



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 5 4 5 / 2 0 1 1

(Sección 1ª)

La Laguna, a 18 de octubre de 2011.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Fuerteventura en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la resolución del contrato para la ejecución de las obras correspondientes al proyecto denominado "Peatonalización en el casco urbano de Morro Jable" suscrito entre el Cabildo Insular de Fuerteventura y la empresa C.R.R., S.A. (EXP. 486/2011 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Mediante escrito de 7 de septiembre de 2011, con entrada en este Consejo el 13 de septiembre, la Presidenta del Cabildo Insular de Fuerteventura solicita preceptivamente por el procedimiento ordinario Dictamen previo sobre la Propuesta de Resolución, a adoptar por el órgano de contratación (art. 59.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP), que resulta ser el Consejero-Delegado de Hacienda, Promoción Económica e Innovación del Cabildo Insular, por delegación, por la que se pretende resolver el contrato de peatonalización del casco urbano de Morro Jable, en Fuerteventura, suscrito con la empresa C.R.R. S.A. (el contratista).

En el escrito de solicitud, ésta se funda en los arts. 11.1.D.c), 12.3 y 20.1 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), y 109.d) del Reglamento General de la Ley de Contratos del Estado (RGLCE), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, concreción del art. 112.1 TRLCAP, legislación parcialmente derogada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), pero que resulta aplicable al contrato de referencia de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria primera.2 de esta última Ley, habida cuenta

* **PONENTE:** Sr. Bosch Benítez.

que, en efecto, aquél fue adjudicado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

2. La Propuesta de Resolución justifica su resolución contractual en las causas previstas en los apartados c) y e) del art. 149 TRLCAP; esto es, desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, por un lado, y las modificaciones del contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio primitivo del contrato, con exclusión del IVA, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.

Se ha de señalar que se ha cumplido con el preceptivo trámite de audiencia al contratista -con las observaciones que luego se dirán-, pero no así del avalista, pues, como se trata de una resolución no culpable, no se dispone la incautación de la fianza [art. 109.1.a) y b) RLCAP], así como el preceptivo informe del Servicio Jurídico [art. 109.1.c) RGLCAP]. Finalmente, es asimismo preceptiva la intervención de este Consejo Consultivo, pues consta la oposición del contratista a la resolución tramitada [art. 59.3.a) TRLCAP y art. 109.1.d) RLCAP].

3. Dicho lo cual hemos de formular una consideración complementaria.

En informe de 30 de junio de 2011, en el contexto del procedimiento resolutorio, la Unidad de Gestión de Contratación informa, entre otros extremos, la conveniencia no sólo de iniciar el procedimiento de resolución del contrato, sino también el de los contratos de consultoría y asistencia para la dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de la citada obra. Sólo consta tramitado el primero de estos procedimientos, aunque, como se verá, aparentemente resulta de las actuaciones que puede ser el proceder de terceros lo que ha colocado al contrato en situación de resolución. Es más, parece que la posición del contratista en este procedimiento resolutorio es secundaria, pues se opone a la resolución por entender que no concurren las causas alegadas y manifiesta su voluntad de seguir con la ejecución de las obras, sin que esta circunstancia tenga consideración alguna en la Propuesta de Resolución.

En realidad, pues, no ha sido la actuación de la Dirección facultativa la que ha perjudicado la ejecución del contrato, siendo tal causa la redacción inicial del proyecto y el previo estudio geotécnico, respecto a lo que nada se dice en las actuaciones, ni, lógicamente, en la Propuesta de Resolución.

II

Los hechos e incidencias que se desprenden de las actuaciones son los siguientes:

- Tras la incoación del expediente y tramitación del procedimiento contractual correspondiente, constando la planificación de las obras, la disponibilidad de los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto (acta de replanteo de 31 de marzo de 2006), y la autorización del Consejo Insular de Aguas para la ocupación del dominio público, con la advertencia de que la modificación de las condiciones requeriría nueva autorización o concesión (acuerdo del Consejo de 5 de junio de 2006), se adjudicó el contrato a la empresa C.R.R., S.A. mediante Resolución de 9 de noviembre de 2006, por un importe de 1.457.320,00 €, en dos anualidades (2006, 650.000 €; 2007, 1.130.061,06 €), un plazo de ejecución de 10 meses, a contar de la firma del acta de comprobación del replanteo, y una fianza definitiva de 71.202, 44 €, formalizándose el contrato el 12 de diciembre de 2006.

