

Expediente: 17/2013

Objeto: Resolución de contrato de obras denominado "Mejora hidráulica en el entorno del puente de Cuatrovientos".

Dictamen: 17/2013, de 27 de mayo

DICTAMEN

En Pamplona, a 27 de mayo de 2013,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Eugenio Simón Acosta, Presidente; doña María Asunción Erice Echegaray, Consejera-Secretaria, y los Consejeros doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don Alfredo Irujo Andueza, don José Antonio Razquin Lizarraga y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Alfredo Irujo Andueza,

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 2 de mayo de 2013, recaba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.3, en relación con el artículo 16.1, ambos, de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra, (en adelante, LFCN), la emisión con carácter urgente del dictamen solicitado por el Ayuntamiento de Pamplona, sobre expediente de resolución de contrato de obras denominado "Mejora hidráulica en el entorno del puente de Cuatrovientos".

I.2ª. Antecedentes de hecho

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

Primero.- Por acuerdo del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona de 25 de abril de 2011, se adjudicó a "...", por el procedimiento negociado sin publicidad, el contrato de obras denominado "Mejora hidráulica en el entorno del puente de Cuatrovientos", por un total de 246.201,40 euros IVA incluido (208.645,25 € más IVA al 18%).

Segundo.- De acuerdo con el pliego de condiciones administrativas esenciales económicas, jurídicas y técnicas rectoras del procedimiento de adjudicación, el proyecto de obras a ejecutar estaba recogido en el correspondiente documento técnico denominado "Proyecto de ejecución de mejora hidráulica del río Arga en el entorno del puente de Cuatro Vientos", redactado por "... y "..., financiado en un 70% por el Departamento de Desarrollo Rural, Industria, Empleo y Medio Ambiente.

Destacamos de ese mismo pliego las siguientes condiciones:

1. El precio de licitación era de 323.150 euros, IVA excluido (condición 2).
2. El plazo de duración de la obra era de cuatro meses contados desde la firma del "Acta de comprobación del Replanteo e Inicio de obra", señalándose expresamente que el incumplimiento en el plazo de ejecución sería sancionado de conformidad con lo dispuesto en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), "que incluye la resolución culpable del contrato, sin perjuicio de la indemnización en su caso de los daños y perjuicios causados, uno de los cuales, en este caso, sería la pérdida de la percepción por parte del Ayuntamiento de fondos de financiación del Departamento de Desarrollo Rural, Industria, Empleo y Medio Ambiente del Gobierno de Navarra" (condición 3).
3. Conforme a la condición 15, era de "aplicación lo previsto en los artículos 105 a 109, ambos inclusive, de la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos", siendo obligatorias para el adjudicatario las modificaciones en el contrato que supusieran aumento, reducción o supresión de parte del mismo.

4. En cuanto a la resolución del contrato, la condición 18 se remitía a las del artículo 124 de la LFCP, añadiendo que “cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del adjudicatario será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. En el supuesto de incumplimiento en los plazos de ejecución del contrato uno de los daños a indemnizar sería la pérdida de la percepción por parte del Ayuntamiento de la subvención aprobada para realizar esta obra”. “Será causa de resolución del contrato con sanción y pérdida de la fianza el abandono manifiesto del trabajo por parte del adjudicatario, respondiendo éste además de los perjuicios que origine”.
5. Vuelve a insistir en la posible pérdida de la percepción de la citada suspensión la condición 21 al señalar que “en el supuesto de incumplimiento en los plazos de ejecución del contrato uno de los daños a indemnizar sería la pérdida de la percepción por parte del Ayuntamiento de la subvención aprobada para realizar la obra”.
6. Como condiciones técnicas, se precisa que “debido a la probable presencia de visón europeo no se podrá realizar el movimiento de tierras en la zona del cauce y márgenes, en la época comprendida entre el 1 de abril y el 30 de agosto”. Se avisa, asimismo, de la necesidad de coordinación con el adjudicatario de las obras del parque de Trinitarios y de la de adoptar las medidas y recomendaciones ambientales trasladadas desde el Departamento de Medio Ambiente del Gobierno de Navarra, sin que ello genere derecho a indemnización alguna.

Tercero.- En el informe de vigilancia ambiental del Área de Urbanismo, Vivienda y Medio Ambiente, Agenda 21 Local, del Ayuntamiento de Pamplona, de fecha 27 de junio de 2012, se daba cuenta de la autorización recibida del Jefe de la Sección de Restauración de Riberas y Obras Hidráulicas del Gobierno de Navarra, con el visto bueno del Director del Servicio de Aguas, para realizar en determinadas condiciones actuaciones

puntuales entre el 1 de abril y el 30 de agosto, y se señalaba que no se habían encontrado encames o madrigueras de visón europeo y que los rastros eran muy escasos.

Cuarto.- Con fecha de 5 de julio de 2012 se levantó el acta de comprobación del replanteo y autorización del inicio de la obra, suscrita por la dirección de las obras, el representante de la contrata y por la promoción, haciéndose constar, entre otros, el siguiente extremo: “El Director de la obra ordena el comienzo de la misma y el Contratista queda enterado, teniendo el plazo de ejecución indicado en el contrato y comenzando a contar desde el día de la fecha (cuatro meses). En todo caso los trabajos deberán quedar acabados para el 2 de Noviembre de 2012”.

Quinto.- Con fecha de 19 de octubre de 2012, la dirección técnica de las obras presentó ante la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona una propuesta de modificación del proyecto, en la que se señalaba que en el transcurso de la obra habían sido bastantes los elementos que se habían ido descubriendo que obligaban a reconsiderar las distintas soluciones del proyecto. Así, se aludía a las cimentaciones aparecidas bajo las soleras de “...”, a la necesidad de recortar las dimensiones de la “isla” para ajustarlas al remate de un muro descubierto, a los elementos descubiertos dentro del canal, a las modificaciones que se planteaba introducir en el proyecto y a su valoración económica, que suponía un incremento de 6.083,10 euros en el presupuesto de ejecución material, ascendiendo a un total de 6.943,82 euros más IVA.

Esta propuesta fue favorablemente informada por la Gerencia de Urbanismo, señalándose que requeriría una ampliación del plazo de ejecución de tres semanas, hasta el 23 de noviembre de 2012.

En consecuencia con lo anterior, el Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona aprobó, con fecha de 30 de octubre de 2012, la modificación al proyecto y concedió la citada ampliación de plazo, lo que fue debidamente notificado a la empresa contratista.

Sexto.- Con fecha de 8 de noviembre de 2012 se suscribieron entre la empresa contratista, la dirección de las obras y la propiedad, tres actas de precios contradictorios, referidas, respectivamente, a la “retirada de turbinas en canal”, al “extendido material granular 40-80 en canal” y a la “valla acero plastificado”, previos los correspondientes informes de la dirección de las obras.

