

Expediente: 23/2012

Objeto: Resolución de contrato administrativo de obra para arreglo de estructura del cubrimiento del río Queiles.

Dictamen: 38/2012, de 22 de octubre

DICTAMEN

En Pamplona, a 22 de octubre de 2012,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don Julio Muerza Esparza, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I ANTECEDENTES

I.1ª. Formulación de la consulta

La Presidenta del Gobierno de Navarra, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo de Navarra el día 1 de agosto de 2012, recaba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.1 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), la emisión del preceptivo dictamen en relación con la resolución del contrato de obra suscrito por el Ayuntamiento de Tudela y la mercantil... para "Arreglo de estructura del cubrimiento del río Queiles".

I.2ª. Antecedentes de hecho

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

Primero.- Por medio de Resolución de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Tudela, fechada el 12 de enero de 2007, se inició el expediente de contratación de un "Estudio de situación (diagnóstico) y proyecto de reparación de la estructura de cubrimiento del río Queiles en Tudela", que fue adjudicado a la empresa "... " (en adelante...). El contrato administrativo fue firmado el día 19 de junio por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tudela y el representante de la empresa (folio 225 del expediente). El estudio ha sido incorporado como anexo al expediente, en formato digital, y, en su página 6.834, se concluye que el presupuesto base de licitación ascenderá a 1.655.780,60 euros.

Segundo.- De acuerdo con las especificaciones del estudio que acabamos de citar, se redactó el pliego de cláusulas administrativas particulares fijando como duración máxima estimada para la ejecución de las obras el plazo de ocho meses, y una penalidad diaria por demora en la ejecución de 142,74 € (folios 379 a 393 del expediente). Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 14 de noviembre de 2008 se inició el expediente de contratación de la obra, tramitado como procedimiento abierto sin publicidad comunitaria, al amparo del artículo 65 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP) y se aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Tercero.- La entidad "... " (en adelante,...), presentó su oferta con fecha 29 de diciembre de 2008 y en ella se comprometió a la total realización de las obras, con sujeción estricta a los pliegos de condiciones técnicas y económico-administrativas, por un precio total de 1.070.000 €, con una baja del 35,38% del precio de licitación (folio 506 del expediente).

La mesa de contratación, reunida en Tudela el 9 de febrero de 2009, elevó a la Junta de Gobierno Local propuesta de adjudicación a favor de..., por ser su oferta la más barata, pero apreció la posible existencia de una baja temeraria y, en consecuencia, inició el procedimiento previsto por el artículo 91 de la LFCP (folio 511 del expediente). La entidad adjudicataria justificó su baja con documentación presentada el día 13 de febrero de 2009 (folio 524 del expediente).

Previo informe de..., la obra fue definitivamente adjudicada a... por el precio de la oferta, siendo el plazo de ejecución de ocho meses, de acuerdo con dicha oferta, según consta en acuerdo de la Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 3 de abril de 2009 (folio 557 del expediente). En el acuerdo se requirió a la mercantil adjudicataria para constituir la garantía definitiva por valor del 50% del precio del contrato, es decir 535.000 €. Al folio 616 del expediente queda acreditada la constitución de la fianza.

Cuarto.- El día 27 de abril de 2009 se firmó el contrato por el Alcalde-Presidente del Muy Ilustre Ayuntamiento de Tudela y el representante de la entidad adjudicataria,... (folio 688 del expediente).

Quinto.- El día 8 de mayo de 2009 se formalizó el acta de replanteo de las obras, con presencia del representante de la empresa adjudicataria, y se autorizó la iniciación de las citadas obras, comenzando a contar los plazos de ejecución previstos en el pliego de condiciones y la oferta. De acuerdo con las condiciones pactadas, la obra debería haberse concluido en enero de 2010.

Sexto.- El día 24 de noviembre de 2009, don..., en representación de..., comunicó al Ayuntamiento de Tudela la paralización de la obra, justificándola en que, tras la inspección de los trabajos realizados, se observó que el material de reparación aplicado tenía una adherencia deficiente sobre la superficie reparada, viéndose abombamiento del material en algunas zonas. Se había decidido hacer los ensayos pertinentes para determinar las zonas afectadas por esta mala adherencia y actuar en consecuencia, una vez determinada la superficie que hay que levantar y volver a reparar (folio 922 del expediente).

Los servicios técnicos municipales elaboraron un informe, fechado el 27 de noviembre de 2009, en el que se manifiesta que, en un control rutinario de las capas de acabado aplicadas a las superficies "el material está abombado y que al golpearlo, con un martillo metálico, el sonido que produce suena hueco. Incluso en algunas partes, se desprende con mucha facilidad al menor golpe... Se decide dejar una semana como mínimo, para la realización de los ensayos pertinentes, que juzguen cuál de las dos

soluciones propuestas (esto es: aplicación de puente de unión y rayado de la superficie con una sierra de disco), es más apropiada para la terminación del trabajo... La obra se encuentra paralizada a expensas de los resultados obtenidos en los ensayos, tras los cuales se reanudará la tarea en función de la solución óptima".

Séptimo.- El día 26 de noviembre de 2009 la Concejal Delegada de Urbanismo requirió a la dirección de obra... para que presentase un informe exhaustivo de lo acontecido en las zonas afectadas, consecuencias y el tiempo previsto de paralización de la obra (folio 923 del expediente).

Octavo.- ... presentó el día 10 de diciembre de 2009 el informe solicitado. En dicho informe, tras exponer los antecedentes, el estado de los trabajos y las actuaciones de... entre 20 de noviembre de 2009 y 1 de diciembre de 2009, se concluye con varias hipótesis que pueden explicar la falta de adherencia: superficie poco rugosa, existencia de humedades, necesidad de aplicar puente de unión como se explica en el proyecto. Se está a la espera de los informes que emitirán la empresa fabricante de los productos de reparación (...) y la empresa encargada de los ensayos (...) para definir con exactitud las causas de la adherencia deficiente.

Noveno.- El día 23 de diciembre de 2009 la empresa constructora se dirigió al Ayuntamiento de Tudela poniendo de manifiesto "diversos sucesos, de los que ya habíamos sido apercibidos, y que no suponen mayor problemática", pero que "deben ser considerados para analizar los plazos más convenientes, reales, de ejecución":

A) Perfeccionamiento del Plan de Seguridad y Salud, con desarrollo de los procedimientos de control de gases presentes y procedimientos de evacuación consensuados para su aplicación y seguimiento durante las obras. La versión definitiva del plan se aprobó el 5 agosto 2009, "con la posibilidad de comenzar realmente los trabajos entonces".

B) "Se nos informó con puntualidad y antelación -dice el escrito de...- de las fiestas locales... que se celebran entre los días 24 y 31 julio, y lógicamente convinimos en que el trasiego de viandantes, actuaciones, etc.,

hacía necesario no entorpecer las festividades con los acopios y actuaciones propias de la ejecución, por lo que finalmente, retrasamos al lunes siguiente el inicio efectivo: 5 de agosto de 2009".

Por estas circunstancias, y otras que se han producido durante las obras tales como las crecidas del río Queiles,... solicitó en el escrito de referencia una ampliación del plazo de finalización de las obras hasta el día 31 de marzo de 2010 (folio 927 del expediente).

Décimo.- El día 2 de febrero de 2010... emitió informe sobre la ampliación del plazo solicitada por el contratista, considerando justificada una prórroga de tres semanas del plazo de finalización de las obras (folio 995 del expediente).

Undécimo.- El día siguiente, 3 de febrero de 2010,... presentó un nuevo escrito ante el ayuntamiento, insistiendo en sus alegaciones anteriores sobre las causas del retraso de la ejecución de la obra, solicitando que se acuerde la suspensión temporal de las obras por imposibilidad de ejecutarlas hasta que finalicen las lluvias.

Sobre este escrito se pronunció la Oficina Técnica Municipal, que no consideró justificados los retrasos por entender que "son imputables en su mayoría a la propia empresa constructora".