- En informe de 6 de marzo de 2007, la Dirección facultativa manifiesta que no se ha procedido a la firma del acta de comprobación del replanteo e inicio de las obras, al no haberse presentado, ni aprobado, el plan de seguridad y salud. Y que, tras conversaciones sostenidas con todas las Administraciones afectadas por las obras y la realización de pruebas de cimientos, se acredita que, en el proyecto de las obras, no vienen fijadas las cotas de cimentación de los elementos estructurales que resultan indispensables para el inicio de las obras, ni el horizonte rocoso encontrado coincide con el estudio geotécnico previo que obra en el expediente. Por consiguiente, señala que, sólo cuando la Administración insular facilite el pertinente levantamiento topográfico se podrá disponer de los datos precisos para el inicio de las obras, a determinar en informe ulterior.

El plan de seguridad y salud se aprobó el 9 de marzo de 2007.

- El 15 de marzo de 2007 la Dirección facultativa informa sobre las deficiencias del proyecto aprobado por la Administración y la necesidad de proceder a la modificación de la estructura definida en el mismo, afectando a la estructura del Barranco del Ciervo; la cimentación; los muros perimetrales; cambio de adoquinado; y una línea eléctrica de media tensión, soterrada en el antedicho barranco. La propuesta de modificado asciende a 290.000 €.

- El acta de comprobación de replanteo se suscribió el 19 de marzo de 2007, según se desprende del informe-propuesta de 21 de enero de 2008, no de la

Propuesta de Resolución, proponiéndose al parecer la suspensión temporal del contrato, pero sin constar motivos de la demora. Sin embargo, tal acta no obra en el expediente remitido, desconociéndose por tanto la existencia de observaciones por la contrata o la Dirección facultativa.

- Con fecha 12 de abril de 2007, el Consejero Delegado estima que existen suficientes razones de interés público para modificar el contrato y solicita, en consecuencia, a la Dirección facultativa la redacción de la correspondiente propuesta técnica.

A resultas de esta iniciativa, aquélla elabora el 17 de enero de 2008 una propuesta de modificación que no entrega formalmente, que afecta a la rasante del cauce del barranco, la cimentación, los muros, la red de saneamiento, y las líneas de media y baja tensión, en la línea del informe antes referido. Y, dado su alcance, propone que, hasta tanto no se apruebe el modificación propuesto, se acuerde la suspensión temporal parcial de las obras, autorizándose la ejecución de sus elementos estructurales, pues en caso de suspenderse totalmente las obras se daría lugar a una situación de elevado riesgo de descalce y caída de los muros existentes por haberse excavado el pie de éstos.

Consecuentemente, el Consejero Delegado, mediante Resolución de 23 de enero de 2008, acuerda suspender temporalmente el contrato de obras y requerir informe sobre la obra ejecutada y materiales acopiados, así como sobre la conveniencia de autorizar la ejecución parcial propuesta por la Dirección facultativa.

- El 7 de febrero de 2008 el contratista remite escrito detallando diversas incidencias en la adjudicación del contrato, retrasando las obras. Y aduce que el proyecto de modificación fue entregado un día antes de la finalización del plazo del contrato y nueve meses después de encargarse su redacción, aunque tal proyecto fuere, además, un avance del mismo, por lo que, consecuentemente, contenía una propuesta incompleta. La demora, en definitiva, ha generado al contratista elevados costes de paralización no contemplados en el contrato, reservándose el derecho a su reclamación. Por último, manifiesta su desamparo e interesa de la Administración que tome las medidas oportunas para la ejecución del contrato o, si procede, su resolución.

- El 11 de febrero de 2008 la Dirección facultativa emite informe en el que manifiesta que, hasta tanto no se apruebe el modificación, se inician obras en el barranco (movimiento de tierras y cimentación), pero, como el suelo posee una consistencia granular y se está en época de lluvias, éstas podrían ocasionar una

escorrentía que pudiera afectar tanto a los muros existentes, como a los servicios de saneamiento y eléctrico existentes en el barranco, por lo que propone ejecutar elementos estructurales y de servicios, estimándose un plazo de 5 meses.