El Consejo de la Gerencia de Urbanismo, con fecha de 28 de noviembre de 2012, aprobó tales precios contradictorios -que suponían, juntamente con el incremento de mediciones, un aumento del monto económico de la obra de 40.178,63 € más IVA según informe de los servicios técnicos de la Gerencia de Urbanismo de 22 de noviembre de 2012-, así como el consiguiente incremento del gasto.

Séptimo.- Como incidencia en la ejecución de la obra se refleja en el informe de noviembre de 2012 de la dirección técnica de las obras, la aparición, bajo la superficie, de tierras contaminadas en las antiguas instalaciones de “...”, así como la propuesta de actuación que se realiza de forma consensuada con la Gerencia de Urbanismo, consistente en la continuación de la obra y la retirada de tierras a la zona de acopios, acelerando el ritmo de los trabajos.

Con relación a esta misma incidencia, en el informe de la Jefa del Servicio de Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Pamplona de 15 de noviembre de 2012, se concluye que la contaminación ha podido ser producida por vertidos o fugas de los depósitos de “...”, que el nivel de contaminación es mayor en el perímetro de la solera inferior de estos depósitos, que la contaminación se extiende sobrepasando el muro del límite de la parcela, afectando a las gravas del río, y que la excavación de este material tiene que realizarse de forma urgente para evitar una mayor contaminación.

Esa misma necesidad de actuación urgente es trasladada por parte del Servicio de Agua, Sección de Restauración de Riberas y Obras Hidráulicas del Gobierno de Navarra al Ayuntamiento de Pamplona, quien los traslada “a los efectos oportunos” a la contratista.

El informe de la Gerencia de Urbanismo de fecha 16 de noviembre de 2012 hace referencia al vertido contaminante y accidental producido el 9 de noviembre de 2012, causado por la existencia de una zona con importantes restos de residuos de origen petroquímico localizada en el entorno del punto donde se ubicaban los depósitos de gas oil de "...". Se entendía que esta circunstancia había afectado al natural desarrollo de la obra y que era necesaria una ampliación de plazo para poder realizar las labores para la excavación del material contaminado y por la afección al resto de actividades previstas. Por ello se propuso una ampliación del plazo de ejecución de tres semanas, hasta el 14 de diciembre de 2012.

Por acuerdo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona de fecha 21 de noviembre de 2012 se concedió la ampliación del plazo de ejecución "hasta el próximo día 14 de Diciembre de 2012".

Obra en el expediente un presupuesto de la empresa contratista, presentado en la Gerencia de Urbanismo con fecha de 18 de diciembre de 2012 en el que se presupuestan las "obras de emergencia de extracción y gestión de residuos petroquímicos" con inclusión de los siguientes conceptos:

- "Paralización por presencia de residuos petroquímicos": 1.743,03 €.
- "Ejecución de balsa 1ª e impermeabilización para residuo HC": 10.783,31 €
- "G.G. 10% + B.I. 5%": 1.878,95 €
- Total: 14.405,29 € más IVA.

Octavo.- Con fecha de 14 de diciembre de 2012, el Servicio del Agua, Sección de Restauración de Riberas y Obras Hidráulicas, remitió a la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona un escrito en el que señalaba que con fecha límite de 19 de diciembre de 2012 debía firmarse el acta de recepción provisional de las obras y presentarse ante ese Servicio la documentación exigida para el abono de la subvención concedida, en especial, "las certificaciones y facturas acreditativas del gasto realizado y

sus correspondientes justificantes de pago”, de forma que “de no cumplir dichas condiciones y después de dos prórrogas excepcionales, se avisa a dicho ayuntamiento que bajo su responsabilidad podrá perder la subvención concedida”.

Noveno.- Con fecha de 17 de diciembre de 2012 se remitió a la empresa contratista la certificación final de las obras, el acta del final de obra y el informe de obras pendientes con la valoración de las mismas, requiriéndose la presentación de la correspondiente factura por el importe que figura en la certificación.

Se certificaron obras por un importe (ejecución material) de 347.635,47 euros que, tras la aplicación de la correspondiente baja (35,434%), se reducían a 224.454,32 euros. Deducidos los pagos de las certificaciones anteriores quedaba un saldo de 164.596 euros más IVA, por cuyo importe se emitió la correspondiente factura por parte de la contratista.

Mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 2012 “...” manifestó que no estaba conforme con la certificación remitida, formulándose los siguientes reparos: Primero, que quedaba pendiente el abono por paralización de equipos debido a la presencia de residuos petroquímicos y a la elaboración de la balsa 1ª e impermeabilización para alojar dichos residuos por importe de 14.405,29 euros más IVA. Segundo, que la excavación de los mismos y la ejecución de catas ascendía a 4.176 euros más IVA. No obstante, se decía, como se reclamaba el pago de un importe superior y en el ánimo de no perjudicar los intereses de la Administración, cumpliendo el requerimiento remitido, se adjuntaba la factura por el importe de la certificación expedida.

Previo el correspondiente informe sobre la mencionada certificación de las obras, en el que se valoran las obras ejecutadas, con arreglo a los importes certificados, así como los trabajos no realizados, por acuerdo del Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona de fecha 19 de diciembre de 2012, se aprobó la cuarta certificación de las obras y se ordenó el pago correspondiente.

Décimo.- El acta de recepción de las obras, aunque fechada el 14 de diciembre de 2012, resultó firmada por la contratista el día 19 de diciembre de 2012. Consta en el acta lo siguiente:

1.- Que las obras “se han ejecutado conforme al proyecto aprobado y órdenes emitidas, presentando buen aspecto y encontrándose en adecuado estado de funcionamiento y aptas para el servicio a que se destinan, y por lo tanto en condiciones de ser recibidas a salvo de lo recogido en el informe de recepción”.

2.- “Que la Dirección de obra ha procedido a la revisión de la misma y ha emitido el correspondiente informe señalando los trabajos pendientes de completar, realizar, modificar o reparar. Se da un plazo de 15 días al Contratista para terminar los trabajos recogidos en el informe. (Se adjunta este informe al acta).”

3.- Que “existen tres años de garantía de obra”.

4.- “Los acopios de tierra vegetal depositados en la parcela municipal deben adecuarse a las condiciones exigidas por la dirección de obra (actas nº 6, 8, 9, 10, 11, 18, 21 y 23) retirando los escombros y residuos no utilizables en jardinería. Igualmente deberán eliminarse los caminos ejecutados para el tránsito de vehículos de obra en la zona oeste del puente de Cuatro Vientos, devolviendo el terreno a su estado original”.