Por su parte, la empresa encargada de la dirección de obra, a requerimiento de la Concejala Delegada de Urbanismo, emitió un nuevo informe en el que se concluye que la causa del abandono de la obra es el problema de la adherencia detectado en la aplicación inicial, sin que se conozca por ahora qué proporción de la aplicación no garantiza la adherencia al soporte ni las causas por las cuales ha fallado la aplicación previa. Considera apropiado realizar unos ensayos serios y precisos en los que se determine el valor de la adherencia conseguido en pruebas realizadas, para garantizar que no se reproduce el problema. Asimismo dice que existen otros trabajos, independientes de las filtraciones y presencia de agua en el tramo porticado inicial que pueden acometerse (folio 1.033 del expediente).

Decimosegundo.- El día 25 de febrero de 2010 la dirección de obra solicitó del ayuntamiento la realización de una nueva prueba piloto de tratamiento con materiales distintos a los aplicados, y ensayos de adherencia normalizados. Los plazos de ejecución estimados para la aplicación de productos son del 22 al 26 de febrero de 2010 y para los ensayos siete días (folio 1.034 del expediente).

Decimotercero.- En la misma fecha... dirigió un escrito al Ayuntamiento de Tudela describiendo la situación actual de las obras y planteando "los pasos siguientes a consensuar para la continuidad de las mismas". En él se hace referencia a los anteriores de 26 de enero de 2010 y de 3 de febrero de 2010 sobre cuestiones relativas al plazo contractual y las incidencias de tipo climatológico que han ocasionado retrasos en la ejecución y, finalmente, la imposibilidad de trabajar debido a las "filtraciones, entradas de agua constantes, etc. en todo el túnel, propiciadas por las lluvias y nevadas acaecidas desde noviembre".

El escrito contiene un informe del estado actual de las obras, con actas notariales, certificación de las obras ejecutadas y ensayos de adherencia (folio 1.037 del expediente). Considera la empresa que los ensayos de adherencia realizados en zonas secas, sin infiltraciones ni presencia de agua, son positivos y que los ensayos que han dado valores anómalos se han contrastado mediante la retirada de la aplicación y la observación directa de filtraciones y presencia de agua incompatibles con su buen funcionamiento.

De ello deduce que "es evidente que los trabajos ejecutados hasta la fecha se realizaron con materiales y un procedimiento correcto, pero que sin embargo el comienzo de las lluvias y precipitaciones, y la permeabilidad de la estructura, las fisuras y filtraciones existentes, han ocasionado que la entrada de agua, al margen de paralizar la continuidad de los trabajos, haya actuado sobre los materiales aplicados (en ningún caso con responsabilidad impermeabilizante), disminuyendo su adherencia, y a consecuencia del empuje del agua afectando a su función al despegarse del soporte, en diversa medida, según el grado de presión y filtración".

A la vista de todo lo expuesto, la empresa considera que se deben paralizar las obras hasta que finalicen las lluvias y filtraciones para proceder a la impermeabilización exterior del túnel antes de continuar con la reparación interior. Asimismo solicita el pago de la obra ejecutada.

Decimocuarto.- El día 8 de marzo de 2010, la Concejal Delegada de Urbanismo solicitó informe a... sobre el escrito presentado por... (folio 1.099 del expediente).

Decimoquinto.- La Junta de Gobierno Local, en sesión de 16 de abril de 2010, acordó abrir un expediente de penalización por haber incurrido la empresa en una demora mayor de tres meses en la terminación de las obras. Se otorgó a... un trámite de audiencia de 15 días naturales y, en el mismo acto, se expresó "la preocupación municipal por el retraso que concurre en la ejecución de la obra, a la vez que se sugiere y requiere a las partes intervinientes, contrata y dirección facultativa, a conseguir el objetivo previsto y comprometido" (folio 1.172 del expediente).

Decimosexto.- El día 17 de mayo de 2010, la empresa adjudicataria de la obra dirigió una carta al Ayuntamiento de Tudela en la que reiteró las manifestaciones efectuadas en el escrito de 25 de febrero de 2010 y solicitó una reunión "para obtener una contestación o pasos siguientes en el contrato entre las partes sobre la posibilidad de continuidad basada en operaciones previas de impermeabilización exteriores de la estructura, u otras opciones que se decidan adecuadas a esta situación", así como el abono de la obra ejecutada hasta ese momento (folio 1.211 del expediente).

Decimoséptimo.- El día 14 de julio de 2010 la Concejal Delegada del Área de Ordenación del Territorio dirigió a... un oficio en el que, tras exponer "que la obra se encuentra parada sin justificación, que lo actuado hasta la fecha no está correctamente ejecutado y que existen penalidades por demora que se pondrán en el momento oportuno... se requiere encarecidamente a ... a cumplir estas determinaciones, por este orden y a la vez: 1. Continuar las obras. 2. Presentar planning de los trabajos pendientes, donde se determinará la fecha de reanudación y la prevista para finalización" (folio 1.255 del expediente).

Decimooctavo.- El día 23 de julio de 2010 la empresa contestó el requerimiento informando que la fecha prevista para el reinicio de las obras es la de 2 de agosto de 2010, una vez concluidas las fiestas de Tudela y habida cuenta de la finalización del período de lluvias y la ausencia de filtraciones de agua en la zona de aplicación de los morteros de reparación. Afirma asimismo que los retrasos directamente imputables al contratista se limitan a 32 días naturales y solicita el archivo del expediente de imposición de penalidades y el pago de la obra ejecutada (folio 1.259 del expediente).

El día 6 de agosto de 2010,... se dirigió de nuevo al ayuntamiento solicitando autorización para cerrar el perímetro de obra para garantizar su protección, así como la seguridad de los transeúntes (folio 1.263 del expediente).

Decimonoveno.- La Junta de Gobierno Local, reunida en sesión celebrada el 1 de octubre de 2010, además de aprobar la tercera certificación de las obras y determinados precios contradictorios e imponer una penalidad por demora de 28.833,48 € por 202 días de retraso, exigió a... "el cumplimiento del contrato, con prórroga estimada para concluir los trabajos hasta el 31 de diciembre de 2010" (folio 1.357 del expediente).

Vigésimo.- El día 7 de octubre de 2010 la dirección de obra elevó un informe de seguimiento al Ayuntamiento de Tudela en el que, entre otras cosas, se afirma que "el porcentaje de obra certificado es de, aproximadamente, una tercera parte". Se dice así mismo que los días de paralización que, durante el año 2009, no son imputables al contratista son un día en la semana del 10 al 16 de agosto, un día en la semana del 16 al 25 de octubre y cuatro días en la semana del 9 al 15 de noviembre. Por tanto "los días laborables que se pueden establecer por causas ajenas al contratista ascienden a 6 (climatología), más los 9 días correspondientes a las fechas de fiestas de Tudela: 15 días laborables (3 semanas)". En el año 2010 considera no imputables al contratista los retrasos de cuatro días en la semana del 16 al 22 de agosto, un día en la semana del 23 al 29 de agosto, cinco días en la semana del 30 de agosto al 3 de septiembre, cinco días en la semana del 6 al 12 de septiembre y un día en la semana del 13 al 19 de

septiembre. Así pues, “ los días laborables que se pueden establecer por causas ajenas al contratista ascienden a 16 (3 semanas)”.

Se afirma, además, en el informe citado:

"Según el plan de obra presentado por ... el 2/08/2010, los trabajos reanudados desde dicha fecha marcaban los siguientes instantes de inicio de tareas:

- *Limpieza de cauce 3/08/2010.*
- *Reparación pórticos 10/08/2010.*
- *Refuerzo vigas prefabricadas 14/09/2010.*
- *Reparación bóveda piedra 27/08/2010.*

A fecha de hoy 27/09/2010 se han realizado los trabajos de implantación obra (casetas y acopio) y pruebas y ensayos de reparaciones puntuales para cotejar la calidad del mortero aplicado por la subcontrata «...» con objeto de validar su entrada en la obra una vez verificadas las exigencias de adherencia a la vista de faltas de referencias de aplicaciones similares de mortero.

