las obras de adecuación de seis centros propios a lo previsto en el Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, de Prevención y Control de la Legionelosis y el Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio, modificado por el Real Decreto 1218/2002, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los edificios, por el procedimiento de concurso abierto (contiene informes técnico y jurídico, anuncios, corrección de errores, publicación en el Boletín Oficial de Navarra en las páginas 1 a 23).

2. Actas de la mesa de contratación en las que aparece como único licitador la Unión Temporal de Empresas con la denominación "...", U.T.E Ley 18/1982, de 26 de mayo, número 1 (en adelante, UTE ...) -páginas 24 a 27-.

3. Resolución 235/2005, de 2 de agosto, del Director General de Bienestar Social, por la que se adjudica el contrato antedicho a la UTE ... (contiene el informe técnico y la notificación en las páginas 28 a 32).

4. Contrato de 23 de agosto de 2005 suscrito entre el Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud y la UTE ..., acompañado del pliego de prescripciones técnicas particulares, pliego de cláusulas administrativas particulares y documentación del contratista (páginas 33 a 88).

5. Acta de aprobación de 1 de septiembre de 2005 y Resolución 270/2005, de 12 de septiembre, del Director General de Bienestar Social, por la que se aprueba el plan de seguridad y salud de las obras a realizar (páginas 90 y 91).

6. Acta de 5 de septiembre de 2005, de replanteo y de comienzo de obra (página 89). Teniendo en cuenta esta fecha y la cláusula tercera del contrato y decimosexta del pliego de cláusulas administrativas, las obras debían estar finalizadas el 22 de noviembre de 2005.

7. Resolución 357/2005, de 21 de noviembre, del Director General de Bienestar Social, por la que se concede una prórroga de 23 días naturales en el plazo de ejecución del contrato, señalándose como nueva fecha de entrega de las obras el 15 de diciembre de 2005 (contiene petición del contratista y los informes técnico y jurídico en las páginas 92 a 111).

8. Informe de 14 de diciembre de 2005 de visitas de seguimiento de obras del Servicio de Asuntos Económicos e Inversiones en el que se pone de manifiesto las deficiencias observadas en cada centro así como las variaciones producidas respecto al proyecto original, a efectos de que puedan ser subsanadas o justificadas según corresponda (páginas 112 a 116).

9. Actas de recepción de obras de 15 y 26 de diciembre de 2005 y 26 de enero de 2006 en las que no se dan por finalizadas las obras (páginas 117 a 124).

10. Informes técnicos de las obras en los que se pone de manifiesto las modificaciones presupuestarias producidas que representan en conjunto una bajada de los precios superior al 25%, así como de las reuniones mantenidas con la dirección facultativa (páginas 125 a 129).

11. Acta de la reunión de 14 de febrero de 2006 mantenida por todas las partes implicadas, firmada sólo por el arquitecto técnico en la que se describe la situación planteada (páginas 130-131).

12. Informes del Instituto de Salud Pública sobre los centros de 6 y 9 de marzo de 2006 en los que se ponen de manifiesto el incumplimiento de la normativa sobre legionelosis e instalaciones térmicas, instando a subsanar todas las deficiencias detectadas (páginas 132 a 175).

13. Resolución 174/2006, de 6 de junio, del Director General de Bienestar Social, por la que se inicia el procedimiento de resolución del contrato con base en el incumplimiento del objeto del contrato, así como en el incumplimiento del plazo y las modificaciones producidas en aquél (contiene notificaciones, informes técnicos y jurídico en las páginas 176 a 221).

14. Escrito del Director del Servicio de Asuntos Económicos e Inversiones de 19 de junio de 2006, sobre propuesta de liquidación final del contrato de obras (páginas 222 a 230).

15. Alegaciones de la UTE ... a la propuesta de resolución del contrato y a la propuesta de liquidación final de las obras de 13 y 21 de junio de 2006, respectivamente (páginas 231 a 266).

16. Propuesta de Resolución del Director General de Bienestar Social sobre finalización del procedimiento de resolución del contrato de obras –ni fechada, ni firmada- (contiene informes técnico y jurídico en las páginas 267 a 291).

17. Comunicaciones internas entre la Administración y los distintos centros, o entre técnicos de la Administración de enero a marzo de 2006 en las que se observa los problemas surgidos en la realización de las obras (páginas 292 a 330).