5.- “Que el contratista desea que conste la siguiente OBSERVACIÓN al acta de recepción: hasta el momento se han ejecutado incrementos de unidades de obra cuyo importe alcanza el 14,3% del precio de adjudicación; los trabajos pendientes de realizar que se encuentran recogidos en el informe de recepción al que hace referencia el apartado 2 de la presente acta se valoran en 51.645,78 euros, lo que significará que tras su ejecución se habrá procedido a un aumento de las unidades existentes por importe del 40% del precio de adjudicación del contrato. Por tanto y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 105.3 y 124.1.i) LF 6/2006, de 9 de junio, la contratista desea hacer

constar su no conformidad con la ejecución de todas las unidades que se indican en el informe de recepción, y su voluntad de resolver el contrato en el momento en que el total de unidades ejecutadas supongan una alteración del precio en cuantía superior al 20% del precio de adjudicación”.

6.- A continuación, se incluye la siguiente manifestación que firma la contratista: “Se planificarán los trabajos pendientes y comenzará su ejecución a partir del 14/01/13 tras las vacaciones de Navidad”.

7.- Constan en el acta inicialmente preparada las firmas de todas las partes. Tras las manifestaciones referidas en los apartados 5 y 6 anteriores, la firma de la contratista.

Undécimo.- En el informe técnico unido al acta de recepción de las obras, elaborado por la dirección facultativa, se establecen las “cuestiones a completar, reparar y/o terminar”, de la siguiente forma:

“Accesos:

1.-Hay que proceder a la ejecución de todos los trabajos previstos en la zona de acceso al proyecto y que consisten en rematar las instalaciones previstas, demoler los pavimentos de hormigón y asfalto pendientes así como proceder a la pavimentación de toda la zona mediante asfaltado.

2.- Hay que terminar el zuncho de la entrada e instalar la pletina de remate proyectada.

3.- Hay que rematar el encuentro entre el adoquín y el muro del puente.

Puente Santa Engracia:

4.- Hay que limpiar y rejuntar el muro sobre la entrada del canal.

5.- Hay que desmontar los tubos metálicos que no se encontraban previstos e instalar la pletina superior para la línea de vida en trabajos de mantenimiento.

6.- Hay que cortar y ajustar la mira existente en el muro del molino para el control de crecidas.

Puente de Cuatro Vientos:

7.- Hay que rematar la barandilla tipo rivisa instalada en el extremo junto a santa engracia.

8.- Hay que acabar de limpiar y rejuntar el lienzo del puente de cuatro vientos en distintas zonas.

Canal:

9.- Hay que demoler el triángulo entre el puente y el canal y parcialmente el muro al otro lado del canal.

10.- Hay que realizar todos los trabajos previstos en los muros del canal y recogidos en el presupuesto.

11.- Hay que instalar la barandilla y rehabilitar los muros conforme a los detalles facilitados.

12.- Hay que retirar las tierras del canal de by-pass existente.

13.- Hay que limpiar todos los paramentos del canal.

14.- Hay que retirar los puntales de la losa. Se retirarán en 15 días.

Varios:

15.- Hay que reparar la barandilla de la zona del molino que presente irregularidades en altura y alineación. Hay que proceder a su pintado dado el mal estado del galvanizado. Todo ello conforme a las indicaciones realizadas en obra.

16.- Hay que retirar las ataguías de la presa y el canal. Se mantendrán mientras sea necesario realizar trabajos en el interior del canal.

17.- Hay que realizar la plantación del arbolado.

18.- Hay que realizar la siembra del césped.”

Se unía al informe un presupuesto por importe total de 51.645,78 €, repartido porcentualmente entre los siguientes capítulos:

Movimiento de tierras y demoliciones: 5,02%

Acondicionamiento del canal y presa Santa Engracia: 35,75%

Urbanización: 52,85%

Jardinería: 2,30%

Instalación eléctrica: 2,96%

Gestión de residuos: 0,52%

Seguridad y salud: 0,61%

Decimosegundo.- Por acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo de fecha 19 de diciembre de 2012, se acordó aprobar la cesión de las obras del proyecto ejecutado y recibirlas con las siguientes condiciones:

- a) “.... deberá completar, realizar, modificar o reparar en un plazo de 15 días los trabajos recogidos en el informe de la Dirección de Obras que se adjunta al Acta”.
- b) “Los acopios de tierra vegetal depositados en la parcela municipal deben adecuarse a las condiciones exigidas por la dirección de obra (actas nº 6, 8, 9, 10, 11, 18, 21 y 23) retirando los escombros y residuos no utilizables en jardinería. Igualmente deberán eliminarse los caminos ejecutados para el tránsito de vehículos de obra en la zona oeste del puente de Cuatrocientos, devolviendo el terreno a su estado original”.

Según se indicaba en la notificación practicada, el acuerdo no era definitivo en la vía administrativa y frente al mismo cabía interponer recurso de alzada ante el Ayuntamiento.

Decimotercero.- El día 24 de diciembre de 2012, la letrada de la Gerencia de Urbanismo remitió a la contratista un correo electrónico en el que indicaba lo siguiente:

“1º) Que en el acta de recepción, aprobada por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo el día 19 de diciembre, se les confirió el plazo de 15 días para terminar los trabajos pendientes, y el órgano de contratación no ha aprobado la propuesta hecha por la empresa por Ud. representada ese mismo día 19 de diciembre en la que indicaban que comenzarían a ejecutar los trabajos pendientes el día 14 de enero de 2014 (*sic*), por lo que, si no dan cumplimiento a las condiciones en las que se aprobó el acta de recepción, podrían incurrir en responsabilidad por incumplimiento de contrato.

2º) Asimismo, y en cuanto a lo manifestado por Uds. como apartado 5 del acta, posiblemente y de conformidad con el criterio avalado por el Tribunal Administrativo de Navarra en la resolución nº 2.168, de 23 de mayo de 2008, no se ajustará a derecho su pretensión de resolver el contrato por haber superado éste el 20% toda vez que la empresa por Ud. representada ha prestado su conformidad a las modificaciones del contrato aprobadas por el órgano de contratación, y lo que queda pendiente de ejecutar según informan los servicios técnicos, se corresponden a trabajos incluidos en el contrato adjudicado y en las modificaciones del proyecto aprobadas por el órgano de contratación con el consenso de ...”

Intentada la remisión de la misma comunicación por fax, consta su no recepción por la siguiente causa: “comunica”.

Decimocuarto.- La Resolución 1308/2012, de 28 de diciembre, del Director General de Medio Ambiente y Agua resolvió abonar al Ayuntamiento de Pamplona la cantidad de 206.972,80 euros (IVA incluido) por los trabajos ejecutados y certificados a fecha 14 de diciembre de 2012. Se requirió, asimismo, la completa ejecución de los trabajos contemplados en el proyecto, significándose que “debido a que ya han transcurrido los plazos de ejecución y justificación establecidos en la convocatoria, las obras

pendientes correrán a cargo del Ayuntamiento, sin derecho a percibir subvención por ellas”. De igual manera, se requirió del Ayuntamiento la retirada inmediata y antes del 31 de enero de 2013 de las gravas impregnadas de hidrocarburos situadas en el acopio provisional y su traslado al correspondiente gestor de Residuos.

Esta Resolución se remitió a “...” y a la contratista.