Por tanto el retraso de la obra se cuantifica según las tareas como sigue (y sin tener en cuenta los fines de semana):

- *Limpieza del cauce: 32 días laborales de retraso.*
- *Reparación pórticos 27 días laborales de retraso.*
- *Refuerzo vigas prefabricadas 2 días laborales de retraso.*
- *Reparación bóveda piedra 14 días laborales de retraso.*

A pesar de que son justificables por causas ajenas al contratista los días citados desde la reanudación de las obras, se insiste en la preocupación por alcanzar los objetivos de la obra en calidad y plazo.

Por otro lado, otro tema preocupante desde la perspectiva de la Dirección de Obra y referente igualmente al incumplimiento y falta de veracidad en la documentación presentada previamente a la reanudación de los trabajos, es la proposición repentina de una nueva empresa para la realización de la actividad de aplicación de morteros de reparación, distinta a «...».

Cabe decir que la parte correspondiente a la reparación de estructura mediante morteros (dentro del capítulo 3 del proyecto) supone un porcentaje de la obra superior al 68%.

Este hecho plantea, además de la viabilidad en la subcontratación de dicha cuantía de acuerdo a la Ley Foral, la inutilidad del tiempo y recursos empleados por... para el aseguramiento de la calidad de la aplicación con la exigencia realizada a... de ensayar un tramo de prueba a la empresa propuesta (...) mediante un control de calidad externo (...), como medida adoptada desde DO para desbloquear el reinicio de las obras ante la falta de referencias de obras similares de dicha empresa.

De la misma manera, se enumeran en la siguiente tabla las empresas subcontratadas por... hasta la fecha para las distintas actividades de obra:

(se enumeran 10 subcontratas)

Se hace referencia en este punto a la argumentación expuesta por... previa a la adjudicación del Contrato de Obras en aras de justificar el importante porcentaje de baja ofertado para la realización de las obras" (folio 1.377 del expediente).

Vigésimo primero.- El día 21 de octubre de 2010... presentó en el ayuntamiento un informe en el que "se recogen las incidencias relativas a la entrada de agua en el túnel, tanto mediante filtraciones provenientes de las lluvias acaecidas y riegos en la zona, como por el propio río, hasta la fecha de 13 de septiembre de 2010, para que sean tenidas en cuenta para la programación de los trabajos y plazos de ejecución" (folio 1.394 del expediente). De ello resulta que desde el día 2 de agosto sólo ha sido

posible trabajar durante dos días para la realización de muestras y tres días para la ejecución de ensayos de comprobación, no estando permitido trabajar con presencia de agua de acuerdo con el Plan de Seguridad y Salud. En consecuencia, añadiendo 30 días laborables al plazo anteriormente previsto de finalización, la nueva fecha de terminación de la obra debería ser la de 3 diciembre 2010 (folio 1.394 del expediente).

Vigésimo segundo.- El día 2 de noviembre de 2010... interpuso recurso de reposición contra el acuerdo de imposición de penalidades de la Junta de Gobierno Local de fecha 1 de octubre de 2010. El recurso fue parcialmente estimado por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el día 17 de diciembre de 2010 (folio 1.506 del expediente) y, frente al acuerdo parcialmente estimatorio, la interesada interpuso recurso contencioso administrativo (folio 1.519 del expediente).

Vigésimo tercero.- El día 4 de noviembre de 2010 se emite informe por la Oficina Técnica Municipal sobre los días de retraso en los meses de agosto y septiembre de 2010. En él se concluye que en agosto hubo 8 días laborables no trabajados justificadamente, y en septiembre 11 (folio 1458 del expediente).

Vigésimo cuarto.- En otro informe de la Oficina Técnica Municipal de 28 de octubre de 2010 se afirma "se han ejecutado tramos de dinteles y vigas con aplicación a mano, debido a que la empresa constructora... no ha llegado a un acuerdo con la subcontratista que comenzó las obras. En este tiempo en el que han tratado de localizar otra contratista que aplique el mortero con proyección, se han ido realizando trabajos a mano" (reverso del folio 1.488 del expediente).

Vigésimo quinto.- El día 15 de febrero de 2011... presentó en el Ayuntamiento de Tudela un informe sobre las incidencias relativas a la entrada de agua en el túnel, tanto mediante filtraciones provenientes de las lluvias acaecidas y riegos en la zona, como del propio río, así como cualquier otro tipo de suceso que haya afectado al transcurso de la obra hasta la fecha de 31 de enero de 2011. El informe concluye en que, desde el día 2 de agosto de 2010, en que estaba previsto el comienzo, hasta el 31 de

enero de 2011 se han perdido 80 días laborables de trabajo por causas justificadas, por lo que la obra debe finalizar el 7 de marzo de 2011 (folio 1.640 del expediente).

Vigésimo sexto.- El día 1 de abril de 2011, la Junta de Gobierno Local, además de aprobar cuatro certificaciones de obra, abrió un nuevo expediente de imposición de penalidades por demora y, dado que en el acuerdo de 1 de octubre de 2010 se señaló una prórroga hasta el 31 de diciembre de 2010, la Junta expresó "la preocupación municipal por el retraso que concurre y se añade en la ejecución de la obra, a la vez que se sugiere y requiere a las partes intervinientes, contrata y dirección facultativa, a conseguir el objetivo previsto y comprometido" (folio 1.733 del expediente).

Vigésimo séptimo.- El día 27 de abril de 2011 se registró de entrada en el Ayuntamiento de Tudela escrito de alegaciones de... solicitando el sobreseimiento del expediente de imposición de penalidades por demora. En él se afirma que los trabajos contratados han sufrido dificultades insuperables porque la superficie urbanizada existente sobre el puente no estaba impermeabilizada y las filtraciones no sólo se producen en época de lluvias, sino también en verano por el agua procedente del riego y las fugas de las redes municipales. "El problema -dice- es que el ayuntamiento adoptó la decisión de ejecutar la obra de reforzamiento de la infraestructura sin hacer antes la impermeabilización de la superficie de la calle". Para sustentar esta conclusión se remite a informes de la dirección de obra de 21 de enero de 2010 y 3 de febrero de 2010.

Por otra parte -dice-, la dirección de obra suspendió los trabajos el 24 de noviembre de 2009 para realizar ensayos que no se finalizaron hasta septiembre-octubre de 2010. Esta paralización no es imputable a la contratista.

Además de las filtraciones "el trabajo en el cauce de un río que transcurre a través de un túnel está continuamente afectado por las crecidas del río, que en este caso han sido constantes". Las crecidas exigen la paralización de la obra y el desalojo del túnel, "teniendo que sacar los

materiales acopiados, luego revisar el estado de la obra y hacer la operación inversa" (folio 1.764 del expediente).

A las alegaciones se adjunta un estudio e informe pericial de la entidad... que afirma que "la influencia del agua infiltrada por los elementos estructurales es determinante para impedir su correcta reparación y "para tener garantías de una adecuada reparación de los elementos estructurales de la canalización del río Queiles, es necesario impermeabilizar la superficie de la misma que evite la intromisión en el proceso de adhesión y fraguado de los morteros del agua filtrada".

Vigésimo octavo.- La Oficina Técnica Municipal emitió informe del día 6 de junio de 2011 en el que se concluye solicitando "informe pericial externo realizado por técnico titulado competente (Ingeniero de Caminos Canales y Puertos), que sirva para determinar las causas de las deficiencias surgidas durante la ejecución de las obras así como determinar si la solución planteada en el proyecto de ejecución, firmado por... (...) cumple con la finalidad de éste, es decir, la de refuerzo de la estructura de cubrimiento del río Queiles en Tudela" (folio 1854 el expediente).

