



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 130/2006

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de mayo de 2006.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Acuerdo por la que se pretende resolver el contrato de ejecución de las obras de construcción del depósito de incendios y riego en el lugar conocido como El Caserío de Las Fuentes (término municipal de Guía de Isora), suscrito por la Corporación indicada y entidad mercantil T.H.C., S.L.: Resolución de contratos: No constitución/reajuste de fianza. Incumplimiento del plazo. Paralización de la obra. Se estima la reclamación (Exp. 133/2006 CA)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. Mediante escrito de entrada el 29 de marzo de 2006, el Presidente del Cabildo de Tenerife solicita por el procedimiento ordinario y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c) -aunque en el escrito de solicitud se menciona erróneamente el subapartado d) como fundamento de la solicitud-, 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo, y 59.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TR-LCAP), preceptivo Dictamen respecto de la Propuesta de Resolución, con forma de Acuerdo del Consejo de Gobierno insular, por el que se pretende resolver el contrato de ejecución de las obras "comprendidas en el modificado de depósito de incendios y riego caserío Las Fuentes".

Debe indicarse, como objeción inicial, que el objeto del Dictamen y el contenido de la Propuesta de Acuerdo no es la modificación del contrato adjudicado, incidente

---

\* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

de un contrato previo, sino el propio contrato del que la modificación es simplemente un apéndice que no cuenta con autonomía para ser objeto de Propuesta y Dictamen autónomos. No se está dictaminando su modificación [que sólo procedería en los términos del art. 59.3.b) TR-LCAP], sino la resolución de todo el contrato.

2. La Propuesta de Acuerdo fundamenta la pretensión resolutoria en que el contratista no reajustó "el importe de la garantía definitiva como consecuencia de la modificación del contrato" -como exige el art. 42 TR-LCAP con el efecto resolutorio que dispone el art. 111.d) TR-LCAP-, así como en "la paralización total de los trabajos sin autorización del órgano de contratación, que hacen presumir la demora en el plazo final" (prevista para el 11 de marzo de 2006, tras el incremento del plazo de ejecución del contrato por la aprobación del modificado), incumplimiento que a su vez es causa resolutoria del contrato prevista en los arts. 111.e) y 95.5 TR-LCAP.

## II

1. Seguidamente se efectuará un somero relato de las actuaciones más relevantes que se han hecho constar en el expediente soporte de los procedimientos de adjudicación, modificación y resolución del contrato de referencia.

Mediante Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Cabildo Insular, adoptado en sesión celebrada el día 26 de julio de 2004, se procedió a la adjudicación del contrato de ejecución de las obras referidas a la empresa T.H.C., S.L. (el contratista) por un importe de 445.066 €, un plazo de ejecución de 10 meses, y una fianza de 89.013, 20 €, importe del 20% del precio de la adjudicación de conformidad con el art. 83.5 TR-LCAP. Firmado el contrato el 10 de agosto de 2004, asimismo se firmó, sin objeciones, el acta de comprobación del replanteo (art. 142 TR-LCAP), comenzándose la ejecución del contrato del 10 de septiembre de 2004.

En el desbroce del terreno se constató que el terreno, "por muy meteorizado (era) poco apto para cimentar y que ha modificado (*sic*) las condiciones previstas en el proyecto al incrementarse notablemente la profundidad del vaso y requerirse una contención del terreno que no estaba prevista". Asimismo, las "lluvias (pusieron) de manifiesto la necesidad de modificar algunas rasantes". Finalmente, "por otro lado se incrementa el volumen de agua de reserva para incendios y se mejora la maniobrabilidad del helicóptero de incendios al aumentar el área de maniobra".

Autorizado el inicio del expediente revisor por Acuerdo de 20 de junio de 2005, fue informado negativamente por el Servicio de Agricultura, Ganadería y Pesca al carecer el proyecto reformado de "causa legitimadora", pues la modificación sólo procede cuando surjan "causas imprevistas", que no es lo mismo que *imprevisión*, significándose en este punto que el art. 124.3 TR-LCAP exige que el proyecto de obras contenga "un estudio geotécnico de los terrenos sobre los que la obra se va a ejecutar", conocimiento que constituye "base fundamental de la obra (que condiciona a su vez el plazo de ejecución y el precio" (DDCE 48.034, de 24 de julio de 1985 y 48.473, de 16 de enero de 1986, citados en el mencionado informe). El modificado, pues, constituye una "modificación sustancial" del proyecto, más aún cuando implica un "incremento del presupuesto superior al 100% sobre la adjudicación realizada".