Decimoquinto.- Mediante escrito remitido por burofax a la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona por parte de “...”, con fecha de 11 de enero de 2013 y con relación al acuerdo del Consejo de Gerencia de Urbanismo de 19 de diciembre de 2012, reiteró su decisión de hacer uso de la facultad de resolución del contrato por modificación superior al 20% del precio de adjudicación, toda vez que en el informe de las obras pendientes se incluían, a su juicio, obras que no estaban previstas en el canal y cuya ejecución supondría esa modificación superior al 20%. Asimismo manifestó su conformidad en la ejecución de una serie de trabajos reflejados en el citado informe por entender que eran remates de obra y no ejecución de nuevas unidades: “trabajos en acceso (demolición acera, pletina y asfaltado), trabajos en puente Santa Engracia (limpieza, rejunteo, desmontaje de tubos metálicos y ajuste de la mira), trabajos en puente de Cuatro Vientos (remate barandilla y limpieza) y trabajos varios (reparo barandilla zona molino, retirada de ataguías y trabajos de jardinería”.

Consecuentemente, la disconformidad de la contratista estaba referida a la ejecución de las obras a “completar, reparar y/o terminar” del “Canal”.

Según se indicaba esos trabajos se iniciarían el 11 de enero de 2013 y terminarían antes del 17 de enero siguiente. Como quiera que la ejecución de algunos remates -seguía el escrito- pudieran incrementar el coste de ejecución de las modificaciones aprobadas, tendrán que ser contratadas de manera independiente, debiendo la Administración ratificar la decisión de acometer tales proyectos. Se solicitaba del órgano de contratación que “se comunique antes del viernes día 11 de enero de 2013 si desea que se ejecuten los trabajos indicados, puesto que en dicha fecha se comenzará su realización”.

Decimosexto.- Con fecha de 18 de enero de 2013, la adjunta a gerente de urbanismo informó que los acopios de tierras se encontraban en las mismas condiciones, las cuales no eran admisibles. Así constaba en informe técnico de 17 de enero de 2013.

A ello se contestó por parte de la contratista que tales acopios se habían adecuado antes del día 18 de diciembre de 2012.

Con fecha de 24 de enero de 2013 informa la dirección de las obras, respecto de las actuaciones recogidas en el acta de recepción, que “con carácter general no se ha procedido a la ejecución de dichas tareas”. Únicamente se aprecia que “se han retirado algunos restos de piedras y escombros existentes junto al acopio de tierras contaminadas... y junto a la ataguía inferior del canal. El resto de trabajos se encuentra sin realizar”.

En las zonas utilizadas como caminos -sigue el informe- se debe restituir el estado original, por lo que “habrá que retirar material (todo uno) extendido para la utilización como camino, retirar a su vez zonas contaminadas y reponer en su caso con terreno natural a su estado original todas estas zonas”.

“Respecto a los acopios... se debe proceder a la retirada de los montones de escombros así como de cualquier resto que no sea tierra vegetal susceptible de su utilización como tal”.

“En la zona más próxima al límite del parque de trinitarios se mantiene el gran montón de escombros que debe ser retirado”.

“En general hay que proceder a la revisión de todos los acopios eliminando cualquier resto que no sea tierra vegetal”.

“Todas estas cuestiones fueron recogidas en actas de obra y la contrata tiene conocimiento de la ubicación y del alcance de estos trabajos. En ningún momento se ha dado conformidad de ningún tipo al estado actual de los acopios”.

“Se adjunta documentación fotográfica con el estado de las obras a fecha 15 de diciembre 2012 y 16 de enero de 2013”.

Decimoséptimo.- Con fecha de 28 de enero de 2013 se emite informe por parte de los servicios técnicos de la Gerencia de Urbanismo, donde se señala que la valoración de los trabajos pendientes de completar, realizar, modificar o reparar es de 51.645,78 euros IVA no incluido. Asimismo se indica que “a partir del 18 ó 19 de diciembre no se han realizado trabajos en la obra, limitándose en su caso a actuaciones puntuales de retirada de material o maquinaria”.

Decimooctavo.- El arquitecto de la Gerencia de Urbanismo emite informe, con fecha de 31 de enero de 2013, en el que concluye que “la ejecución de los trabajos valorados en el acta de recepción no supone un incremento del presupuesto de adjudicación de la obra superior al 20%”. Al efecto realiza el siguiente cálculo:

“El presupuesto de adjudicación de la obra es 208.645,25€, si este importe es incrementado un 20% obtenemos el siguiente importe, 250.374,30€.

El importe de la certificación final, resultado de sumar a la 4ª certificación la valoración de los trabajos pendientes sería 276.100,10€.

En el importe de la certificación final, está incluido el importe de los precios contradictorios, si se deduce este importe, ya que al tratarse de precios contradictorios es una nueva adjudicación directa y por lo tanto un nuevo contrato, el importe resultante es 245.515,74€, importe inferior a 250.374,30€, es decir, 17,67% respecto al presupuesto de adjudicación”.

Respecto a la pérdida de la subvención que tenía otorgada, manifiesta que “el Ayuntamiento ha dejado de percibir la cantidad de 43.743,98 €, correspondientes al 70% de la obra valorada pendiente de ejecución con el IVA incluido”.

Sobre el acopio de tierras vegetales previsto en el proyecto para su uso en el Parque de Trinitarios, se señala que “no reúne las condiciones establecidas por la Dirección de Obra”.

Añade que los caminos provisionales realizados a través del Parque no han sido retirados, por lo que tendrán que ser retirados, realizándose labores de saneo.

En el caso de que se resuelva el contrato habría que iniciar nuevo procedimiento de adjudicación y su presupuesto no podría ser inferior a 79.989,12 €, “valoración de trabajos pendientes sin baja, es decir habría un encarecimiento de 28.343,34 €”.

En consecuencia, se valora “el perjuicio ocasionado por la no ejecución de la obra en plazo y por la resolución del contrato” en 72.087,32 € (43.743,98 + 28.343,34).

Decimonoveno.- La letrada de la Gerencia de Urbanismo, en informe de 31 de enero de 2013, analiza la situación producida ante “la existencia de indicios racionales que hacen considerar que... ha abandonado la ejecución de la obra”.

A juicio de la letrada, la empresa contratista sabía -correo electrónico de 24 de diciembre de 2012- que la Gerencia de Urbanismo no había aprobado su planteamiento de iniciar los trabajos pendientes el 14 de enero de 2013 y que no apreciaba la concurrencia de causa de resolución del contrato, debiendo tenerse en cuenta que “la empresa no ha formulado recurso alguno al acta de recepción ni ha solicitado al órgano de contratación una interpretación del contrato como podía haber hecho de acuerdo con el artículo 100 de la Ley Foral 6/2006... interpretación del contrato que, de conformidad con el artículo 97 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre... no habría determinado la paralización del contrato”.