El día 20 de junio de 2011 se elaboraron las condiciones esenciales para la contratación del informe y, tras la invitación a varias empresas y profesionales para presentar presupuestos, se autorizó el gasto y se adjudicó a... el contrato de asistencia para emisión de informe pericial en relación con obras de arreglo de estructura de cubrimiento del río Queiles (folio 1.917 del expediente), firmándose el contrato el día 15 de septiembre de 2011 (folio 1.952 del expediente).

Vigésimo noveno.- El informe de..., obrante a los folios 1.954 a 2.253 del expediente, considera que el proyecto redactado por..., "desde el punto de vista formal, se trata de un documento extenso, bien estructurado que reúne todos los requisitos necesarios de un proyecto acorde con el tipo de obra a ejecutar"; en cuanto a su contenido, el diagnóstico de las patologías que sufre la estructura "es correcto, basándose en inspecciones visuales particularizadas de cada elemento y en ensayos de auscultación de la estructura realizados con el apoyo de un laboratorio colaborador"; la

solución de reparación y refuerzo adoptada "se considera adecuada en relación con las patologías que presenta la estructura", y "los distintos protocolos de actuación se apoyan en un inventario detallado de las patologías, que incluye una elaboración de fichas en las que se cuantifica el área a reparar y el grado de reparación a realizar"; en cuanto a los materiales empleados en la reparación, están bien especificadas las condiciones que deben cumplir y que se han efectuado los ensayos de control de calidad para verificar la idoneidad de los productos elegidos por el contratista, si bien se ha observado "la existencia de una gran confusión en el parámetro que exige la adherencia al arrancamiento a cumplir por el mortero en el ensayo de tracción directa EN-1504-10". Por todo ello concluye afirmando que "el proyecto de ejecución firmado por... cumple la finalidad de éste; es decir, la de refuerzo de la estructura de cubrimiento del río Queiles en Tudela".

En relación con la clasificación del contratista, el informe indica que cumple con las clasificaciones B-02-E, B-03-E y E-05-E exigidas en la memoria del proyecto, pero no con la K-E (aplicación de productos específicos de reparación), si bien "el grupo K, denominado por la ley como Especiales no engloba ningún subgrupo en el que pueda encuadrarse con claridad la aplicación de productos específicos de reparación".

Las causas que, con diferentes grados, han generado la problemática que afecta a la obra son las modificaciones técnicas introducidas al proyecto, los defectos de ejecución y las condiciones ambientales de ejecución en plazo de la obra.

A) Modificaciones técnicas.

... planteó a la dirección de obra y al Ayuntamiento de Tudela "un modificado del proyecto que afecta a sus unidades principales, tanto en su vertiente técnica como económica". Uno de los cambios técnicos más sustanciales que introduce... es "la eliminación de los puentes de unión de naturaleza epoxi en las zonas de armadura y de los puentes hidráulicos en el resto de los hormigones a tratar". Se trata de una propuesta que "no está documentada técnicamente... Una propuesta de esta naturaleza debe estar

avalada por estudios técnicos de detalle con ensayos que garanticen que el producto a aplicar sobre las superficies de hormigón existente, con o sin armadura, garantizan su perfecta adherencia con conexiones químicas y/o mecánicas". La dirección de obra "no disponía en el momento de la propuesta de elementos de juicio para opinar técnicamente sobre la necesidad o no de los puentes de unión, que son retirados en la propuesta del contratista, ya que carecía de los necesarios datos técnicos avalados por ensayos, y traslada su decisión al momento de ejecución". ... opina que "la postura adoptada por la Dirección de Obra no es correcta, ya que la propuesta del Contratista es la eliminación de una Unidad que en el proyecto se ha considerado necesaria, incluyendo hasta una diferenciación en la aplicación en el caso del puente de unión (*sic*) epoxi en aquellas zonas de mayor espesor de mortero de reparación... La Dirección de Obra... se tenía que haber pronunciado negativamente a la propuesta hasta que... no hubiera presentado un informe detallado de la Dirección Técnica de la casa suministradora de los productos de reparación avalando el procedimiento de puesta en obra y de los productos elegidos para la reparación en las condiciones particulares de la obra que nos ocupa".

Después de casi un mes de aplicaciones, el 20 de noviembre de 2009, la dirección de obra detectó la existencia de un fallo de adherencia de los morteros y se procedió a la realización de pruebas y ensayos cuyos resultados no fueron satisfactorios. No consta ningún informe de la empresa fabricante de los productos de reparación en el que se valoren los resultados de la prueba, a pesar de que fue reclamado por la dirección de obra a la empresa contratista en varias ocasiones.

Tras un período con la obra parada en que... realizó pruebas con otros productos y aplicaciones al margen de..., se decidió reanudar las obras, para lo cual... aportó nueva documentación con "un nuevo procedimiento de ejecución en el que la única variante es la incorporación generalizada de un puente de unión de naturaleza epoxi (...)... De nuevo, el único documento técnico en esta fase es la técnica del producto... suministrada por...", la empresa fabricante. Los trabajos continuaron, se reprodujo la problemática de falta de adherencia y, a finales de noviembre, surgieron problemas de

condensación y de temperatura en el interior del túnel que no posibilitaban la aplicación del material. "Finalmente -sigue diciendo el informe- aparece en el expediente un documento de carácter técnico de... (del que se desprende que) la empresa suministradora pone de manifiesto que sus productos y en particular el puente de unión epoxi ..., no son compatibles con el agua".

Existen, según el informe pericial, varias cuestiones dudosas de difícil respuesta como el por qué se ha pasado por alto que el medio en que se desarrolla la obra es un medio acuoso, ¿por qué... eligió este producto?, ¿por qué el suministrador no advirtió de este problema cuando efectuó la prueba de 23 de noviembre de 2009?, ¿por qué la dirección de obra admitió su aplicación en condiciones de humedad? Se ha producido, en definitiva, "un error técnico en la elección del puente de unión epoxi..., ya que es incompatible con unas condiciones ambientales de la estructura que son previsibles durante determinadas épocas del año en la que transcurriría la obra y que formaban parte del diagnóstico del Proyecto de...".

B) Defectos de ejecución.

En el informe pericial se da cuenta de la existencia de una mala praxis constructiva en una gran parte de las aplicaciones de los productos de reparación llevada a cabo por... escasa preparación de la superficie de aplicación, defectuosa aplicación de los puentes de unión y pasivadores de armaduras, defectuosa proyección de mortero, e irregularidades en los espesores de aplicación.

"Es especialmente llamativa –dice el informe- la deficiente aplicación de los puentes de unión y pasivadores de las armaduras... Otro defecto muy llamativo es la mala calidad de proyección del mortero en aquellos casos en los que se ha incorporado armadura suplementaria... La irregularidad y defectuosas aplicaciones de los productos de reparación observadas indican que han sido ejecutadas por personal poco cualificado", lo cual puede deberse a una inadecuada cadena de subcontratación, pues han intervenido un total de cinco empresas, de tres de las cuales no hay referencia alguna respecto a su cualificación. "La falta de continuidad en los trabajos -dice el informe- resulta evidente".

Los defectos más importantes de ejecución "se encuentran asociados a aquellos dinteles en los que se incorpora armadura. En conjunto se observa una gran irregularidad en los acabados... en algunos dinteles se ha colocado armadura nueva suplementaria sin haber tratado correctamente la existente".

Entiende el perito autor del informe incumplido el plan de control de calidad de la obra, lo cual, sin ser causa originaria del problema, constituye un factor que lo ha potenciado. "Un defectuoso control de calidad impide conocer a tiempo los potenciales defectos de la obra, anulando la función de control de la Dirección de Obra. Dicho de otra manera: cuando se ve el problema es demasiado tarde y el volumen de obra afectado puede ser muy importante".

C) Condiciones ambientales de ejecución.

Dice el informe que es un hecho objetivo que el agua es un agente presente en la obra, y en el proyecto ya se indica con claridad que el ambiente en el que se encuentra la estructura a reparar es un medio acuoso. ... ha justificado sus demoras por la presencia del agua y ha llegado a considerarla como causa principal de las pérdidas de adherencia, tesis a la que se ha opuesto la dirección de obra.

