

<p>Expediente: 34/2012 Objeto: Resolución de contrato de obras. Dictamen: 45/2012, de diciembre</p>
--

DICTAMEN

En Pamplona, a 27 de diciembre de 2012,

el Consejo de Navarra, integrado 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 Alfredo Irujo Andueza,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

La Presidenta del Gobierno de Navarra, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo de Navarra el 16 de octubre de 2012, dio traslado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19.3, en relación con el artículo 16.1, de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, (en adelante, LFCN), de la solicitud de dictamen preceptivo de este Consejo, formulada por el Ayuntamiento de Ablitas, sobre expediente de resolución de contrato de contrato de obras suscrito con... para la renovación de pavimentación y red de pluviales en calle Puente de las Espinillas de Ablitas.

A la petición de dictamen remitida por el Ayuntamiento de Ablitas se acompaña el expediente tramitado por dicho Ayuntamiento, que ha sido completado, a solicitud de este Consejo con documentación complementaria remitida por la Presidenta del Gobierno de Navarra mediante escrito de fecha de 12 de noviembre de 2012.

I.2ª. Antecedentes de hecho

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

Primero.- Con fecha de 21 de noviembre de 2011 se suscribió entre el Ayuntamiento de Ablitas y... un contrato de obras para la “renovación de la pavimentación y redes pluviales de la calle Puente de las Espinillas” de Ablitas, con sujeción al pliego de condiciones particulares aprobado por acuerdo plenario de 1 de agosto de 2011 y al proyecto técnico correspondiente.

El precio del contrato ascendía a 114.710,74 euros, IVA excluido, siendo el plazo de ejecución de cuatro meses.

Por parte de..., se constituyó una fianza definitiva por importe de 4.588,43 euros.

Segundo.- Con fecha de 29 de noviembre de 2011 se levantó el acta de replanteo de las obras, que fue suscrita por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento, representante de la empresa contratista y dirección de las obras.

Tercero.- Con fecha de 22 de marzo de 2012,... solicitó una prórroga de un mes para la ejecución de las obras contratadas, o lo que es lo mismo, hasta el 29 de abril de 2012. Se motivaba la solicitud en “la ejecución de trabajos no contemplados en proyecto” o “para mejorar los servicios de la Mancomunidad”, en las dificultades para realizar algunas partidas “dado la existencia de otros servicios afectados”, en la “tardanza en la entrega de alguno de los materiales a utilizar”, en el “inicio lento de la obra”, en la “realización del saneado del terreno”, en “indefiniciones del proyecto” y en “modificaciones de última hora”.

Cuarto.- Con fecha de 24 de abril de 2012, la contratista presentó un escrito en el Ayuntamiento de Ablitas en el que indicaba que la Mancomunidad de Aguas del Moncayo le había solicitado presupuesto para la ejecución del colector de fecales, que se había remitido y que se estaba

pendiente de su aprobación. Manifestaba que desde el 13 de abril el personal asignado a la obra se encontraba paralizado y solicitaba la paralización temporal de los trabajos.

Quinto.- El 2 de mayo de 2012, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Ablitas remitió a la contratista un correo electrónico en el que señalaba la preocupación de la Alcaldía por la seguridad en la obra paralizada, ya que no había personal de vigilancia y la protección no era adecuada (se hacía con palés rotos). Solicitaba la adopción de medidas de seguridad. En otro orden de cosas señalaba la conveniencia de continuar con las obras de renovación de la red de saneamiento, “ya que se había alcanzado acuerdo con la M. de Aguas del Moncayo, y nos han indicado que están pendientes de que formalicen la documentación correspondiente y no pueden ponerse en contacto con Vds.” El correo consta como “leído” con esa misma fecha.