“El supuesto abandono de la obra puede calificarse como causa de resolución del contrato imputable a la contratista, de conformidad con la letra i) (*sic*) del apartado 1 del artículo 124 de la Ley Foral 6/2006... pues así se considera el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales y

no hay obligación más esencial que terminar el contrato en las condiciones a las que se supeditó la recepción”.

“Aunque concurriera la causa de resolución del contrato expuesta por la contratista en su manifestación al acta de recepción, ésta se habría producido con posterioridad al supuesto abandono de la obra pues, al firmar el acta de recepción de la obra, la contratista manifestó que, la obra estaba desviada en el 14,30% y que resolvería el contrato en el momento en el que la modificación fuera del 20%. En consecuencia, no habiendo ejecutado trabajo alguno la contratista desde la recepción, no ha concurrido la causa de resolución potestativa que aducía”.

En cuanto a los efectos, tratándose de la concurrencia de una causa de resolución imputable a la contratista, “el apartado 3 del artículo 125 de la Ley Foral 6/2006... prevé que la contratista deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”.

Como conclusión se considera que procede incoar expediente para resolver el contrato por causa imputable a la contratista, “de conformidad con el artículo 124.1.I de la Ley Foral 6/2006... dando audiencia por 10 días... advirtiéndole que la resolución del contrato implicará la obligación de indemnizar al Ayuntamiento de Pamplona por los daños y perjuicios que, por el momento... son los siguientes:

Los ocasionados por la pérdida de la subvención... 43.743,98 euros.

Los gastos que tenga que abonar el Ayuntamiento de Pamplona por la no restitución de las zonas utilizadas como caminos para el tránsito de vehículos... así como los que genere la retirada de escombros y material no admisible...

El incremento de gastos que ocasione tener que adjudicar un nuevo contrato para concluir la obra pendiente... que por el momento se cuantifica en 28.343,34 euros”.

Vigésimo.- Casi de manera simultánea, el día 1 de febrero de 2013, la contratista presentó ante la Gerencia de Urbanismo una solicitud de

resolución del contrato, al amparo de los artículos 105.3 y 124.1i) de la LFCP, y de abono de las facturas que adjuntaba correspondientes a las obras de emergencia de extracción y gestión de residuos petroquímicos (factura FV13/0011, de 14.405,29 € más IVA que incluía la partida “paralización por presencia de residuos petroquímicos”, por importe de 1.743,03 €, y la partida “ejecución de balsa 1ª e impermeabilización para residuo HC” por importe de 10.783,31 €), trabajos ejecutados en un quinta certificación (factura FV13/0012, correspondiente a “certificación nº 5 y final de la obra”, de 9.135,26 € más IVA) y FV13/0013, correspondiente a “incremento de presupuesto por reducción de rendimiento en excavación de residuo peligroso” (4.176 € más IVA).

Vigésimo primero.- El día 6 de febrero de 2013, el Consejo de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Pamplona acordó incoar expediente para determinar la procedencia de resolver el contrato por abandono de la obra [artículo 124.1.I) de la LFCP], dio audiencia a la contratista y a la avalista, y advirtió de la obligación de indemnizar daños y perjuicios que se cuantificaban en la forma antes indicada.

Vigésimo segundo.- Respecto de las facturas aportadas por la contratista con fecha de 1 de febrero de 2013 se solicitó por parte de la Gerencia de Urbanismo la anulación de la factura FV13/0011 y que la correspondiente a “la ejecución de balsa 1ª e impermeabilización para residuos petroquímicos, valorado en 10.783,31 €, sea emitida a nombre de ...”. Ello se notificó a “...” con fecha de 18 de febrero de 2013, considerándose que era “responsabilidad de la empresa ... la gestión de los residuos así como el pago de los trabajos derivados por la aparición de los suelos contaminados”.

Vigésimo tercero.- Mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2013 “...” formalizó “oposición a la resolución del contrato”, manifestando que no había existido abandono de la obra, por cuanto que la misma se encontraba “ejecutada y recibida”. Respecto a los trabajos requeridos en el acta de recepción, se considera que “una parte son obras nuevas no previstas ni en el Proyecto ni en el modificado (todas las obras que se exigen en relación al canal de Santa Engracia), y el resto se ejecutaron en plazo, salvo la retirada

de los caminos, a cuya ejecución se negó ..., dueño de la obra por la que discurren los caminos”. Se señala que en la obra “se encuentra la caseta de obras” y el “vallado perimetral”, a la espera de poder resolver las discrepancias existentes. No puede hablarse a juicio de la alegante de abandono de las obras, puesto que ni existe, ni ha existido paralización de los trabajos sin causa que justificara dicha actuación. Difícilmente se puede abandonar algo ejecutado, menos cuando existen motivos para no ejecutar la mayor parte de las obras detalladas en el Acta. Se considera que el informe técnico de 31 de enero de 2013 comete el error de entender que los precios contradictorios son una nueva adjudicación directa. Se insiste en que no existe abandono de la obra, sino una legítima resolución del contrato.

Desde otro punto de vista, considera la alegante que no se puede exigir la responsabilidad por la pérdida de la subvención porque no ha existido retraso imputable a la empresa contratista.

Finalmente, se señala que con la introducción en el acta de recepción de las obras de nuevos trabajos, la empresa queda facultada para resolver el contrato.

Vigésimo cuarto.- Las consideraciones de carácter técnico o específicamente referidas a las obras ejecutadas, a la marcha de los trabajos y a las obras pendientes en el momento de recepción de las obras, han sido pormenorizadamente contestadas en el informe de la dirección de las obras de marzo de 2013 (por error se indica 2012), concluyéndose en el mismo que los retrasos en la ejecución de la obra se han debido a la actitud de la contratista. Respecto de la objeción planteada por la empresa contratista en el sentido de que los trabajos exigidos en el apartado “Canal” no estaban incluidos ni en el proyecto, ni en su modificación, señala este mismo informe que en todos los casos se trata de partidas del proyecto y consiguientemente de una mera cuestión de medición, no habiéndose realizado los trabajos correspondientes. Se niega en el informe que la empresa “...” hubiera imposibilitado el acceso a la obra para la reparación de los caminos abiertos para la obra, aunque se reconoce que “la reparación de dichos caminos la ha realizado la empresa ...”, desconociéndose si entre ambas empresas han llegado a algún acuerdo para su ejecución.

Vigésimo quinto.- Con fecha de 4 de abril de 2013, la dirección de las obras informa respecto de las facturas FV13/0013 y FV13/0012 presentadas por la contratista, considerándose respecto de la primera que el importe a certificar debería ascender a 2.109,04 € más IVA, y respecto a la segunda, que no procede su abono, por tratarse de trabajos no ejecutados.