Desde que se firmó el acta de replanteo (12 de mayo de 2009) hasta la fecha inicialmente prevista para la terminación de las obras (12 de enero de 2010), el contratista perdió los tres primeros meses "completando el Plan de Seguridad y Salud y sin abordar durante ese tiempo el procedimiento de ejecución y los materiales a emplear que corresponden a una propuesta del 15 de agosto de 2009. Según consta en el expediente, la aplicación de los morteros comienza el día 15/10/2009. Es decir, han transcurrido cinco meses de obra en los que se ha mantenido la obra de reparación parada".

Pasados seis meses y medio desde el inicio de la obra, la dirección de obra detectó un fallo de adherencia en los morteros aplicados hasta el momento y decidió la paralización el día 24 de noviembre para determinar la causa del desprendimiento del material.

El 23 de diciembre de 2009 -continúa el informe-... solicitó ampliación del plazo por causa del perfeccionamiento del Plan de Seguridad y Salud y las fiestas de Tudela celebradas entre el 24 y el 31 julio, sin que se indique en ningún momento "que durante este período inicial de 6,5 meses la obra tuviera problemas de filtraciones. El único problema fue una crecida del río Queiles, hecho esperable en este tipo de obra... La Dirección de Obra en su documento de fecha 21/01/2010... establece en 15 días laborables (tres semanas) las causas ajenas al Contratista, entre las que no se incluyen las filtraciones y humedades".

En dicho informe, de 21 de enero de 2010,... introdujo un apartado denominado "humedades y filtraciones". "Este informe ha sido utilizado por... en las alegaciones de 27 de abril de 2011. Consideramos que dicho documento ha sido sacado fuera de contexto por..., ya que lo aprovecha para generar una ambigüedad cronológica" al afirmar que "durante la ejecución de las obras se constató la aparición de «filtraciones importantes en el techo del túnel» en zonas que no se encuentran impermeabilizadas exteriormente". Observa... que en el informe de... se habla de una constatación del referido problema en la visita de 1 de diciembre de 2009, "es decir, se trata de un problema estacional (época de lluvias, invernal) que según se dice afecta a dinteles y vigas de la Zona Porticada Inicial".

Así pues, "no hay ninguna constancia en el expediente de la presencia de filtraciones en la estructura, ni humedades que impidieran el desarrollo de los trabajos" entre los días 12 de mayo de 2009 y 24 de noviembre de 2009. Entre esta última fecha y el 12 de enero de 2010 "la obra se encuentra parada a causa de los problemas de adherencia detectados en los morteros en la semana del 16-20 de noviembre de 2009. Durante este periodo aparecen filtraciones y humedades que dificultan la ejecución de los trabajos. Estas humedades y filtraciones afectan a vigas y dinteles de la Zona Porticada Inicial" y tuvieron "carácter estacional, afectando solamente a los últimos 1,5 meses del plazo de obra". El informe hace, además, la observación de que "existe una diferencia entre dificultar e impedir completamente".

En el periodo de 12 de enero de 2010 a 2 de agosto de 2010 "la obra entra en una fase confusa de petición de aumento de plazos e informes cruzados, en la que la obra se encuentra parada". Entre 2 de agosto de 2010 y 27 de abril de 2011 "se acometen de nuevo los trabajos y se continúan las certificaciones. Los problemas comienzan de nuevo cuando cambian las condiciones climatológicas". Junto con sus alegaciones de 27 de abril de 2010,... presentó un informe pericial de... que, a juicio de..., efectúa una correcta constatación de los hechos, "no así en la explicación de las causas que los producen, para las que elaboran una complicada teoría hidráulica de presiones hidrostáticas que estimo alejada de la realidad"; por otra parte, "los autores del informe en su apartado de conclusiones eluden hablar del puente de unión y del carácter estacional de las filtraciones".

Trigésimo.- El día 15 diciembre 2011 la entidad que tenía encomendada la dirección de obra,..., se dirigió al Ayuntamiento de Tudela exponiendo que "con fecha anterior al 2 de noviembre de 2011 se produjo el abandono de las obras por parte del contratista de construcción, por lo que las funciones concernientes a la Dirección Facultativa de las Obras se encuentran suspendidas de forma indefinida desde esa fecha", y solicitando que "se dicte resolución por la que se declare expresamente la suspensión de las actividades de Dirección Facultativa".

Cuatro días más tarde,... presenta una nota informativa del siguiente tenor:

"En la actualidad la obra no tiene actividad como consecuencia del abandono de las obras de forma indefinida por parte del Contratista ...

La obra está abandonada totalmente, no hay casetas de obra, maquinaria, etc., ni elementos de seguridad que delimiten la zona de obra, por lo que cualquier individuo puede acceder a la zona de trabajo.

Oficialmente la obra no está paralizada, desde... se comunicará el cese de Coordinación de Seguridad y Salud en cuanto se proceda al cese de dicha actividad.

La presente notificación no sigue el procedimiento habitual en estos casos que consistiría en escribirla en el Libro de Incidencias, esto se debe a que el Contratista no sabe dónde está dicho Libro de Incidencias, y en consecuencia sirva esta notificación para que conste como una nueva incidencia el hecho de la pérdida del Libro de Incidencias" (folio 2.255 del expediente).

Trigésimo primero.- El día 9 de enero de 2012, la Concejala Delegada del Área de Ordenación del Territorio concedió trámite de audiencia durante 15 días hábiles a... y... para que alegasen lo que estimaran oportuno acerca del informe pericial emitido por...

Trigésimo segundo.- ... presentó un escrito de alegaciones, fechado el 25 de enero de 2012, en el que se recogen las siguientes manifestaciones que reproducimos en extracto:

1) El informe pericial omite el origen del problema y la imposibilidad material de ejecutar los trabajos hasta que el Ayuntamiento de Tudela realice previamente las actuaciones de impermeabilización del exterior de la calle que discurre sobre el río. El ayuntamiento contrató con... una reparación concreta a realizar en la estructura interior del túnel, pero la superficie urbanizada existente sobre él no estaba impermeabilizada y en consecuencia no se podía trabajar debajo de ella.

2) La dirección de obra suspendió las obras el 24 noviembre 2009 para realizar ensayos que no concluyeron hasta septiembre de 2010, no existiendo por tanto demora alguna imputable a... en ese período.

3) El trabajo en el cauce del río que transcurre a través del túnel está continuamente afectado por las crecidas del río, que dependen de las lluvias, de las decisiones de la Confederación Hidrográfica y del uso del agua por los regantes. Las crecidas obligan a desalojar los materiales del túnel y, posteriormente, volver a acopiarlos, tareas que suponen al menos un 25% adicional de los días en que el túnel está inundado, únicos a los que se refiere la dirección de obra.

4) El informe de... incurre, a juicio de..., en otras incorrecciones, a saber:

a) El proyecto de... no cumple su finalidad porque, para las condiciones existentes y la aplicación de la solución estudiada, antes es necesario impermeabilizar exteriormente la estructura para evitar filtraciones.

b) Es falsa la afirmación de... sobre la idoneidad de la clasificación de..., pues no se exige la clasificación K en el pliego de licitación.

c) No se comparte la idea de que la decisión de eliminar el puente de unión haya sido incorrecta: el informe de... no tiene en cuenta los resultados de los ensayos llevados a cabo en zonas secas reparadas sin puente de unión y, por otra parte, los cambios fueron aprobados por la dirección de obra.

d) En relación con la reincorporación de un puente de unión de naturaleza epoxi, no es cierto que las pruebas de puesta en obra hayan dado un resultado insatisfactorio, pues de los ensayos se concluyó que "siempre y cuando no haya entrada de agua durante la aplicación y fraguado de los morteros, el refuerzo cumple sobradamente con las especificaciones de adherencia exigidas por la normativa", de donde -a juicio de...- "la elección de los productos es adecuada y la aplicación de un puente de unión es innecesaria cuando se cumplen unas condiciones básicas, es decir, en un ambiente con humedad relativa controlada dentro y sin entrada de agua durante la aplicación y fraguado de los morteros".

e) También se opone... al informe de... en lo referente a los defectos de ejecución de la obra e incumplimiento en el plan de calidad de la obra.