No obstante ello, el Consejo de Gobierno Insular, en sesión celebrada el 14 de noviembre de 2005, autorizó la modificación ascendiendo el precio del contrato a 890.889,65 €, y acordándose un aumento del plazo de ejecución de 5 meses, con vencimiento el 11 de marzo de 2006, y un reajuste de la fianza de 17.832,94 € correspondiente al "4% del incremento del proyecto modificado" (445.823,66 €), requiriéndose asimismo al contratista para que en el plazo de 15 días naturales (...) reajuste la garantía definitiva (...) correspondiente al 4% del incremento del proyecto modificado". Términos que fueron aceptados por el contratista mediante escrito con entrada en el Cabildo el 8 de noviembre de 2005.

2. El Consejo de Gobierno, en sesión celebrada el 6 de febrero de 2006, acordó incoar procedimiento de resolución del contrato tras acreditar que "en la actualidad la obra se encuentra parada, (...) sin que en ningún momento la adjudicataria de las obras se (haya) dirigido a la Dirección Facultativa o al Cabildo para solicitar la paralización de las obras". Inicio de procedimiento del que se dio cuenta al contratista y avalista el 17 de febrero [art. 109.1.a) y b) del Reglamento de la Ley de Contratos, aprobado por R.D. 1098/2001, de 12 de octubre].

Mediante escrito con entrada el 3 de marzo de 2006, el contratista presentó escrito de alegaciones en el que manifiesta que: A. La obra "se encuentra actualmente ejecutada en su totalidad" (775.890 €). B. Se ha ejecutado el contrato inicial en su totalidad. C. Se han ejecutado "trabajos (...) que no han sido contratados". D. Pese a que fue notificado del Acuerdo de ejecución del modificado

con las obligaciones anejas (ajuste de plazo y garantías), y pese a que “se ha mostrado inicialmente interesado en ejecutar los mismos”, la contrata considera que el ajuste de la garantía debiera hacerse como dispone el art. 42 TR-LCAP y no como ha dispuesto la Administración (4% del importe de la adjudicación de los nuevos trabajos), por lo que se debiera o bien haber cancelado la primera fianza inicial (89.013,20 €) y disponer una garantía del 4% del precio total del contrato (35.635,58 €), bien reducir la garantía ya prestada en la cantidad de 53.377,63 €. E. En consecuencia, de conformidad con el art. 149.e) TR-LCAP, el contratista insta la resolución del contrato por implicar la modificación tramitada un incremento “superior al 20%” del precio del contrato.

Efectuada inspección por la Dirección Facultativa, se informa (8 de marzo de 2006) que la obra “no está finalizada y no puede ser entregada al uso para el que se aprobó”, afirmación que se fundamenta en que “hay importantes unidades de obra sin finalizar, entre las que se encuentran las siguientes: impermeabilización del depósito (avanzada, pero sin terminar); pasos de la pista por los barrancos (sin ejecutar); y pavimentación de la pista (sin ejecutar)”. Asimismo, señala que dada la naturaleza del terreno, “aunque se hayan ejecutado trabajos por importe superior al precio contratando (...) no están finalizadas las obras”.

### III

1. No es el momento, desde luego, de pararnos en si el contrato en su día fue o debió ser resuelto en vez de modificado, sino en lo que es el objeto del presente procedimiento resolutorio.

Por lo que atañe a la posición del contratista, se ha de precisar lo siguiente:

A. No es cierto que la obra se encontraba ejecutada en su totalidad, y si así hubiera sido el contratista hubiera debido desde luego haber puesto esta circunstancia en conocimiento del propietario de la obra a los efectos oportunos de recepción, medición, liquidación y abono; y no lo hizo. Que se hubiera aplicado la totalidad del precio a la ejecución de la obra no es significativo de que la obra se haya ejecutado íntegramente. Pero, recuérdese, el objeto del contrato es la ejecución de una obra completa que pueda ser susceptible de ser destinada al servicio público, lo que no es el caso.

B. El contratista distingue entre el contrato inicial -ejecutado en su totalidad- y el modificado, habiéndose ejecutado obras no contratadas. Sólo hay un contrato aunque modificado, sin que sea posible distinguir a efectos de ejecución y cumplimiento entre uno y otra. Que las unidades de obra objeto del contrato inicial hayan sido ejecutadas en su totalidad no significa, obvio es, que el contrato haya sido ejecutado y cumplido. Que la contrata haya seguido ejecutando obra mientras se tramitaba el modificado, al que no se opuso en su momento, no implica incumplimiento de la Administración, más aún cuando el contratista en su momento ni se quejó, ni paró la obra -lo que podía hacer-; al contrario, fue adjudicatario del modificado.