- Con fecha 11 de marzo de 2008 se emite el informe requerido en su día (23 de enero de 2008), según el cual: la propuesta técnica de la Dirección facultativa supone un aumento del presupuesto de ejecución material del 19.92%; de la misma resulta un proyecto con una solución técnica diferente a la aprobada; la propuesta ya está parcialmente ejecutada en muros y zapatas, por lo que ya no cabe otra solución diferente, salvo la demolición; hay servicios afectados soterrados en el barranco no previstos en el proyecto; procede continuar lo ejecutado para evitar el derrumbe de los muros. En definitiva, se apoya la autorización de la ejecución de las obras propuestas por la Dirección facultativa por un importe de 589.198,27 €.

- El contratista acepta la propuesta de precios incluida en la modificación mediante escrito de 11 de marzo de 2008. Sin embargo, advierte que ha transcurrido casi un año desde que se solicitó la redacción del proyecto modificado, por lo que su aceptación no implica su renuncia a reclamaciones económicas por los gastos ocasionados por la demora de dicho modificado.

- Mediante Resolución del Consejero Delegado de 8 de abril de 2008 se acuerda levantar parcialmente la suspensión de las obras a los efectos de ejecutar las obras propuestas por la Dirección facultativa, que, en el plazo de veinte días, ha de presentar la propuesta técnica de modificación del proyecto.

- El 28 de abril de 2008 tiene entrada en el Cabildo escrito del Ayuntamiento de Pájara en el que solicita que se tenga en cuenta la compatibilidad del proyecto modificado en trámite con el aparcamiento subterráneo que se pretende ubicar en el casco urbano.

- La Dirección facultativa presenta, al fin, el proyecto modificado el 23 de junio de 2008, en principio acordado el 12 de abril de 2007, pero que, por las diversas vicisitudes descritas, se ha demorado 14 meses.

- Mediante Resolución de 24 de septiembre de 2008 y a los efectos de culminar la ejecución de las obras parciales propuestas por la Dirección facultativa, el Consejero delegado acuerda conceder un plazo adicional de dos meses para la finalización de la obra, prevista el 9 de septiembre de 2008, estableciéndose como nueva fecha al efecto el 9 de noviembre de 2008.

- El 3 de noviembre de 2008 la Dirección facultativa solicita la prórroga de un mes de la ejecución del contrato a fin de compensar los retrasos causados por el estado del suelo y por la necesidad de contar con preceptivas autorizaciones para la ejecución de los trabajos.

Por Decreto del Consejero, de 14 de noviembre de 2008, se acordó lo solicitado, por lo que la fecha para finalizar la ejecución de las obras pasa a ser el 9 de diciembre de 2008.

- Previa queja de los vecinos, el 17 de diciembre de 2008 se informa que las obras están paralizadas, en estado de abandono y con falta de medidas de seguridad.

- Con fecha 6 de marzo de 2009, superada con creces la fecha de finalización de las obras se informa que el proyecto modificado, en línea con lo informado al respecto un año antes, pero sin efecto, constituye un proyecto nuevo. Así, se modifican completamente los pavimentos y revestimientos horizontales utilizados, agrupando los doce tipos diferentes del proyecto original en una única solera de hormigón y un único solado con adoquines y desapareciendo las terrazas a diferentes alturas y los muros de mampostería. Se elimina la cabina de taxis y los aseos públicos, se trasladan los contenedores de basuras soterrados y se crean nuevas instalaciones por la ejecución de obras de telecomunicaciones, baja tensión, agua potable y saneamiento. Los únicos capítulos que permanecen sin modificaciones sustanciales son aquellos de menor peso constructivo en la obra, como los destinados a mobiliario urbano, jardinería o alumbrado público". Asimismo, se estima que el incremento en el precio de ejecución material es de 248.146, 20 € (17% del precio inicial), aunque la variación absoluta de la modificación, teniendo en cuenta las unidades que dejan de ejecutarse como las novedosas, supone el 121% del proyecto original. Por consiguiente, se propone la resolución del contrato por cuanto la modificación excede del 20% del precio del contrato; y, además, por constituir una alteración sustancial del proyecto, sustituyéndose unidades que afectan, al menos, al 30% del mismo.

- Mediante providencia de 12 de marzo de 2009 el Consejero Delegado solicitó de la Dirección facultativa la propuesta de fecha de recepción de las obras ejecutadas y propuesta de liquidación del contrato; solicitud reiterada el 21 de mayo de 2009 y el 29 de enero de 2010.