18. Comunicaciones internas entre la Administración y el contratista de noviembre de 2005 a marzo de 2006 (páginas 331 a 390).

19. Orden Foral 159/2006, de 26 de julio, de la Consejera de Bienestar Social, Deporte y Juventud, por la que se solicita dictamen preceptivo al Consejo de Navarra en relación con la propuesta de resolución del contrato de obras antedicho.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Por Resolución 40/2005, de 14 de marzo, el Director General de Bienestar Social, aprobó el expediente de contratación de las obras de adecuación de seis centros propios a lo previsto en el Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, de Prevención y Control de la Legionelosis y el Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio, modificado por el Real Decreto 1218/2002, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los edificios, por el procedimiento de concurso abierto.

A dicho concurso concurrió como único licitador la UTE ..., siendo la oferta presentada correcta, por lo que mediante la Resolución 235/2005, de 2 de agosto, del Director General de Bienestar Social, se le adjudicó el contrato antedicho, siendo formalizado por las partes el 23 de agosto de 2005 (páginas 33 y 34). En él la adjudicataria se comprometió a ejecutar las obras con estricta sujeción a los pliegos de condiciones técnicas y administrativas (páginas 35 a 52) en el plazo de 78 días, contados desde el día siguiente a la firma del acta de replanteo, que tuvo lugar el 5 de septiembre de 2005 (página 89), es decir, las obras deberían estar finalizadas el día 22 de noviembre de 2005.

No obstante, la adjudicataria solicitó una ampliación de plazo “debido este incremento a la dificultad en tiempo para realizar los cortes de agua necesarios sin interferir en la actividad diaria de los centros” (página 93), que le fue concedida por el Director General de Bienestar Social mediante la Resolución 357/2005, de 21 de noviembre (páginas 106 y 107), fijándose la prórroga en 23 días naturales, por lo que la entrega de las obras debía realizarse el 15 de diciembre de 2005.

Con fecha 15 de diciembre se procede a otorgar acta de recepción de obra (páginas 117 y 118) si bien, teniendo en cuenta que todavía existen trabajos en ejecución y que se han producido variaciones sobre el proyecto original, se suscribe por todas las partes implicadas (contratista, dirección facultativa y propiedad) un acta de recepción negativa, dando un nuevo

plazo de 11 días naturales al contratista que finaliza el 26 de diciembre de 2005.

Con fecha 26 de diciembre de 2005 se procede a formalizar una nueva acta de recepción de obra (páginas 119 y 120), suscrita también por todas las partes, en la que se manifiesta: 1º) Que no se dan por finalizadas las obras; 2º) que en la obra se han colocado elementos con referencia o incluso marca comercial diferente a la presupuestada, habiendo sido autorizada la contratista por la dirección facultativa; 3º) que la dirección facultativa está ultimando el “certificado final de obra” en el que se justifica la sustitución de ciertos elementos sin menoscabo de las calidades, aportando valoración final de la obra. Además, el promotor declara: 1º) Que no recibe las unidades de obra modificadas con respecto al proyecto original hasta que se justifique que los elementos sustituidos por referencia y/o marca diferente reúnen las calidades inicialmente contratadas; 2º) que no recibe las unidades de obra modificadas con respecto al proyecto original hasta que se presente oferta económica de los elementos sustituidos y esta sea aprobada; 3º) que el acta de recepción de obra habrá de tener lugar dentro del plazo de 18 días naturales, precisándose que esta nueva ampliación de plazo es la segunda e improrrogable (el nuevo plazo finaliza el 13 de enero de 2006).

Con fecha 26 de enero de 2006 se suscribe una nueva acta de recepción negativa de las obras (páginas 121 a 124) firmada por la contratista y la propiedad, no por la dirección facultativa, en la que se manifiesta. 1º) que no se dan por finalizadas las obras; 2º) que la obra no se sujeta al proyecto al haberse colocado elementos diferentes de los presupuestados, tal como se precisa en el anexo I del acta; 3º) que no se han pedido las autorizaciones pertinentes para realizar las sustituciones realizadas; 4º) que no se aportan las fichas de muestreo del anexo II del pliego de condiciones técnicas; 5º) que se observan deficiencias graves en el funcionamiento de los centros según se detalla en el documento adjunto “Anexo I; Acta de Recepción”. Además, el promotor declara: 1º) Que no recibe las unidades de obra modificadas con respecto al proyecto original ya que se han sustituido ciertos elementos de las instalaciones sin las