Sexto.- Con fecha de 22 de mayo de 2012, la Alcaldía del Ayuntamiento de Ablitas volvió a remitir un correo electrónico a la empresa contratista en la que se hacía eco de la paralización de las obras desde el día 13 de abril de 2012, “a causa de las negociaciones de esa empresa con la Mancomunidad de Aguas del Moncayo para realizar la renovación del saneamiento”, se señalaba que el Ayuntamiento no ponía inconvenientes para llevar a cabo tales obras de la Mancomunidad, pero estimaba que “ha transcurrido un tiempo más que suficiente para poder haber llegado a un acuerdo y la excesiva tardanza está causando ya graves trastornos a la seguridad de las mismas, con vallas caídas, tapas de registros sin sujeción, etc.”. Por tanto -seguía la misiva- “les requerimos para que continúen sin más demora con la obra municipal, ya que de lo contrario nos veremos obligados a adoptar las medidas que establece para estos casos la Ley Foral de Contratos Públicos.” El correo en cuestión consta como “leído” el 23 de mayo de 2012.

Séptimo.- Mediante correo electrónico de 28 de mayo de 2012 (“leído” por el destinatario con esa misma fecha), el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Ablitas manifestó a la empresa contratista que de conformidad con el correo anterior, así como teniendo en cuenta la posterior

conversación telefónica mantenida con el gerente de la empresa, en la que se manifestó que el 28 de mayo se continuarían las obras, lo que no se había cumplido, con cita de los artículos 102 y 103 de la Ley Foral de Contratos Públicos, se requirió a... para que “de forma inmediata, continúe con la ejecución de las obras... que le fueron adjudicadas por el Ayuntamiento, ya que en caso contrario, se iniciará el procedimiento de rescisión del contrato, con arreglo a lo establecido en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio de Contratos Públicos. (Se estima que el plazo perentorio o inmediato es de no más de tres días)”.

Octavo.- Con fecha de 31 de mayo de 2012, el Secretario del Ayuntamiento de Ablitas dirigió un nuevo correo electrónico a la empresa contratista en el que textualmente señalaba que “hemos tenido noticias de que se ha producido un cambio en la Dirección o en los responsables de esa empresa. Les rogamos nos indiquen a la mayor brevedad las previsiones que tienen para la obra del Ayuntamiento de Ablitas.” El correo consta como “leído” en esa misma fecha.

Noveno.- Con fecha de 28 de junio de 2012 tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Ablitas un escrito o “notificación oficial” de la empresa contratista, fechado el 5 de junio de 2012, en el que comunicaba los cambios sufridos en su estructura:

“El día 25 de mayo de 2012... (los) anteriores Gerentes, vendieron las participaciones que poseían y cesaron en su cargo de administradores, pasando ésta a formar parte de un grupo inversor y procediendo al nombramiento como Administrador Único de D...

Queremos aprovechar la ocasión para agradecerles la confianza depositada en nosotros, la paciencia y buena fe demostrada e informarles que en un periodo corto de tiempo las obras continuarán a buen ritmo y procederemos a entablar reuniones para aclarar temas pendientes.”

Interesa resaltar que antes de la entrada oficial de este escrito en el Registro General del Ayuntamiento, aunque ya conocido por éste el cambio

en la administración de la contratista, se remitió a ésta, con fecha de 6 de junio de 2012, un correo electrónico en el que se señalaba que se estaba a la espera de la pronta reanudación de las obras y se solicitaba personal de la empresa para efectuar, al menos, las labores de mantenimiento exigidas por la seguridad. Consta la recepción del correo, con esa misma fecha.

Décimo.- El 15 de junio de 2012, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Ablitas remitió un correo electrónico a la contratista, en el que se indicaba que no se habían recibido noticias y se le comunicaba que “si no reanudan las obras de forma inmediata o formulan un nuevo calendario de ejecución para su aprobación por este Ayuntamiento, iniciaremos los trámites para la rescisión del contrato”. Consta la lectura del mensaje con esa misma fecha.