Tras insistir en las condiciones ambientales que han condicionado la ejecución de la obra,... concluye solicitando al ayuntamiento que declare "que el contrato no se ha podido ejecutar por causas ajenas al contratista y acuerde la resolución del contrato por mutuo acuerdo, con devolución de la garantía definitiva, y previo abono y liquidación de las partidas realmente ejecutadas" (reverso del folio 2.273 del expediente).

Trigésimo tercero.- ... elaboró otro informe aclaratorio a la vista de las alegaciones formuladas.

Asegura haber tenido en cuenta las condiciones ambientales de ejecución de la obra y añade que en el expediente no se ha encontrado ningún documento en relación con los, 6,5 meses iniciales de la obra ni alusión a la existencia de filtraciones generalizadas que impidieran la ejecución de la obra, siendo significativo que en la metodología de trabajo propuesta por..., con nuevos productos de aplicación, no se hiciera tampoco referencia a esas condiciones ambientales tan adversas, que hubieran obligado al elegir otros productos de tratamiento, como quedó después manifestado en el expediente.

La presencia de filtraciones en determinadas épocas del año y zonas de filtración añade dificultad a la obra, y la dificultad hubiera sido menor si la estructura se encontrara impermeabilizada, pero en el proyecto no hay ninguna referencia que indique que la obra no podía ser ejecutada sin que se hubieran realizado las actuaciones previas de impermeabilización.

A la afirmación de... de que el puente de unión sólo se puede aplicar sobre soporte seco se contesta que el término puente de unión es genérico y hay productos diferentes con propiedades y condiciones de aplicación distintas según el fabricante... confirma que el puente de unión... no era del producto adecuado para aplicar sobre superficies húmedas. Hubiera sido conveniente llegar a esta conclusión antes.

No se han encontrado datos técnicos en el expediente ni ensayos que avalen la decisión de eliminar el puente de unión, que, según la dirección de obra, se hizo por cuenta y riesgo del contratista. Cuando se produjo el fallo de adherencia se recuperó la solución, de forma que la cadena de hechos y los resultados de obra indican que el procedimiento seguido no fue el adecuado. De los documentos que obran en el expediente no se deduce que la dirección de obra aprobase los cambios propuestos por...

En relación con las pruebas de adherencia efectuadas el 23 noviembre 2009,... afirma haberse limitado a recoger la documentación obrante en el

expediente: el informe de... Sin embargo... presenta en su alegación unos resultados de otro laboratorio que corresponden a ensayos realizados el 8 de febrero de 2010 y el 12 de febrero de 2010. Llama la atención de..., "además del baile de fechas, que ... no recoja en su alegación los resultados que aportaron las muestras 3, 4, 5 y 6 con claros fallos de adherencia, que pueden verse en el boletín de ensayo" (folio 2.319 del expediente).

Para el desarrollo de la obra se precisaba la colocación de un puente de unión, tal como contemplaba el proyecto, pero un puente de unión que se adaptara a las condiciones ambientales en las que se desarrollaba la obra (un medio acuoso), característica que no concurre en el utilizado por... No es cierto, a juicio de..., que ningún puente de unión pueda ser efectivo en el caso de que se produzcan filtraciones de agua antes y durante su aplicación y fraguado, salvo que se trate de un caudal importante continuo.

... considera que, en términos generales, la postura del contratista es contradictoria porque:

"-Oferta una obra que implica unas actuaciones de reparaciones especiales dentro del túnel y no hace ninguna alusión a unas supuestas condiciones ambientales que impiden, según sus alegaciones actuales, la completa ejecución.

-Efectúa una propuesta constructiva cuatro meses después de comenzar las obras de ejecución que supone un modificado sustancial económico para la obra y no establece ningún programa de trabajos en el que quede reflejada la problemática de filtraciones, ni siquiera como condicionante de ejecución.

-Propone y emplea durante el desarrollo de las obras productos que, como en el caso del..., solamente pueden ser empleados en seco como él mismo reconoce en las alegaciones" (folio 2.324 del expediente).

Trigésimo cuarto.- El día 18 de abril de 2012... solicitó al Ayuntamiento de Tudela la modificación del contrato para incluir dentro de su objeto las actuaciones previas de impermeabilización en superficie o,

alternativamente, su resolución por incumplimiento del ayuntamiento por suspender la obra por un plazo superior a ocho meses, por no pagar el precio pactado y por no modificar el contrato cuando era necesario hacerlo (folio 2.375 del expediente). Sus argumentos son, sustancialmente, los que ya han sido reflejados en páginas anteriores, alguna referencia nueva al proyecto inicial y la cita de preceptos legales relativos a la resolución del contrato.

Trigésimo quinto.- El día 16 de mayo de 2012, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tudela resolvió incoar expediente encaminado a la resolución del contrato administrativo de la obra "Reparación de la estructura de cubrimiento del río Queiles en Tudela" y la incautación de la garantía definitiva por importe de 532.000 €. Se otorga a... y a... (por los efectos sobre la fianza) un plazo de audiencia de 10 días naturales (folio 2.436 del expediente).

Se acordó asimismo en la resolución del Alcalde solicitar a... la entrega del libro de órdenes de la obra y encomendar a... la adaptación del proyecto al estado actual de la obra, consignándose con cargo a... el coste de la adaptación. Finalmente, se desestiman las alegaciones y peticiones formuladas por... y... con anterioridad a este acto.

Trigésimo sexto.- En mayo de 2012... hizo uso de su derecho a formular alegaciones frente al acuerdo acabado de mencionar, reiterando los argumentos y manifestaciones efectuadas en anteriores escritos y solicitando el sobreseimiento del expediente de resolución por incumplimiento del contratista así como la resolución del contrato por causas imputables a la Administración, el abono a... de la cantidad de 580.909,58 € en concepto de cantidades pendientes de pago por obra ejecutada, lucro cesante, materiales inservibles y costes de paralización de la obra (reverso del folio 2.519 del expediente).

Junto con el escrito de alegaciones presentó el libro de órdenes de la obra.

Trigésimo séptimo.- También se ha incorporado al expediente el informe de adaptación del proyecto de reparación de estructura de cubrimiento del río Queiles, elaborado por... en cumplimiento de la orden de la alcaldía.

Trigésimo octavo.- En fin, el Ayuntamiento de Tudela ha elaborado la propuesta de resolución sometida a informe de este Consejo de Navarra, que obra en el expediente.

Trigésimo noveno.- El Consejo de Navarra, en uso de la facultad que le otorga el artículo 22 de la LFCN, adoptó el acuerdo de prorrogar el plazo para emitir este dictamen, en la sesión celebrada el día 3 septiembre de 2012.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta formulada por el Ayuntamiento de Tudela a través de la Presidenta del Gobierno de Navarra somete a dictamen del Consejo de Navarra la resolución del contrato de obra suscrito entre dicho ayuntamiento y la mercantil... para "Arreglo de estructura del cubrimiento del río Queiles".

El artículo 16.1.j) de la LFCN dispone que será preceptivo el dictamen del Consejo de Navarra en "cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra". Esta remisión, en el momento en que se efectuó, reenviaba al artículo 23 de la entonces vigente Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, cuyo apartado 2 decía que "Será preceptivo el informe del Consejo de Estado en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista..."

El artículo 124.2 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP) no contiene una norma similar a la del citado artículo 23, pero, al determinar el procedimiento para la resolución de los contratos administrativos, dice, en su letra e), que precederá dictamen del

Consejo de Navarra, cuando sea preceptivo, de acuerdo con su legislación específica.