C. Fue con la notificación del Acuerdo de adjudicación de las obras del modificado cuando el contratista debió oponerse o plantear el oportuno incidente de interpretación contractual respecto del reajuste de la fianza, pero no lo hizo. El contratista paró la obra y sólo cuando se le notificó la apertura del procedimiento resolutorio se opuso a los términos y condiciones en los que se le adjudicó el modificado. Conducta que, desde luego, no parece muy conforme al principio general de la buena fe. Como no lo parece que una vez abierto el procedimiento resolutorio instara a su vez la resolución del contrato por ser la modificación superior al 20% del precio del contrato. Sobre todo, no lo es porque el contratista manifestó expresamente su voluntad de ejecutar las obras a resultas de la aprobación del mencionado modificado.

2. Consecuentemente, ni se reajustó la garantía, ni se formalizó el contrato concerniente de la modificación, ni se iba a cumplir el plazo de ejecución, pues la obra se paró. Concurren, pues, las causas de resolución del art. 111.d) y e) TR-LCAP. Existe causa para resolver, sin que sea alegable la que propugna el contratista, no ya porque no se opuso a la modificación superior al 20% del contrato y que, en efecto, puede ser causa de resolución [art. 149.e) TR-LCAP], sino porque cuando de resolución se trata el análisis del concurso de una u otra causa debe hacerse por orden temporal, y primero fueron las causas alegadas por la Administración; además de que la alegada por la contrata era no sólo posterior, sino impertinente, pues debió alegarla en el momento oportuno, esto es, con la notificación de la adjudicación del modificado.

Es cierto que siendo otras las circunstancias la solución hubiera podido ser diferente, pero el momento para que ello hubiera sido posible era tras la notificación del modificado, no ahora con el efecto de inexecución total de la obra. Las causas de resolución deben ponderarse matizadamente, en razón de la actuación de las partes y del concurso de perjuicio efectivo de los intereses públicos. Si la obra estuviera en efecto ejecutada en un alto porcentaje y así se informara por los Servicios administrativos el contratista podría haber planteado la modificación de los términos de la fianza, siempre que no hubiera perjuicio para tales intereses, aunque la Ley no da mucho margen.

En efecto, cuando el contratista hubiera estado incurrido en baja temeraria, como es el caso, la fianza es del 20% del precio (art. 36.4 TR-LCAP) y no la ordinaria del 4%, por lo que en este caso ascendió a 89.013,20 € (art. 36.1 TR-LCAP). Modificado el contrato, la fianza se debe reajustar "para que guarde la debida proporción con el precio del contrato resultante de la modificación" que, como se dijo, ascendió a más del doble (890.889,65 €), por lo que la garantía en su debida proporción (art. 42 TR-LCAP) hubiera debido ser, para mantener ese 20% del total, de 178.177,93 €. No obstante, la Administración en razón de las circunstancias aplicó un reajuste del 4% (no del 20%) del precio del modificado (no del contrato), por lo que el reajuste se limitó a aumentar la fianza constituida en su día (89.013,20 €) en 17.832,94 € más, que el contratista sin embargo no prestó, proponiendo en las alegaciones a la apertura del procedimiento resolutorio el reajuste total de la fianza (4% del total), eventualidad que sólo procede cuando se practique "la recepción del contrato" (art. 47.5 TR-LCAP), lo que no es el caso.

3. A resultas de lo anterior, en definitiva, procede la resolución, aunque el Acuerdo resolutorio deberá consignar, además de la incautación de la fianza, expreso pronunciamiento sobre la indemnización que procediere de daños y perjuicios en cuanto excedieren de aquella fianza, en los términos del art. 113.4 y 5 TR-LCAP.

## CONCLUSIONES

1. La resolución contractual es conforme a Derecho, puesto que se dan las condiciones legales determinadas en el Ordenamiento jurídico contractual aplicable.

2. En cualquier caso, el Acuerdo resolutorio habrá de incluir, además de la incautación de la fianza, específico pronunciamiento sobre la indemnización que

procediere de daños y perjuicios en cuanto excedieren de aquella fianza, en los términos del art. 113.4 y 5 TR-LCAP.