adecuadas autorizaciones; 2º) que no se admiten los cambios introducidos en lo que se refiere a los elementos inicialmente presupuestados; 3º) que desde algún centro se han presentado reclamaciones en cuanto al incumplimiento en lo referente a ciertos parámetros térmicos por lo que se va a solicitar una inspección de la totalidad de los centros al Instituto Salud Pública reservándose el promotor la capacidad de decidir si recibe las instalaciones hasta que no se tengan los informes del Instituto de Salud Pública; 4º) que a fecha de hoy se entiende que los trabajos son defectuosos o están mal ejecutados, concediendo un plazo de 10 días a la contratista, a partir de la recepción del acta, para que presente las alegaciones oportunas.

Con posterioridad, tal como se deduce del expediente (páginas 130,191, 192, 359 y 365, entre otras), se mantuvieron diferentes reuniones entre las partes con la finalidad de resolver los problemas surgidos en la recepción de las obras. En particular, consta en el expediente el acta de una reunión mantenida el 14 de febrero de 2006 (páginas 130-131) en la que se expone: 1º) Que la dirección facultativa hace entrega de una acta-certificación final de obra en la que se reflejan las variaciones producidas con respecto al proyecto base, aportando desglose económico particularizado de cada centro, fichas justificativas, certificados de desinfección, puesta en marcha y explicación de funcionamiento; 2º) que en ese acta se analizan las causas por las cuales algunos de los centros no estaban en condiciones de ser recibidos y se proponen las soluciones que se consideran oportunas para el perfecto funcionamiento de las instalaciones salvo la posibilidad de que existan vicios ocultos; 3º) que la contratista acepta realizar las soluciones propuestas y se compromete a realizar la entrega e instalación de los nuevos elementos que sean necesarios a juicio de la dirección facultativa, con la mayor urgencia; 4º) que la propiedad se reserva el derecho a no recibir las obras en tanto y en cuanto no se den los trabajos por finalizados; 5º) que la propiedad ha solicitado al Instituto de Salud Pública una inspección de los seis centros; 6º) que en el momento en que los trabajos se den por finalizados y la dirección facultativa proponga para formalizar el acta final de obra se solicitará, así mismo, inspección por parte del órgano competente.

El día 8 de marzo, según consta en el “resumen seguimiento obras” (página 193), el director facultativo hizo entrega de las actas-certificado final de obras para todos los centros menos uno y al día siguiente, la contratista hace entrega de los documentos de funcionamiento de las instalaciones y fotografías de los mismos.

Entretanto, los días 6 y 9 de marzo el Director del Servicio de Salud Pública remitió los informes elaborados por técnicos de la Sección de Sanidad Ambiental relativos al cumplimiento por parte de los centros del Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, en los que se ponen de manifiesto las deficiencias de las obras realizadas y la necesidad de su subsanación a la mayor brevedad posible (páginas 132 a 175).

Ante la situación creada, y con base en los informes técnicos correspondientes, el Director General de Bienestar Social, por Resolución 174/2006, de 6 de junio, inició el procedimiento de resolución del contrato de obras de adecuación de seis centros propios a lo previsto en el Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, de Prevención y Control de la Legionelosis y el Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio, modificado por el Real Decreto 1218/2002, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas, frente a la UTE

Los motivos fundamentales por los que se propone la resolución del contrato son los siguientes: 1) Incumplimiento del objeto del contrato; 2) incumplimiento del plazo de ejecución del contrato; y 3) modificaciones del contrato.

El incumplimiento del objeto del contrato se fundamenta en que las obras realizadas en los centros no se adecuan a lo previsto en el Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, de Prevención y Control de la Legionelosis y el Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio, modificado por el Real Decreto 1218/2002, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas.

La demora se basa en que “finalizado el plazo de ejecución las obras presentan deficiencias, y prorrogado el plazo en 23 días naturales, al término de este nuevo plazo se siguen detectando anomalías”.