Undécimo.- Con fecha de 31 de julio de 2012, comparecieron en el lugar de las obras el Alcalde-Presidente y el Secretario del Ayuntamiento, juntamente con el técnico ingeniero director de las obras y redactaron y suscribieron el acta siguiente, a la que se unen doce fotografías:

“.- El Ingeniero Director reitera que desde el día 26 de Abril de 2012 no hay personal ni maquinaria en la obra. Hoy comprobamos que tampoco hay ni maquinaria, ni personal alguno en la obra.

.- Desde el día 26 de Abril hasta hoy fecha 31 de Julio de 2012, no ha habido nadie de la empresa... en la obra, a excepción de un día de Junio que apareció un operario por la obra.

.- Las medidas de seguridad, con el paso del tiempo y aún a pesar de los trabajos realizados por la brigada del Ayto. de Ablitas, se van deteriorando poco a poco, aun cuando la empresa... debiera seguir realizando los trabajos de conservación y mantenimiento de las medidas de seguridad de la obra, sin excusa ni objeción alguna, actuaciones que sin embargo la empresa... no está realizando.

.- Las casetas de obra que... había colocado, ya no están en la obra, se las han llevado.

.- Todos los esfuerzos que se han realizado hasta la fecha de hoy por parte de la Dirección de la obra y del Ayto. de Ablitas para que... continúe las obras, han sido infructuosos, siéndonos últimamente imposible contactar ni con el teléfono fijo de la empresa..., ni con los móviles del gerente, jefe de obra, ni otras personas relacionadas con la obra.”

Duodécimo.- Por Resolución de 3 de agosto de 2012, del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Ablitas, a la vista de la situación de las obras, que deberían haber sido finalizadas el 29 de marzo de 2012 o, al menos, el 29 de abril de 2012, resultando que llevaban paralizadas, al menos, desde el 26 de abril de 2012, y que durante todo este tiempo habían estado abandonadas y con claro incumplimiento de las medidas de seguridad de las obras, sin que se hubieran atendido los requerimientos cursados, considerando lo establecido en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, especialmente en su artículo 102 (penalidades por incumplimiento) y en el artículo 103.2 (incumplimiento de plazos), considerando igualmente lo establecido en el artículo 139 de la misma ley foral (desistimiento expreso o tácito de las partes), a la vista del acta de 31 de julio de 2012, considerando, asimismo, la incidencia de las obras en los accesos a servicios esenciales (farmacia, consultorio médico, centro de jubilados), así como la necesidad de adoptar las medidas imprescindibles para garantizar el uso de la vía pública, se acordó:

“1.- Iniciar el trámite de resolución del contrato de ejecución de las obras... por las causas recogidas en la parte expositiva de la presente, sin perjuicio de la reclamación de los daños y perjuicios causados por el contratista.

2.- Conceder a..., un plazo de 10 días para que pueda efectuar cuantas alegaciones estime oportunas.

3.- Conceder igualmente un plazo de 10 días a la entidad..., con... domicilio en... Gibraltar, entidad que prestó la garantía definitiva, al objeto de que pueda igualmente efectuar las alegaciones que estime oportunas.

4.- Encomendar a la Dirección de Obra que establezca las medidas de seguridad oportunas para garantizar la seguridad de las obras y para paliar los efectos de las obras en los usuarios.

5.- Encomendar a la Dirección de Obra que efectúa la liquidación de las obras realmente realizadas por..., así como la estimación de los daños causados...

6.- La adjudicataria tendrá opción a la reanudación de las obras de forma real y efectiva, antes de que finalice el plazo anterior, con las penalizaciones e indemnizaciones que correspondan por incumplimiento de las condiciones del contrato.

7.- Una vez completado el expediente se dará cuenta al Pleno para adoptar el acuerdo definitivo que corresponda.

8.- Trasladar la presente a los interesados y a la Dirección de la Obra..."