Vigésimo sexto.- Con fecha de 9 de abril de 2013 el escrito de la contratista de oposición a la resolución del contrato por parte del Ayuntamiento es informado por los servicios técnicos de la Gerencia de Urbanismo, que consideran que el retraso en la ejecución de la obra y la no continuación de los trabajos ha acarreado al Ayuntamiento de Pamplona importantes perjuicios económicos que se cuantifican de la siguiente forma:

- Pérdida de subvención: 43.743,98 €
- Saneos de caminos ya ejecutados: 955,76 € “Los caminos provisionales (que) no han sido retirados tendrán que ser retirados por ..., adjudicatarios del Parque Trinitarios”.
- Incremento coste nueva adjudicación: 34.295,44 €.
- “A estas cantidades habría que añadir el sobre coste de la adecuación de los acopios de la parcela dotacional, así como el sobre coste de los trabajos pendientes de ejecución y que no son de abono”.

Vigésimo séptimo.- Las mismas alegaciones de la contratista han sido informadas por la letrada de la Gerencia de Urbanismo quien en su informe de 19 de abril de 2013 concluye que la obra ha sido abandonada sin causa justificada, de forma tal que puede acordarse la resolución del contrato, lo que implica que deben indemnizarse al Ayuntamiento de Pamplona los daños y perjuicios derivados de la pérdida de la subvención concedida (43.743,98 €) y a la Gerencia de Urbanismo por los saneos de caminos ya ejecutados (955,76 €) y por el incremento del coste de una nueva adjudicación más el 70% por la pérdida de subvención del mayor coste de ejecución (que ahora se calcula en 34.295,44 €), así como sobre el coste

que implique la adecuación del solar dotacional y el sobre coste de los trabajos pendientes de ejecución y que no son de abono.

Vigésimo octavo.- Con relación a la solicitud de “...” de abono de las facturas FV13/0011, FV13/0012 y FV13/0013, la adjunta a Gerente de Urbanismo ha informado, con fecha de 19 de abril de 2013, lo siguiente:

- Factura FV13/0013: Procede el abono por “reducción de rendimiento de excavación” en la cantidad valorada por la dirección de la obra. Es decir, “se abonará la cantidad de 2.109,04€ + IVA y no de 4.176,00€ + IVA. La cantidad restante está certificada en la certificación nº 4 y por lo tanto, ya abonada”.
- Factura FV13/0012: No procede el abono de esta factura (“Certificación nº 5 y Final de la obra”) al no encontrarse ejecutados los trabajos por los que se emite la factura.
- Factura FV13/0011: Se procedió a su devolución para que fuera emitida la factura a “...”. “Respecto al concepto paralización por presencia de residuos petroquímicos... los servicios técnicos de la Gerencia de Urbanismo, entendemos que este concepto está valorado en el concepto Ejecución de balsa 1ª e impermeabilización para residuo HC, no procediendo su abono”.

Como conclusión se señala que únicamente procede el pago de 2.109,04 €, debiendo emitirse nueva factura por ese importe.

Vigésimo noveno.- Obra en el expediente la propuesta de resolución del expediente elaborada por la Gerencia de Urbanismo, en la que se considera que “...” ha incurrido en la causa de resolución culpable consistente en el abandono de la obra, “toda vez que tras la recepción de la obra... no ha ejecutado trabajo alguno, no ha dado cumplimiento a las condiciones en las que la obra se recibió y ha retirado de la obra a todo el personal y medios materiales que resultaban necesarios para ejecutar los trabajos pendientes, manteniendo en obra el vallado perimetral”.

Hay abandono –sigue la propuesta- “porque la obra debía seguir ejecutándose en las condiciones exigidas en el acta de recepción ya que no concurre la causa de resolución del contrato aducida... toda vez que el contrato ni al recibirse ni a 31 de enero de 2013 se había excedido en el 120,86% aducido... sino que, estando ejecutada en el momento de la recepción por unidades comprendidas en la contrata en un 94% y al 108,66%, incluyendo las unidades no comprendidas en la contrata, y estos porcentajes de ejecución no han variado desde la recepción pues, está probado que no se ha desarrollado trabajo alguno desde la recepción de 19 de diciembre de 2012 y, de conformidad con el artículo 105.3 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos y la condición esencial nº 16 que regía este contrato, era obligada la ejecución de las partidas pendientes pues se correspondían con unidades incluidas en la contrata, en sus modificaciones o la reparación de partes del contrato defectuosamente ejecutadas”.

Se termina acordando en dicha propuesta, en consecuencia, la resolución culpable del contrato, que “dará lugar a la exigencia de las siguientes responsabilidades”:

- “Por pérdida de la subvención, se prevé inicialmente un importe de 43.743,98 euros, así como el 70% del mayor coste que pueda suponer la adjudicación del contrato a otra empresa.
- Por los saneos ya ejecutados, 955,76 euros.
- Por el incremento del coste de adjudicación de los trabajos pendientes de concluir, aunque su cuantía exacta se determinará cuando se ejecute la obra pendiente, se calcula la cifra de 34.295,44 euros.
- El sobre coste que implique la adecuación del solar dotacional.
- Y el sobre coste de los trabajos pendientes de ejecución y que no son de abono.

Trigésimo.- En fin, por Resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Pamplona de 23 de abril de 2013, a la vista de la anterior propuesta de resolución, se resuelve recabar el presente dictamen del Consejo de Navarra y solicitar la reducción del plazo de emisión del dictamen, justificándose la urgencia por las siguientes razones:

“De acuerdo a la resolución del Director General de Medio Ambiente y Agua, RESOLUCIÓN 1308/2012, de 28 de diciembre, se requiere al Ayuntamiento de Pamplona la completa ejecución de los trabajos contemplados en el proyecto, concretados en el “Acta de Recepción del proyecto Mejora hidráulica del Río Arga en el entorno del puente de cuatrocientos” de 14 de Diciembre e informe adjunto.

El Ayuntamiento de Pamplona tiene especial interés en la finalización de estos trabajos, habiendo recibido Gerencia de Urbanismo la encomienda de finalizar estos trabajos, como así se manifestó en su sesión del Consejo de Gerencia de 17 de abril de 2013.

En el proyecto actualmente en ejecución “Urbanización del Parque de Trinitarios. Fases A y B” está contemplada la instalación de la red de riego en el ámbito de la obra “Mejora hidráulica del Río Arga en el entorno del puente de Cuatrocientos”. La obra del parque Trinitarios tiene que estar finalizada antes del 15 de septiembre.

Desde el punto de vista de la ejecución de la obra pendiente y puesto que la mayor parte de los trabajos a ejecutar son en el interior del canal, estos trabajos interesa realizarlos en época en la que el nivel del río sea bajo.

Además el acceso a esta zona se ejecuta desde el parque de Trinitarios, siendo conveniente la coordinación entre la ejecución de la obra pendiente y la ejecución de la urbanización del Parque Trinitarios, Fase A y B. Un retraso en el comienzo de la obra podría afectar a la finalización de los trabajos del parque y en el peor de los casos en la afección a la obra ejecutada.