Las modificaciones del contrato se sustentan, por una parte, en que se han realizado sin el previo conocimiento de la Administración y sin la tramitación del correspondiente expediente; por otra, las modificaciones ejecutadas representan una bajada general de los precios superior al 25% debido a la instalación de elementos de menor coste y a las reducciones en las mediciones de, prácticamente, el resto de las unidades de obra, con minoraciones superiores al 10% o incluso con anulación total de algunas unidades. “Además, las unidades de obra en las que se han sustituido los elementos inicialmente adjudicados y aquéllas en las que ha habido reducción total o parcial de las mediciones, afectan a más del 50% del presupuesto de cada centro, por lo que se ha producido una alteración sustancial de los términos del proyecto inicial”.

Iniciado el procedimiento de resolución del contrato, con base en el artículo 109 del 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, se concedió audiencia a la contratista por un plazo de 10 días naturales, presentando ésta escrito de alegaciones de 13 y 21 de junio de 2006, en los cuales se opone a las causas de resolución (páginas 231 a 266), siendo esta oposición la que hace necesaria la emisión del presente dictamen [artículo 16.1.i) LFCN].

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Régimen jurídico y carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta, que ha llegado a este Consejo a través de la Consejera del Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra (artículo 19.2 LFCN), se refiere a un procedimiento dirigido a declarar la resolución de un contrato administrativo de ejecución de obras celebrado con la UTE ... que se rige por la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra (en

adelante, LFCAPN) y la restante normativa aplicable, singularmente, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en todo aquello que constituya legislación básica (según su Disposición Final Primera). No resulta de aplicación al caso la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

De conformidad con lo establecido por el artículo 23.2.a) de la LFCAPN de 1998, anterior a la ley por la que se creó el Consejo de Navarra, es preceptivo el informe del Consejo de Estado en los casos de resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por el contratista, oposición que se ha producido en el presente caso. La disposición transitoria cuarta de la LFCAPN de 1998 establece que “las competencias atribuidas en esta Ley Foral al Consejo de Estado serán asumidas por el órgano consultivo que, en su caso, se constituya en la Comunidad Foral”.

A su vez, el artículo 16.1.i) de la LFCN dispone que es preceptivo el dictamen del Consejo de Navarra en cualquier asunto cuando así lo exija la legislación respectiva.

En conclusión, el presente dictamen se emite con carácter de preceptivo.

II.2ª. La resolución de los contratos administrativos

Con carácter previo al análisis de las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a dictamen resulta preciso determinar las causas legalmente previstas como justificativas de la resolución contractual, así como la doctrina judicial recaída en interpretación de las mismas.

Tal como este Consejo de Navarra ha tenido ocasión de manifestar en anteriores ocasiones (véanse, por ejemplo, los dictámenes 3/2001, de 19 de febrero y 41/2005, de 26 de septiembre), el artículo 140 de la LFCAPN contempla –como también lo hace el artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas– entre las causas de resolución del contrato la genérica alusión al incumplimiento de las

obligaciones contractuales esenciales y, de modo específico, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

A ese respecto, consolidada doctrina jurisprudencial mantiene, también en cuanto a la resolución de los contratos administrativos, la plena aplicabilidad de los principios contractuales contenidos en el Código Civil, de suerte que la facultad de resolver se entiende implícita en favor de la parte que cumple y en contra de la que incumple sus obligaciones, con la consecuencia de que, para que la acción de resolución proceda, es preciso que la parte que la ejercite haya cumplido con las que le incumben.

Se trata de una traslación general que procede, como recuerda la sentencia de 28 de abril de 1999 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sin olvidar que:

“La resolución del contrato y el incumplimiento como causa de resolución es distinto, según que el incumplimiento sea imputable a la Administración o al contratista:

a) El incumplimiento por parte de la Administración da lugar a la resolución del contrato en los casos previstos en la Ley, con la particularidad que la Administración queda obligada al pago de los perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista, a tenor de las previsiones contenidas en los artículos 53.2 de la Ley de Contratos del Estado y 158 del Reglamento.

b) El incumplimiento por parte del contratista faculta a la Administración para exigir el estricto cumplimiento del contrato, o bien acordar la resolución con posibilidad de incautación de fianza que hubiere constituido el contratista e indemnización a la Administración de daños y perjuicios, a tenor de los artículos 53.1 de la Ley de Contratos del Estado y 159 de su Reglamento, siendo obligada la resolución del contrato cuando por parte del contratista haya habido dolo, fraude o engaño”.