- Por fin, mediante escrito de 13 de febrero de 2010 la Dirección facultativa responde que la obra parcial autorizada se encuentra ejecutada, a excepción de lo concerniente a la puesta en servicio de la línea de media tensión trasladada,

terminada pero pendiente de inspección, advirtiéndose además que la liquidación de las obras se efectuará una vez sean recibidas.

Y, poco después, el 14 de abril de 2010 recuerda que un porcentaje importante de la obra definida en el proyecto no se ha ejecutado, por lo que, antes de la liquidación de la referida obra parcial, procedería acordar la resolución del contrato de obras, con la recepción de lo ejecutado y la no ejecución del resto.

- Mediante Resolución de 3 de mayo de 2010, el Consejero Delegado acuerda no tramitar la propuesta de modificación del proyecto; no ejecutar las unidades de obra del proyecto primitivo no contempladas en la propuesta de la Dirección facultativa de suspensión parcial de las obras; e incoar expedientes para resolver el contrato de obras por desistimiento de la Administración así como los de consultoría y asistencia para la Dirección facultativa y la coordinación de seguridad y salud de la citada obra.

- El 9 de junio de 2010 se firma el acta de recepción de las obras ejecutadas no afectadas por la solicitud de suspensión, constanding alegaciones varias de la contrata: no se trata de una obra completa; tiene voluntad de continuar con la ejecución; se opone a la resolución del contrato; y se le han ocasionado daños y perjuicios. La Dirección facultativa también observa que no se ha culminado la ejecución de las obras y que habría que darle al contratista un plazo extraordinario para su culminación, sin recibir una obra completa y estando la recepción condicionada al procedimiento de resolución. Además, era pertinente la modificación propuesta porque se han dado circunstancias imprevistas, sin que las unidades de nueva consideración representen más de un 30% del presupuesto y el precio del modificado supere el 20% del presupuesto inicial.

La misma Dirección facultativa entrega el 16 de julio de 2010 relación valorada final, previa medición general de las obras ejecutadas, sin reparos, y el 1 de abril de 2011 recuerda que el plazo de garantía vence el 9 de junio de 2011, por lo que el informe final debe emitirse 15 días antes de tal fecha y la propuesta de liquidación un mes después de tal plazo, no procediendo hasta entonces formular ésta.

- El 11 de abril de 2011 se reitera a la Dirección facultativa la petición de propuesta de liquidación y, ante su silencio, el 29 de abril se recaba la elaboración de una propuesta de liquidación del contrato a los propios técnicos del Cabildo, informándose el 3 de mayo de 2011 que procede una indemnización al contratista de 68.947,03 €, en concepto del 6% de las obras dejadas de realizar.

- Acordado trámite de audiencia, mediante escrito con entrada el 23 de mayo de 2011 el contratista presenta alegaciones oponiéndose a la indemnización propuesta en base a la valoración pericial que aporta, considerando que procedería abonarle 528.279,12 €.

- Con fecha 22 de junio de 2011 se emite informe sobre tales alegaciones por parte de los Servicios técnicos, proponiendo su desestimación toda vez que el contratista no ha probado, ni fundado, su petición de indemnización. Así, se trata de gastos propios de la ejecución del contrato que han sido abonados mediante certificación y el aumento de unidades se debe entender, no como un incremento de medición, sino como ejecución de una solución técnica distinta de la aprobada y no autorizada (*sic*).

- Luego, el 30 de junio de 2011 y después de acordado el inicio del procedimiento resolutorio, se informa la procedencia de la resolución del contrato por modificación que implicaba una alteración sustancial del proyecto [art. 149.e) TRLCAP], señalando el procedimiento a seguir en tal caso: audiencia al contratista, pero no del avalista al no decretarse la incautación de la fianza; Informe del Servicio Jurídico; y Dictamen de este Consejo.

- Con fecha 13 de julio de 2011 se emite informe por la Secretaría General del Cabildo en el que se advierte no haberse dado cumplimiento a la liquidación que exige el art. 151 TRLCAP, con citación del contratista; que no procede la indemnización que alega el contratista, pues no prueba su procedencia, limitándose a utilizar un criterio de valoración o evaluación formal de los gastos generales que fueron abonados con ocasión de la ejecución parcial de las obras, siendo mínima la obra ejecutada conforme al proyecto original; y que procede la resolución del contrato por la causa alegada.