Los muros del canal, al demoler la solera superior de acuerdo a la modificación del proyecto, se encuentran expuestos a las condiciones externas, siendo aconsejables las actuaciones previstas en los mismos con la mayor brevedad para evitar deterioros y en consecuencia, mayor coste de la actuación.

A fecha de hoy, no tenemos la disponibilidad de los terrenos por lo que, a la vista de lo expuesto, urge la disponibilidad de los mismos y por lo tanto la resolución del expediente para poder iniciar el procedimiento que permita la finalización de los trabajos”.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo y urgencia del dictamen

La presente consulta formulada por el Ayuntamiento de Pamplona a través de la Presidenta del Gobierno de Navarra somete a dictamen del Consejo de Navarra la resolución del contrato de obra “Mejora hidráulica en el entorno del puente de Cuatrovientos”.

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 su versión aplicable al presente caso, (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 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 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.

El dictamen ha sido solicitado, además, con carácter de urgencia y el Consejo de Navarra lo emite con dicho carácter en el plazo más breve posible, dentro del término legalmente fijado para este tipo de dictámenes.

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 y en su versión anterior a las modificaciones introducidas por la Ley Foral 4/2013, de 25 de febrero. En lo que ahora interesa, “los contratos que celebren las entidades locales de Navarra se ajustarán al régimen legal aplicable a las Administraciones Públicas de Navarra, con las especialidades que se contienen en esta Ley Foral” (artículo 224.1 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 Pamplona, 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.

II.4ª. La resolución del contrato

Como se ha dicho ya, en el presente caso es de aplicación la LFCP, cuyo artículo 124 (en la redacción anterior a la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero) 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).

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 el presente supuesto, ha de partirse de la especial consideración que tiene el plazo de ejecución del contrato y, consiguientemente, la fecha de terminación de las obras, motivada por la posible pérdida de la subvención otorgada por el Departamento de Desarrollo Rural, Industria, Empleo y Medio Ambiente, tal y como se refleja en el correspondiente pliego de condiciones.

A esa consideración esencial del plazo no es ajena la suscripción entre las partes del acta de recepción de las obras aun cuando las mismas no se encontraban ultimadas. Tanto en este documento, como en el informe técnico unido al acta, elaborado por la dirección de las obras, se determinan una serie de trabajos pendientes de completar, realizar, modificar o reparar, dándose a la contratista determinado plazo para llevarlos a cabo. Igualmente, se requiere la adecuación de los acopios de tierra vegetal a lo ordenado por la dirección de la obra y la eliminación de los caminos ejecutados para el tránsito de los vehículos de la obra.

Transcurrido ese plazo, la dirección de las obras ha informado, con fecha de 24 de enero de 2013, que “con carácter general no se ha procedido a la ejecución de dichas tareas”, apreciándose únicamente que “se han retirado algunos restos de piedras y escombros existentes junto al acopio de tierras contaminadas... y junto a la ataguía del canal. El resto de los trabajos se encuentra sin realizar”.

Por otro lado, los servicios técnicos de la Gerencia de Urbanismo informan con fecha de 28 de enero de 2013, que “a partir del 18 ó 19 de diciembre no se han realizado trabajos en la obra, limitándose en su caso a actuaciones puntuales de retirada de material o maquinaria”.

El informe jurídico de la letrada de la Gerencia de Urbanismo de 31 de enero de 2013 considera que existen “indicios racionales que hacen considerar que..., ha abandonado la ejecución de la obra”, lo que finalmente ha dado lugar a la incoación del expediente de resolución del contrato.

En las alegaciones formuladas por la contratista en este expediente se considera que no ha existido abandono de la obra por cuanto que la misma se encontraba “ejecutada y recibida” y señala que lo que existe es una discrepancia en cuanto a los trabajos requeridos en el acta de recepción de las obras (“todas las obras que se exigen en relación al canal de Santa Engracia”), que a su juicio son obras nuevas no previstas en el proyecto ni en sus modificaciones.

Como hemos señalado en los antecedentes de este dictamen, estas consideraciones han sido pormenorizadamente contestadas en el informe de la dirección de las obras de marzo de 2013 en el sentido de que la exigencia contenida en el acta de recepción de las obras venía referida a partidas del proyecto que no habían sido ejecutadas y que, por tanto, debían realizarse.

Tras el informe de los servicios técnicos de la Gerencia de Urbanismo de 9 de abril de 2013, en informe jurídico de la letrada de la misma Gerencia de 19 de abril de 2013 se concluye que la obra ha sido abandonada.

Consecuentemente, conforme a los informes técnicos obrantes en el expediente -y gozan de especial autoridad los emitidos por los directores de la obra- no se ha dado cumplimiento a la ejecución de los trabajos requeridos en el acta de recepción de las obras. Ante la inactividad de la contratista, que según se informa no ha desplegado actuación alguna, no cabe sino considerar que los trabajos en cuestión han sido rechazados, como se desprende de sus propias alegaciones, y que la obra ha sido abandonada, incumpléndose de manera grave el contrato existente entre

las partes y existiendo voluntad rebelde al cumplimiento de una parte relevante de la obra contratada, valorada, tanto por la contratista como por los servicios técnicos de la Gerencia de Urbanismo, en 51.647,78 €

A la anterior conclusión no es óbice el que se hubiera suscrito, en las condiciones conocidas, el acta de recepción de las obras de 14 de diciembre de 2012 pues, al margen de la urgencia de esa recepción, siquiera parcial, para disponer de la subvención concedida, se determinan en el acta y en el informe anexo, de manera clara y detallada, todo lo que queda por ejecutar y en tal sentido se requiere de la contratista la finalización de los trabajos.

Como señalamos en nuestro dictamen 8/2002, de 26 de febrero, “el vínculo contractual entre la Administración contratante y el adjudicatario subsiste mientras no se extinga por conclusión o cumplimiento... hasta la recepción definitiva de las obras y la consiguiente liquidación final, y por tanto, es susceptible la resolución contractual después de la recepción provisional mientras las obras no se hayan recibido con carácter definitivo. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1999” que, añade, que “de lo contrario no sería posible la resolución del contrato después de la recepción provisional, cuando tal posibilidad subsiste mientras no se hayan recibido con carácter definitivo”.

Por tanto, la resolución del contrato resulta posible aun cuando se haya producido esa recepción.

Procede examinar, también, la posible incidencia en esa resolución contractual, de la pretensión de resolución del contrato instada por la contratista, al amparo de lo dispuesto por los artículos 124.1.i) de la LFCP, por entender que se producía, con el requerimiento contenido en el acta de recepción de las obras para la ejecución de nuevos trabajos, una modificación del contrato superior al 20% del precio de adjudicación.

Examinaremos, en primer lugar, las distintas modificaciones o ampliaciones de la contratación efectuada que han ido produciéndose a lo largo de la vida del contrato.