La necesidad de dar un contenido a la remisión del art. 124.2 de la LFCP, unida a su interpretación sistemática con el resto de los preceptos citados o – dicho de otro modo- la interpretación histórica de la remisión contenida en el artículo 124.2 de la LFCP nos lleva a considerar que el dictamen del Consejo de Navarra sigue siendo preceptivo en aquellos casos previstos por la Ley Foral 10/1998. En otras palabras, el art. 124.2 de la LFCP no ha alterado el régimen jurídico precedente sobre la materia que ahora nos ocupa, sino que ha asumido como propio el contenido que ya tenía el artículo 16 de la LFCN mientras estuvo vigente la Ley Foral 10/1998. De otro modo, el artículo 124.2 de la LFCP sería un precepto sin contenido y, como es sabido, el intérprete debe evitar en cuanto sea posible cualquier conclusión que deje vacío de sentido un precepto legal.

Por otra parte, esta interpretación es concorde con lo dispuesto por el artículo 211 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Este artículo es de carácter básico y establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución de contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista. Aunque la competencia de Navarra sobre la contratación es de carácter foral y no todas las normas básicas estatales rigen en la Comunidad Foral, el paralelismo entre nuestra interpretación de la LFCP y la normativa básica estatal es un argumento más en apoyo del carácter preceptivo del dictamen.

Por lo tanto, en el presente caso, al existir expresa oposición del contratista a la resolución contractual, el Consejo de Navarra emite dictamen de carácter preceptivo.

II.2ª. Legislación aplicable

En virtud de su régimen foral, corresponde a Navarra la competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los

principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia [artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra].

Por razón del ente contratante y del objeto del contrato, resulta aplicable al caso la legislación foral de régimen local en materia de contratación administrativa, constituida principalmente por los artículos 224 a 232 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local de Navarra (en lo sucesivo, LFAL), en la redacción dada por la Ley Foral 1/2007, de 14 de febrero. En lo que ahora interesa, “los contratos que celebren las entidades locales de Navarra se ajustarán al régimen legal aplicable a las Administraciones Públicas de Navarra, con las especialidades que se contienen en esta Ley Foral” (artículo 224.1 LFAL) ostentando el órgano local competente la prerrogativa de resolución de los contratos administrativos, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley (artículo 227.2 LFAL). La misma conclusión se desprende del artículo 2.1.c) de la LFCP que somete a las disposiciones de dicha ley foral a las Entidades Locales de Navarra y sus Organismos Autónomos con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local.

II.3ª. Tramitación

El presente procedimiento ha sido tramitado por el Ayuntamiento de Tudela, ajustándose a las determinaciones del artículo 124.2 de la LFCP que exige la audiencia del contratista durante un plazo de diez días, cuando el procedimiento se incoe de oficio, audiencia durante el plazo de diez días de los demás interesados, incluida la del avalista o asegurador cuando se proponga la incautación de la fianza, e informe de los servicios jurídicos del órgano de contratación.

Por otra parte, se ha facilitado a este Consejo expediente en el que se contiene documentación expresiva de las circunstancias relativas a la ejecución del contrato y al incumplimiento imputado a la empresa contratista, reflejando el expediente las posiciones que mantienen la Administración

municipal y la empresa adjudicataria sobre la resolución pretendida y el incumplimiento imputado.

Asimismo, se formula propuesta de resolución en la que se ponderan las circunstancias y razones que llevan a la decisión de resolver el contrato con los efectos señalados en el artículo 125.3 de la LFCP.

Finalmente, la solicitud de resolución por incumplimiento de la Administración y la interposición de recursos por la empresa contratista frente a determinados actos en el ámbito contractual no imposibilita la incoación de este procedimiento de resolución del contrato, ya que aquellos se refieren a otros actos y no consta resolución judicial que impida la tramitación de este expediente.

II.4ª. La resolución del contrato

Como se ha dicho ya, en el presente caso es de aplicación la LFCP, cuyo artículo 124 enumera las causas de resolución de los contratos administrativos, incluyendo entre ellas, en lo que aquí concierne “el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales” (letra l) y “las que se establezcan expresamente en el contrato” (letra m).

En el presente supuesto, el pliego dispone que el plazo total de ejecución de las obras hasta la completa finalización de los trabajos, contados a partir de los 15 días siguientes a la fecha del acta de replanteo e inicio de las obras, es el señalado en el anexo 1, es decir 8 meses contados -dice la cláusula tercera del contrato- a partir del día siguiente al de la firma del acta de comprobación del replanteo.

En la cláusula 4ª del pliego se prevé una indemnización por demora de 142,74 euros por cada día de retraso en la ejecución estableciéndose de forma expresa, además de todo lo expuesto, que "cuando las penalidades por demora alcancen el 20% del importe del contrato, el órgano de contratación está facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades”.

Este Consejo (por todos, dictamen 39/2008, de 27 de octubre) viene exigiendo para la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento del contratista que concurren las condiciones siguientes:

1º El incumplimiento del contratista.

2º Este incumplimiento ha de referirse a cláusulas esenciales, esto es, relevantes y significativas, del contrato administrativo.

3º Debe existir una voluntad rebelde al cumplimiento por parte del contratista para lo que han debido existir requerimientos de la Administración al cumplimiento; y

4º La carga de la prueba de los incumplimientos imputados y de la resistencia al cumplimiento por el contratista corresponde a la Administración.

En suma, la medida de resolución del contrato ha de reservarse para las situaciones extremas de incumplimiento con entidad suficiente y sobre aspectos sustanciales del contrato (dictamen 3/2001, de 19 de febrero de 2001).

En consecuencia, para pronunciarnos sobre la procedencia de la resolución del contrato debemos considerar si concurre un incumplimiento notorio y grave de la empresa contratista, que afecte a las obligaciones contractuales esenciales y, entre éstas, aquellas fijadas expresamente en el pliego de condiciones regulador del contrato; que además dicho incumplimiento signifique una manifestación de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento; y, por último, que previamente a la resolución contractual propugnada hayan existido los necesarios y previos requerimientos por parte de la Administración.

En relación con el plazo existen, no obstante, preceptos específicos de la LFCP, que deben ser considerados a efectos de este dictamen. De una parte, el artículo 102 de la LFCP contempla la posibilidad de que el pliego de cláusulas administrativas establezca penalidades por incumplimiento del

contratista y, en particular, debe ser objeto de penalización el incumplimiento de los plazos para la ejecución del contrato.

Por otra parte, el artículo 103 de la LFCP dice lo siguiente:

“1. El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo así como de los parciales señalados para su ejecución sucesiva.

2. Cuando por causas imputables al contratista éste hubiera incurrido en demora respecto de los plazos parciales, de tal forma que haga presumir racionalmente la imposibilidad de cumplimiento del plazo final, o éste 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 la siguiente escala:

(...)

3. En los casos en que el pliego de cláusulas administrativas particulares determine que los plazos son esenciales y cuando el contrato tenga un término o fecha fija de cumplimiento, el incumplimiento de los plazos o del término determinará la resolución culpable del contrato y la indemnización de daños y perjuicios a la Administración.

(...)

5. La constitución en mora del contratista será automática sin necesidad de intimación previa de la Administración.”

A la vista de los antecedentes resulta claro que se han producido retrasos en la ejecución del contrato, pues ésta debería haber estado concluida en enero de 2010. Sin embargo, concurren en el caso circunstancias especiales que obligan a ponderar el incumplimiento de la empresa contratista para determinar su gravedad y, en su caso, su imputabilidad a...

Podemos distinguir, a tal efecto, los periodos en los que se ha producido el retraso o la paralización de la obra. Una primera etapa es la que se desarrolla entre el comienzo de las obras y el 2 de agosto de 2010. En este período se pueden diferenciar, a su vez, otros dos subperíodos delimitados por el día 24 de noviembre de 2009 cuando, tras la eliminación del puente de unión a propuesta de..., la dirección de obra comunicó al Ayuntamiento de Tudela la paralización, justificándola en que el material de reparación aplicado tiene una adherencia deficiente sobre la superficie reparada, apreciándose abombamiento del material en algunas zonas. Entonces se decidió hacer los ensayos pertinentes para determinar las zonas afectadas por esta mala adherencia y actuar en consecuencia, una vez determinada la superficie que habría que levantar y volver a reparar.