- Con fecha 7 de septiembre de 2011 se formula Propuesta de Resolución proponiendo la resolución del contrato por las causas c) y e) del art. 149 TRLCAP, sin incautación de fianza, cuya cancelación asimismo se acuerda, por no haber culpa del contratista, a quien se le reconoce una indemnización de 68.947,03 €, en concepto de beneficio industrial, pero no daños y perjuicios. Además, se acuerda notificar la Propuesta de Resolución al contratista en trámite de vista y audiencia; erróneamente, pues tal trámite, que forma parte de la instrucción del procedimiento, a los efectos precisamente del cumplimiento de sus fines (art. 78 y 84 LRJAP-PAC), ha de producirse terminada la fase instructora y antes, lógicamente,

de formularse la Propuesta de Resolución, con el contenido señalado en el art. 89 de la citada Ley.

Deficientemente, como obligada consecuencia de lo antedicho, se recaba Dictamen sin esperarse a la realización y resultado de la vista y audiencia.

III

1. Comprobación del replanteo y plazo final de ejecución de las obras.

No consta en las actuaciones el acta de comprobación de replanteo. Cabe, dadas las circunstancias de preparación y adjudicación, primero, y su ejecución, después, que se hicieran constar observaciones sobre tales aspectos, apareciendo las diversas incidencias descritas y obstaculizándose la ejecución de las obras inicialmente proyectadas y contratadas. Se informa que dicha acta se firmó, sin poderse comprobar, el 19 de marzo de 2007, más de un mes después de la formalización del contrato, iniciándose en ese momento (art. 142 TRLCAP) y el Pliego) el cómputo del plazo de 10 meses para la ejecución del contrato, que finalizaría entonces el 19 de enero de 2008. Sin embargo, la dilación misma en la firma constituye una causa de resolución del contrato, teniendo derecho el contratista a una indemnización del 2% del precio de la adjudicación [arts. 149.a) y 151.2 TRLCAP], pero no constan alegaciones al respecto.

En cualquier caso, consecuencia del retraso es que la fecha de finalización del contrato es más tardía que la aducida en las actuaciones, al tomar erróneamente como inicio del cómputo la fecha de adjudicación. Además, como el plazo de ejecución fue prorrogado dos veces, la fecha de ejecución habría de ser por fin el 19 de abril de 2008.

2. Modificado y suspensión de las obras.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, la Dirección facultativa informó enseguida de la necesidad de aprobar un modificado que afectaba a elementos estructurales de la obra contemplados en el proyecto inicial, proponiendo por ello la suspensión temporal de la ejecución, salvo precisamente la realización de trabajos relativos a dichos elementos estructurales por necesidad insoslayable de evitar perjuicios irreparables y la posible ruina de la obra, que serían el objeto principal o primario del proyecto modificado.

Y, significativa y relevantemente, esta propuesta fue en principio aceptada por el órgano de contratación, que encargó a la Dirección la redacción de la propuesta técnica, entregada ciertamente con demora, al tardarse más de un año, cuando el plazo máximo para ello es de seis meses (art. 146.4.TRLCAP), sin que conste que el Servicio del Cabildo o el órgano de contratación dijera nada al respecto; ni, por supuesto, el expediente del modificado estuviere aprobado en el plazo de ocho meses legalmente previsto.

Cabe recordar que, cuando la modificación no supere el 20% del precio del contrato, se podrá acordar la suspensión temporal parcial con ejecución provisional de las obras que resultan de la propuesta de la Dirección facultativa (art. 146.4 TRLCAP), debiéndose ejecutar "preferentemente" de las unidades de obras previstas en el contrato, aquellas partes que no hayan de quedar ocultas posterior y definitivamente.

Es decir, el contratista estaba facultado para solicitar la resolución del contrato por haber quedado las obras en situación de suspensión administrativa por un plazo superior a ocho meses [art. 149.c) TGRLCAP], el mismo disponible para la aprobación del modificado, teniendo en tal caso el contratista derecho a la indemnización del 6% del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial. Las cuales serían las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones y las que hasta la fecha de notificación de la suspensión se hubieran ejecutado (art. 151.4 TRLCAP), pero también las accesorias (art. 130.3 RGLCAP) y los acopios a pie de obra (art. 171 RGLCAP). Pero no parece que la contrata utilizara esta previsión, pues ha manifestado su intención de seguir con la ejecución del contrato, sin perjuicio de ser indemnizados por gastos que le hubiera generado la demora en la ejecución por culpa de la Administración contratante.