Frente a un precio inicial de adjudicación de 208.645,25 € más IVA, tenemos una primera modificación del proyecto aprobada con fecha de 30 de octubre de 2012, en virtud de la cual se presupuestaban (incluida la limpieza y restauración del canal) 6.943,82 € más IVA con la concesión de una ampliación del plazo de ejecución de tres semanas, o lo que era lo mismo, hasta el 23 de noviembre de 2012. Esta modificación del contrato resultó aceptada por la contratista, que nada señaló en sentido contrario.

También resultaron debidamente convenidos entre la propiedad, la dirección de las obras y la empresa contratista los precios contradictorios que posteriormente fueron aprobados por el Consejo de la Gerencia de Urbanismo de 28 de noviembre de 2012, obviamente, sin objeción alguna por parte de la contratista. Ello supuso un incremento económico de la obra de 40.178,63 €.

Por otra parte, la aparición de tierras contaminadas por hidrocarburos en las antiguas instalaciones de “...” conllevó la necesidad de retirar esa tierra a la zona de acopios, así como una nueva ampliación del plazo de ejecución de otras tres semanas, concretamente, hasta el 14 de diciembre de 2012. Los trabajos que ello originaba a la contratista fueron presupuestados por ésta en un total de 14.405,29 € (incluidos 1.743,03 € por la paralización). Este mismo importe es el que se trasladó a la factura FV13/0011, de 31 de enero de 2013 presentada para su abono ante la Gerencia de Urbanismo, con la consiguiente devolución por parte de ésta para que fuera remitida, por lo que respecta a la partida de 10.783,31 €, a “...”. La partida de “paralización” por importe de 1.743,03 € se consideró por informe de la adjunta a gerente de urbanismo de 19 de abril de 2013, que ya estaba valorada en el otro concepto de la factura y que, por tanto, no procedía su abono y así se notificó a la contratista.

Hemos de hacer referencia, finalmente, a las facturas FV13/0012 y FV13/0013 presentadas ante la Gerencia de Urbanismo el 1 de febrero de 2013 e informadas por la dirección de las obras el 4 de abril de 2013, en el sentido de que no procedía el abono de la primera, por tratarse de trabajos no ejecutados y de que respecto de la segunda su importe “por reducción de

rendimiento en excavación de residuo peligroso” debía reducirse a 2.109,04 € más IVA.

La suma de todas estas cantidades (6.943,82, 40.178,63, 10.783,31 y 2.109,04) supera el 20% del precio de adjudicación (208.645,25 €).

Sin embargo, no puede obviarse que la primera de las modificaciones del contrato, referida a la limpieza y restauración del canal, resultó aceptada por la contratista; todos los precios contradictorios resultaron convenidos entre la propiedad, la dirección de las obras y “...”; los trabajos contemplados en la factura FV13/0011 relativos a la “ejecución de balsa 1ª e impermeabilización para residuo HC” fueron ejecutados por la empresa contratista, estando pendiente en este momento quién deba pagarlos; y, finalmente y por lo que respecta a la factura FV13/0013, más que de un incremento de obra, se trata de una compensación por reducción del rendimiento en la excavación de la zona de vertido de fuel, que tuvo que hacerse y se hizo de una manera más lenta.

Por otra parte, y por lo que respecta a las obras requeridas en el acta de recepción de las obras, lo cierto es que por parte de la contratista se dio conformidad, en su escrito de 11 de enero de 2013, a la ejecución de las obras recogidas en el informe técnico unido al acta de recepción de las obras, con excepción de las que venían referidas al canal. Respecto de estas últimas, ha de tenerse presente que, según señaló la dirección de las obras en su informe de marzo de 2013, contenía partidas previstas en el proyecto pero que no habían sido realizadas, razón por la cual, ha de concluirse que su ejecución resultaba obligada. En todo caso, además, no está acreditado que el importe de esa partida -que en el informe de la dirección facultativa para la recepción de las obras suponía el 35,75% de 51.645,75 €- supere el 20% del precio de adjudicación.

La cuestión relativa a los acopios de tierra vegetal, también aludida en el acta de recepción de las obras, ha de entenderse que constituye una mera cuestión de adecuación a las condiciones exigidas por la dirección de las obras en numerosas actas de la obra, tal y como se refleja en el propio documento de recepción citado.

Finalmente, lo relativo al saneo y reparación de caminos ha de entenderse que se encuentra, al menos en parte, ejecutado por la adjudicataria de las obras de urbanización del Parque Trinitarios.

En definitiva, pues, el hecho de que nos encontremos ante obras cuya ejecución fue aceptada en su momento por la contratista o ante trabajos pendientes de completar, modificar o reparar, impide la resolución pretendida por incremento del 20% del precio de adjudicación, máxime cuando, como hemos señalado anteriormente, la obra sobre cuya ejecución se discute está referida al canal y no está acreditado que su importe supere el mencionado 20%.

Eso es lo que cabe entender a la vista de la Resolución del Tribunal Administrativo de Navarra de 23 de mayo de 2008 invocada en el escrito de la letrada de la Gerencia de Urbanismo de 24 de diciembre de 2012, que señala, por lo que ahora interesa, lo siguiente:

“Sí resulta relevante que en ningún momento de la ejecución de la obra la recurrente haya formulado protesta alguna... la UTE ha realizado cuanto se le ha propuesto, no manifestando en ningún momento su oposición a continuar con el contrato pese a que las modificaciones superaban el 20 por ciento, habiendo finalizado la construcción de todas las modificaciones de las que trae causa este recurso. Únicamente se alza, y así lo manifiesta, cuando observa que no van a ser admitidos los precios certificados.

El recurso de alzada que ahora examinamos aparece como un claro reflejo de una situación en la que el recurrente no puede ir contra sus propios actos plasmada entre los principios generales del derecho en el aforismo latino *venire contra factum proprium non licet*.”

En el caso que ahora nos ocupa, todas las modificaciones del contrato fueron de hecho aceptadas, planteándose únicamente la resolución por exceso de obra superior al 20% en el momento en el que se requiere la terminación y reparación de la obra contratada conforme a lo contratado, convenido y requerido.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2004, “la aprobación del nuevo proyecto y su aceptación incondicionada por la empresa subsana el exceso de obra”. En parecido sentido se manifiesta la Sentencia del mismo Tribunal de 7 de junio de 2012 al destacar que “la entidad recurrente dio su conformidad a las modificaciones contractuales, al no existir constancia alguna de que... se opusiera expresamente a las modificaciones producidas... Y concurre incluso la circunstancia de que la modificación originó un saldo adicional de liquidación a favor del contratista, que permitió restablecer el equilibrio económico financiero del contrato”.

Concurren, en definitiva, los requisitos que el Consejo de Navarra viene considerando necesarios para la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento del contratista. 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, previa tramitación del oportuno expediente contradictorio.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que procede acordar la resolución del contrato de obras denominado “Mejora hidráulica en el entorno del puente de Cuatrovientos”, por incumplimiento culpable de la 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.