Se exige, a los efectos de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista, que éste tenga su origen en una voluntad deliberadamente rebelde, esto es, consciente y voluntaria, al cumplimiento. La doctrina jurisprudencial viene reservando la procedencia de la resolución contractual para los casos de «... notorio incumplimiento de las condiciones

pactadas (que) constituye causa de entidad suficiente para producir el efecto resolutorio del contrato, previsto en el número 1 del artículo 75 de la Ley de Contratos del Estado» (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1995); o el «incumplimiento de las obligaciones... con entidad suficiente para decretar la rescisión del contrato, por exigencias del interés público... (con) sucesivos requerimientos previos...» (sentencia del Alto Tribunal de 17 de mayo de 1995); insistiendo en esa exigencia del requerimiento previo, entre otras, la sentencia de la misma Sala Tercera de 3 de octubre de 1994.

De estos pronunciamientos judiciales se extrae el criterio de que la medida de resolución del contrato ha de reservarse para las situaciones extremas de incumplimiento con entidad suficiente y sobre aspectos sustanciales del contrato. Además, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2004, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, alcanzar el fin del contrato.

Por último, como declara la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 2 de septiembre de 1998:

“La aplicación en este terreno de las reglas propias del Derecho común (sobre la base de supletoriedad de éste) supone la asunción por la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa de la doctrina legal establecida por la civil, según la cual el principio de la conservación de los contratos válidamente celebrados restringe la resolución de éstos a los supuestos en que se evidencie una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación o se produzca un hecho obstativo que impida este último de forma definitiva e irreformable (Sentencias de 16 octubre 1984 y de 11 marzo 1985), sosteniéndose en algún caso que la acción rescisoria o resolutoria es incluso subsidiaria, entrando en juego únicamente cuando el perjudicado por la conducta de la otra parte contratante carezca de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, y ello por aplicación del art. 1.294 del Código Civil.

Por ello mismo y jugando con específico rigor el principio de conservación de los actos en la contratación administrativa, los casos en que no se da un total incumplimiento no encajan como regla general en la solución extrema que representa la resolución, toda vez que -de acudirse a la misma- se produciría un resultado inadecuado a la realidad y disfuncional desde el punto de vista, aquí esencial, de la satisfacción del interés público, procediendo en tales casos más bien una solución intermedia hallada con arreglo al criterio de la equidad.”

En síntesis, y como resumen de lo hasta ahora expuesto, resulta preciso, a los efectos de proceder a la resolución de un contrato administrativo por causas imputables al contratista, que el incumplimiento sea notorio, afecte a las obligaciones contractuales esenciales, y obedezca a una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, debiendo, en consecuencia, haber mediado, con carácter previo a la resolución pretendida, los necesarios requerimientos por parte de la Administración contratante.

II.3ª. Incumplimientos imputados al contratista

La propuesta de resolución del contrato se apoya, según hemos expuesto en los antecedentes de ese dictamen, entre otras, en las siguientes causas: 1) Incumplimiento del objeto del contrato; 2) incumplimiento del plazo de ejecución del contrato; y 3) modificaciones del contrato.

A) Incumplimiento del objeto del contrato.

La propuesta de resolución del contrato señala que, de conformidad con el artículo 107 de la LFCAPN y con la cláusula 16 del pliego de cláusulas administrativas particulares, los trabajos se ejecutarán con estricta sujeción a las condiciones del pliego y a los proyectos correspondientes y conforme a las instrucciones que por escrito sean dadas por el personal encargado, sometiéndose el contratista a las facultades de interpretación, modificación y resolución del contrato que la legislación vigente confiere a la Administración. Por otra parte, la cláusula 20 de ese mismo pliego dispone que el contratista es exclusivamente responsable de la ejecución y conservación de las obras objeto del contrato y de las faltas que en ellas pudieran notarse, sin que le exima de responsabilidad la circunstancia de

que la dirección de obra haya examinado y reconocido la obra durante su construcción o los materiales empleados, ni que las distintas partes de obra hayan sido incluidas en las mediciones o certificaciones parciales.

Con base en esta normativa y a la vista de los informes del Servicio de Asuntos Económicos e Inversiones y del Instituto de Salud Pública se concluye que la contratista no ha cumplido el objeto del contrato, que no es otro que la adecuación de seis centros propios a lo previsto en el Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, de Prevención y Control de la Legionelosis y el Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio, modificado por el Real Decreto 1218/2002, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas, incurriendo en la causa de resolución de contrato prevista en el artículo 140.h) de la LFCAPN.