Ciertamente, las condiciones ambientales dificultaban la ejecución de los trabajos y la empresa constructora llegó a solicitar un aplazamiento del fin de obra hasta el día 31 de marzo de 2010, es decir, aproximadamente dos meses después de la fecha prevista inicialmente.

Sin embargo, el retraso no puede imputarse solamente a las lluvias y crecidas del río, tal como se deduce del informe de..., de 2 de febrero de 2010, que sólo consideró justificada una prórroga de tres semanas del plazo de finalización de las obras. Esta apreciación técnica de la dirección de obra, en virtud de la cual se considera parcialmente responsable del retraso a la contratista, se confirma por el informe emitido por ... donde se constata que desde que se firmó el acta de replanteo (12 de mayo de 2009) hasta la fecha inicialmente prevista para la terminación de las obras (12 de enero de 2010), el contratista perdió los tres primeros meses completando el Plan de Seguridad y Salud y sin abordar durante ese tiempo el procedimiento de ejecución y los materiales a emplear, que corresponden a una propuesta del 15 agosto 2009. Según consta en el expediente, la aplicación de los morteros comienza el día 15 de octubre de 2009, después de cinco meses en los que se mantuvo la obra de reparación parada.

Según el criterio técnico de ... no existió motivo que impidiese la ejecución de los trabajos entre los días 12 de mayo de 2009 y 24 noviembre

2009 en que la obra quedó parada a causa de los problemas de adherencia repetidamente mencionados. Las lluvias y crecidas dificultaron pero no impidieron totalmente, según ..., la continuación de la actividad.

Desde el 12 de enero de 2010 al 2 agosto 2010 "la obra –dice ...- entra en una fase confusa de petición de aumento de plazos e informes cruzados, en la que la obra se encuentra parada". En este período conviene destacar que la Junta de Gobierno Local, en sesión de 16 de abril de 2010, acordó abrir un expediente de penalización por haber incurrido la empresa en una demora mayor de tres meses en la terminación de las obras. Este expediente concluyó con un acto administrativo dictado el día 1 de octubre de 2010, en virtud del cual se impuso a... una penalidad por demora de 28.833,48 € correspondiente a 202 días de los meses transcurridos entre el 31 de marzo y el 30 de septiembre de 2010 (reverso del folio 1.350 del expediente). El acuerdo de imposición de la penalidad se encuentra en situación de litispendencia.

El 2 agosto 2010 se reanudaron los trabajos y el ayuntamiento consintió en una prórroga hasta el día 31 diciembre 2010 (acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 1 de octubre de 2010). En esta segunda fase de ejecución pronto comenzaron a detectarse nuevos retrasos, tal como se desprende del informe de la dirección de obra de 7 octubre 2010. El Ayuntamiento de Tudela ha expresado repetidamente su preocupación por el retraso en la ejecución de las obras instando a la empresa contratista a agilizar los trabajos sin que, a la vista del expediente, estos requerimientos hayan tenido resultados apreciables. Por este motivo, la Junta de Gobierno Local volvió a instruir otro expediente de imposición de penalidades por retraso en su sesión de 1 de abril de 2011.

... ha alegado en diversas ocasiones que la causa de los retrasos reside en filtraciones de agua de la superficie urbanizada encima del túnel que deberían haber sido resueltas previamente a la celebración o ejecución de este contrato. Está alegación no es atendible porque, de un lado, ... debió conocer el proyecto y las condiciones en que la obra debería desarrollarse en el momento en que concurrió con su plica a la oferta de contrato,

sometido al principio de riesgo y ventura del contratista, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 98 de la LFCP. Y, por otra parte, en los informes técnicos que han sido incorporados al expediente se dice claramente que las humedades y filtraciones han podido dificultar la ejecución de la obra pero en absoluto impedirla totalmente.

A partir de lo expuesto hemos de pronunciarnos sobre si los retrasos imputables al contratista son jurídicamente causa suficiente para resolver unilateralmente el contrato por la Administración.

De acuerdo con la legislación aplicable, cuando el contrato tenga un término o fecha fija de cumplimiento el incumplimiento del término determinará la resolución culpable del contrato y la indemnización de daños y perjuicios a la Administración (artículo 103.3 de la LFCP).

En contra podría alegarse que en ese mismo precepto se establecen los mismos efectos para el caso de que el pliego de cláusulas administrativas particulares determine que los plazos son esenciales, cosa que en nuestro caso no ocurre. Sin embargo, entendemos que se trata de dos supuestos distintos y que, existiendo término o fecha fija de cumplimiento no es necesario que en el pliego se haya establecido el carácter esencial del plazo.

También podría argumentarse que el pliego de cláusulas administrativas particulares por las que se rige este contrato establece, de forma expresa, otros efectos distintos en caso de retraso en la ejecución: nos referimos a las penalidades previstas en la cláusula 4ª del pliego. Este pacto obliga a plantear el problema de si la presencia de la penalidad enerva la aplicación a nuestro caso de la causa de resolución del artículo 124.1.I) de la LFCP (incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales), por existir una causa específica en la letra g) del mismo precepto consistente en que "las penalidades por demora alcancen el 20% del importe del contrato", lo cual no ha ocurrido en el caso que examinamos.

En nuestra opinión, se trata de causas distintas y compatibles entre sí porque el propio artículo 124 de la LFCP enumera como causas diferentes la

falta de ejecución en plazo cuando este tenga carácter esencial y las penalidades por demora que alcancen el 20% del importe del contrato. Además de eso, el artículo 103 de la LFCP, que regula las penalidades, también establece en su apartado tercero la facultad de resolución unilateral por incumplimiento de los plazos cuando el contrato tenga un término o fecha fija.

Está demostrado, en el presente caso, que tanto el plazo fijado inicialmente como las dos sucesivas prórrogas concedidas a... no han sido respetados. La Administración ha instado repetidamente a la empresa contratista que agilizase las obras y las terminase en plazo. En la nota elaborada por... el día 19 de diciembre de 2011, diez días antes de la finalización del plazo prorrogado, se puede leer que *"en la actualidad la obra no tiene actividad como consecuencia del abandono de las obras de forma indefinida por parte del Contratista... La obra está abandonada totalmente, no hay casetas de obra, maquinaria, etc., ni elementos de seguridad que delimiten la zona de obra, por lo que cualquier individuo puede acceder a la zona de trabajo"*.

El día 16 de mayo de 2012, fecha en que el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Tudela decidió incoar el expediente encaminado a la resolución del contrato administrativo, habían transcurrido ya cuatro meses y medio desde la fecha de finalización de la última prórroga.

Una vez acreditado el incumplimiento de la empresa contratista respecto de un elemento que legalmente puede considerarse causa de resolución unilateral del contrato, podemos añadir que concurren además los requisitos que el Consejo de Navarra viene considerando necesarios para la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento del contratista. El expediente administrativo facilitado acredita los reiterados requerimientos formulados por la Administración en orden a conseguir el efectivo cumplimiento por la empresa contratista de su obligación de ejecutar la obra. En otras palabras, se ha probado que existe una voluntad rebelde al cumplimiento por parte del contratista y el incumplimiento afecta a una de las condiciones relevantes del contrato.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 125 de la LFCP, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. Además, 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 y, si resultasen insuficientes, la Administración podrá resarcirse a través de los mecanismos establecidos para los ingresos de Derecho público.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que procede acordar la resolución del contrato de obra suscrito por el Ayuntamiento de Tudela y la mercantil... para "arreglo de estructura del cubrimiento del río Queiles", por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la fianza para aplicarla, en la medida necesaria, a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.