La precedente resolución se notificó por correo certificado a la contratista con fecha de 10 de agosto de 2012 y a la avalista el 17 de agosto de 2012, si bien consta la remisión adelantada de la resolución mediante correo electrónico el mismo día 3 de agosto de 2012.

Decimotercero.- Con fecha de 10 de agosto de 2012, ... presentó en la Delegación del Gobierno en Andalucía un escrito de alegaciones en el que, entre otras cosas, manifestó que conforme a lo prevenido por el artículo 85 de la Ley de Contratos del Sector Público debieron serle notificados todos los requerimientos realizados en su día a la contratista, que debía ser resuelta la petición de prórroga formulada por la contratista y que no se había dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 222 de la Ley de Contratos del Sector Público y, por tanto, a realizar la comprobación, medición y liquidación de la obra: Terminaba solicitando que no se resolviese el contrato.

Decimocuarto.- En el informe del Secretario del Ayuntamiento de Ablitas de 3 de octubre de 2012 se puso de manifiesto, por lo que ahora interesa, lo siguiente:

- Por parte de Construcciones... no se ha formulado alegación alguna.
- La Ley de Contratos del Sector Público no es de aplicación en Navarra.
- De forma implícita está admitida la prórroga que en su día se solicitó al considerar como última fecha de finalización de las obras la del 29 de abril de 2012.
- El expediente de rescisión del contrato se ha iniciado con base, fundamentalmente, a lo dispuesto por el artículo 139 c) de la Ley Foral de Contratos Públicos, independientemente de que se pudieran aplicar otros motivos.
- Ese motivo no ha sido rechazado por la empresa contratista.
- Las argumentaciones de la empresa prestadora de la garantía no son de aplicación por basarse en normativa estatal o referirse a la liquidación de la obra realizada, que es una consecuencia de la resolución del contrato.
- Se estima que “un tema es la resolución del contrato, en el que, aparentemente no hay oposición por la adjudicataria” y otro “la liquidación de las obras, penalizaciones o indemnizaciones aplicables o exigibles, consecuencia del anterior que se sustanciaría de forma separada.”
- “Se puede estimar fundado que la empresa adjudicataria no muestra su oposición a la rescisión, a salvo de que discuta o se oponga a la liquidación de la obra o a las posibles penalizaciones o indemnizaciones que se exijan.”

- Por lo anterior, “dado que el art. 124 de la Ley Foral de Contratos Públicos establece que será necesario el dictamen del Consejo de Navarra, cuando sea preceptivo, de acuerdo con su legislación específica (art. 124.2e) y el art. 16 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, establece que se le debe consultar preceptivamente en los temas de interpretación, nulidad y resolución de convenios y contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista, se considera conveniente remitir el expediente en su estado actual y realizar la consulta al Consejo de Navarra para mayor seguridad jurídica.”

Decimoquinto.- En el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ablitas de 7 de noviembre de 2012 se valoraron las actuaciones del expediente tramitado, dándose cuenta de la no presentación de alegaciones por parte de la contratista, se trataron las alegaciones formuladas por,..., señalándose que los preceptos invocados por esta última, además de no resultar aplicables, estaban referidos a supuestos que no se daban en el presente caso, donde no había habido cambio de empresa, y donde lo que se había producido era un abandono de la obra. A juicio del Ayuntamiento concurría la causa de resolución establecida por el artículo 139 c) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra (en adelante, LFCP), al existir un desistimiento tácito de las obras que habían sido abandonadas; y, con invocación, además, de lo dispuesto por el artículo 103 de la LFCP, sobre el incumplimiento de los plazos del contrato, de lo señalado por el artículo 53 del pliego de condiciones, sobre incautación de la fianza en caso de resolución del contrato por culpa del contratista, de lo prevenido por el artículo 124 de la misma Ley Foral sobre la declaración de insolvencia del contratista –se había tenido conocimiento formal de la presentación de concurso voluntario con fecha de 25 de octubre de 2012-, se terminó por aprobar la siguiente propuesta de resolución:

“1.- Considerar rescindido el contrato de ejecución de las obras de “Renovación de pavimentación y red de pluviales de la C/ Puente de las Espinillas”, de Ablitas, adjudicadas a... por Acuerdo del Pleno del 7 de noviembre de 2011, por desistimiento tácito, según establece el art.