La contratista, por su parte, tanto en las alegaciones presentadas ante el Director General de Bienestar Social como ante el Director del Servicio de Asuntos Económicos e Inversiones del Gobierno de Navarra, manifiesta que no ha existido incumplimiento del objeto del contrato ya que la cláusula 31 del pliego de cláusulas administrativas particulares en su punto primero (“Objeto de la Dirección de Obra y condiciones para su adjudicación”) dispone que la dirección facultativa de la obra será directamente responsable de la dirección, comprobación y vigilancia de la correcta realización de la obra contratista, asumiendo la representación de la Administración ante el contratista, por lo que entiende que es dicha dirección la responsable de la correcta realización de la obra.

Sin perjuicio de la responsabilidad que pueda recaer sobre la dirección facultativa, lo cierto es que la cláusula 16 del pliego de condiciones administrativas que ha de regir el contrato de ejecución de obras, como ya se ha dicho, establece que los trabajos se ejecutarán con estricta sujeción a las condiciones pactadas. Por su parte, la cláusula 20 (la cláusula 31 a que hace referencia la contratista se encuentra en el pliego de condiciones del contrato suscrito por la dirección facultativa, no en el contrato de ejecución de obras firmado por aquélla), bajo la rúbrica “Trabajos defectuosos o mal ejecutados” afirma expresamente, como también se ha indicado con

anterioridad, que “el contratista es exclusivamente responsable de la ejecución y conservación de las obras del presente contrato”. En el caso que nos ocupa, tal como señala la Sección de Obras del Servicio de Asuntos Económicos e Inversiones, las obras de los seis centros no se han ejecutado tal y como se indicaba en el proyecto inicial, puesto que han existido una serie de modificaciones importantes que la contratista conocía desde el principio, mientras que la propiedad sólo tuvo conocimiento de ellas después de ver las diferencias entre el proyecto inicial y la obra que se estaba ejecutando. Además, la contratista no ha presentado ningún documento que justifique las autorizaciones correspondientes de todas las modificaciones realizadas y supuestamente entregadas por escrito por la dirección facultativa, tal como previene la cláusula 16. En definitiva, se trata de un incumplimiento notorio que afecta a las obligaciones contractuales esenciales por lo que concurre la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 140.h) de la LFCAPN.

B) El incumplimiento del plazo de ejecución del contrato

La propuesta de resolución del contrato considera que la contratista ha incurrido en la causa del artículo 140.f) de la LFCAPN (demora en el cumplimiento de plazos por parte del contratista) ya que, tal como se ha expuesto en el apartado I 2ª de este dictamen, después de varios requerimientos a la empresa adjudicataria del contrato, ésta no ejecutó correctamente las obras contratadas. En efecto, prorrogado el plazo en 23 días naturales, la contratista siguió sin realizar correctamente las obras. Después de visitar las obras para su recepción, éstas no se reciben y se otorga un nuevo plazo de 11 días naturales para la subsanación de deficiencias y la terminación de las obras. Finalizado el nuevo plazo se volvió a conceder un nuevo plazo improrrogable a la contratista de 18 días naturales para la total terminación de las obras, que éste no cumple y tal como refleja el informe técnico y los informes del Instituto de Salud Pública, las instalaciones y obras realizadas incumplen la normativa vigente sobre legionelosis y de instalaciones térmicas en edificios.

Por su parte, la contratista en los escritos de alegaciones, después de reconocer las prórrogas concedidas para la ejecución de las obras, sostiene que del acta de recepción de obra de 26 de diciembre de 2005 se deduce que el nuevo plazo de 18 días naturales (hasta el 13 de enero de 2006) es para que la dirección facultativa entregue la documentación justificativa de las unidades de obra modificadas, no para subsanar deficiencias y terminar obras. Y, añade, “concretamente las obras ejecutadas por esta empresa, a las que estábamos obligados contractualmente, se encuentran terminadas y en funcionamiento desde el día 12 de diciembre de 2005, tal y como suscriben los técnicos de mantenimiento de cada uno de los centros, habiéndose por tanto, ejecutado el alcance del proyecto”.