139 c) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra, rescisión que se considera producida además por culpa de la adjudicataria...

2.- Incautar la fianza definitiva a reserva de las responsabilidades y abono de daños y perjuicios en que, finalmente, haya incurrido la adjudicataria.

3.- La liquidación final de las obras, que se realizará una vez se haya realizado la nueva adjudicación, hará igualmente frente a las responsabilidades y abono de daños y perjuicios en que, finalmente, haya incurrido la adjudicataria.”

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Carácter no preceptivo del dictamen

La presente consulta formulada por el Ayuntamiento de Ablitas a través de la Presidenta del Gobierno de Navarra somete a dictamen del Consejo de Navarra la resolución del contrato de obra suscrito entre ese Ayuntamiento y... para la renovación de pavimentación y red de pluviales en calle Puente de las Espinillas de Ablitas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 16.1.j) de la LFCN, 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 Navarra en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.”

El artículo 124.2 de la 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 procederá dictamen

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

La necesidad de dar un contenido a la remisión del artículo 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 artículo 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 contenido 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 (en adelante, TRLCSP). 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 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 de la preceptividad del dictamen en los mencionados supuestos.

Queda por determinar, en consecuencia, si en el caso presente nos encontramos ante un caso asimilable al de oposición del contratista.

A juicio de este Consejo las posiciones de contratista y avalista, ni se confunden ni pueden confundirse. Cuando la ley ha querido referirse a este último lo ha hecho de manera clara y precisa. Así, cuando el artículo 124.2 de la LFCP habla del procedimiento de resolución del contrato, distingue

claramente entre ambas figuras para exigir, por una parte, la audiencia al contratista y, por otra, la audiencia al avalista o asegurador, sin que en la figura del contratista se incluya la del avalista. La jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado es, asimismo, clara al exigir en todo momento la audiencia tanto del contratista como del avalista, refiriéndose, específicamente, a ambos. Sin embargo, cuando el artículo 211 del TRLCSP se refiere a los supuestos de preceptividad del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, habla únicamente de la oposición del “contratista”, sin referencia alguna al avalista. Y lo mismo ocurría con el artículo 23.2 de la Ley Foral 10/1998, de 10 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra. En otras palabras, cuando la ley ha querido referirse al avalista lo ha hecho de manera clara y precisa, razón por la cual, no cabe considerar que el dictamen del Consejo de Navarra resulte preceptivo con la oposición, únicamente, del avalista, que sí debe ser tenido en cuenta en el expediente a los efectos del correspondiente trámite de audiencia, pero cuya oposición a la resolución del contrato carece de la virtualidad necesaria para exigir la intervención de este Consejo.

Dicho de otra manera, el avalista es parte interesada en el expediente de resolución del contrato y debe ser oído en ese expediente, pero su oposición no hace preceptivo el dictamen de este Consejo.

Como señala el Tribunal Supremo, por ejemplo, en sentencias de 16 de julio de 2002 y 30 de septiembre de 2003, “el único condicionante que excluye su intervención (se refiere al Consejo de Estado) en los supuestos de resolución contractual radica en el aquietamiento del contratista”, que es lo que, cabalmente, ha ocurrido en el caso presente.

No nos encontramos, por tanto, ante ninguno de los supuestos del artículo 16.1 de la LFCN, razón por la cual no procede dictaminar acerca de la resolución de contrato propuesta, que podrá ser directamente acordada, en su caso, por el Ayuntamiento al no existir oposición del contratista.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que no procede pronunciarse sobre la resolución por incumplimiento del contrato entre el Ayuntamiento de Ablitas y...

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.