El “acta de recepción de las obras” de 26 de diciembre de 2005 es un acta de no recepción de obras, que fue firmada por la propiedad, la dirección facultativa y la contratista, sin que ésta última hiciese ninguna aclaración o precisión. Literalmente afirma: “1. Que en virtud del contrato de obra establecido entre el Promotor y el Constructor, NO se dan por finalizadas las obras en los centros que se define en el encabezamiento de este Acta”. Basta esta afirmación, firmada por la Contratista, para concluir que las obras no estaban finalizadas en aquella fecha y resulta razonable pensar que si hubiesen finalizado la Contratista hubiese hecho constar su disconformidad en el acta.

A lo anterior hay que añadir que observando el informe “visitas seguimiento obras” de 14 de diciembre de 2005 (páginas 112 a 116) llevado a cabo por los técnicos de la Sección de Obras se concluye, efectivamente, que las obras se encontraban sin terminar.

En definitiva, a pesar de los necesarios requerimientos por parte de la Administración contratante, la contratista ha incumplido el plazo pactado incurriendo en la causa de resolución del artículo 140.f) de la LFCAPN.

C) Modificaciones del contrato

La propuesta de resolución del contrato considera que la contratista ha incurrido en la causa del artículo 140.h) de la LFCAPN (incumplimiento de las restante obligaciones contractuales esenciales).

Según se establece en la cláusula 22 del pliego de cláusulas administrativas (y no en la cláusula 20 que se especifica en la propuesta de resolución) las modificaciones del contrato deberán realizarse conforme a lo establecido en la LFCAPN. Y en ésta se prevé un expediente contradictorio que finalizará con la aprobación de la modificación y el gasto correspondiente por el órgano de contratación (artículos 120 y siguientes).

En el presente caso no consta que este expediente se haya producido. Es más, en el acta de no recepción de 26 de enero de 2006, firmada por la contratista, el promotor declara “que no recibe las unidades de obra modificadas con respecto al proyecto original ya que se han sustituido ciertos elementos de las instalaciones sin las adecuadas autorizaciones”. Por lo demás, las unidades modificadas aparecen detalladas en el informe del Servicio de Asuntos Económicos e Inversiones [tratamiento de filtración; tratamiento anticorrosivo; tratamiento de descalcificación; tratamiento de dosificador (desinfección); los intercambiadores; la regulación electrónica; válvulas de 3 vías].

Por otra parte, la propuesta de resolución entiende que concurre también la causa de resolución del artículo 140 i) de la LFCAPN (las modificaciones del contrato, aunque fuesen sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio de adjudicación del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto o presentación inicial). A estos efectos el artículo 144.1 del mismo texto legal considera alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 50% del presupuesto.

En este sentido el informe del Servicio de Asuntos Económicos e Inversiones (páginas 194 a 214) detalla los elementos sustituidos y el porcentaje de bajada en los montantes económicos de cada centro y en el conjunto concluyendo que “las modificaciones ejecutadas representan una bajada general de los precios superior al 25%. En primer lugar hay que considerar la bajada económica al haberse instalado elementos de menor coste y en segundo la debida a las reducciones en las mediciones de prácticamente el resto de las unidades de obra, con reducciones superiores al 10% o por anulación total de algunas unidades. Se hace constar que las unidades de obra en las que se han sustituido los elementos inicialmente adjudicados y aquéllas en las que ha habido reducción total o parcial de las mediciones afectan a más del 50% del presupuesto de cada centro por lo que se entiende que se trata de una alteración sustancial de los términos del contrato”.

Como ya hemos dicho, la resolución contractual es una medida extraordinaria que sólo puede adoptarse en caso de incumplimiento grave de las obligaciones esenciales del contrato. A la luz de la jurisprudencia que hemos citado en páginas anteriores, podemos calificar como causa suficiente para resolver el contrato las modificaciones del contrato que han sido puestas de manifiesto y no contradichas por la contratista.

A todo lo anterior hay que añadir que todos los informes del Instituto de Salud Pública coinciden en señalar que las obras realizadas en los centros objeto del contrato incumplen la normativa sobre legionelosis y de instalaciones térmicas en edificios.

Como consecuencia de lo expuesto procede la incautación de la garantía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142.4 de la LFCAPN.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que procede declarar la resolución del contrato de obras de adecuación de seis centros propios a lo previsto en el Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, de Prevención y Control de la

Legionelosis y el Real Decreto 1751/1998, de 31 de julio, modificado por el Real Decreto 1218/2002, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas, suscrito el 23 de agosto de 2005 entre el Departamento de Bienestar Social, Deporte y Juventud y la UTE

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.