En todo caso, no parece que, en estas circunstancias, el proyecto modificado, siquiera en parte, se ejecutara antes de aprobarse, pese a la enorme dilación en su tramitación. Es más, si antes de firmarse la comprobación del replanteo, consta la necesidad de un modificado del proyecto original por defectos en el mismo, mayormente causados por el deficiente estudio geológico del suelo en el que se basa, lo procedente no debiera ser seguir con la ejecución del contrato, afectándose elementos estructurales y básicos de la obra, sino, en puridad, resolver la contratación, con los efectos pertinentes.

Así, la opción elegida, la suspensión parcial de las obras, no solo no evitó la problemática general y determinante en la ejecución de la obra luego aparecida, sino que permitió, por necesidad imperiosa, que se realizaran trabajos del modificado sin haberse aprobado éste definitiva o formalmente, afectando no obstante la suspensión acordada a la mayor parte de la obra originalmente proyectada y, por ende, del precio y presupuesto de contratación.

3. Vicios del proyecto

En el informe inicial de la propuesta de modificación, la Dirección facultativa manifestó que, tras conversaciones sostenidas con todas las Administraciones afectadas por las obras, el proyecto original no sólo tenía notorios defectos de diseño, que afectaban de forma sustancial a la estructura de la obra, sino que el carácter rocoso del terreno no coincidía con lo recogido en el estudio geotécnico previo, obrante en el expediente. Por eso, el Cabildo debía aportar un levantamiento topográfico para poder tener los datos técnicos precisos al efecto de iniciar las obras, observándose finalmente que se remitirá ulterior informe concretando estos extremos.

En todo caso, se afectaban elementos esenciales de la obra, tales como la estructura del Barranco del Ciervo, requiriéndose, al parecer de la Dirección facultativa, cambio de cimentación o de adoquinado y refuerzo de muros perimetrales, o bien, una línea eléctrica soterrada en el cauce de dicho barranco. Esto es, el Director de la obra está advirtiendo a la Administración contratante, además antes de iniciarse la ejecución de las obras, que el proyecto de éstas, con afectación obvia y determinante para el contrato en ejecución, tenía un vicio esencial, de modo que se proponía la inevitable tramitación de un modificado, cuyo costo se estimaba en principio en 290.000 €, aunque lo procedente habría sido, dada la entidad del vicio y sus efectos en la realización de la entera obra proyectada, la resolución del contrato.

Vicio que, además y en buena medida, aparece por el defectuoso estudio geotécnico del terreno donde se ubicaba la obra, que no tenía en cuenta su real clase o tipo, y que hacía inviable construir allí la obra proyectada; y, a mayor abundamiento, tampoco se tuvo en cuenta en la redacción del proyecto la afección de otros servicios en la ejecución de la obra [arts. 124.3 y 124.1.b) TRLCAP].

4. La cuantía del modificado

Por otra parte, el costo del modificado propuesto ascendía, como se dijo, a 290.000 euros inicialmente, estimando la Dirección facultativa la desviación del presupuesto en una cantidad no detallada pero que afirma no es superior al 20% del precio del contrato, confirmando un informe administrativo que alcanzaba el 19,92%, significativamente. Pero, aunque el proyecto modificado que presentó la Dirección facultativa señalaba que el costo no superaba el 20% del original, se informa que el incremento de ejecución material es del 17%, aunque se advierte que la variación de unidades de obra entre uno y otro proyecto llega al 121%, sustituyéndose al menos el 30% de las primitivas, por lo que el modificado excede realmente del 20% del precio inicial del contrato, proponiéndose su resolución, cabiendo añadir que, como causa resolutoria, podría entenderse que el cambio de unidades que supongan un 30% de dicho precio, puede ser una sustancial alteración del proyecto original [arts. 149.1, e) y 150.1 TRLCAP].

5. Modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial.

Justamente, la Administración rechaza el proyecto modificado no sólo por entender que se ha producido, con la dilación en su tramitación, la incursión de la contratación en la causa c) del art. 149.1 TRLCAP, sino también porque la modificación daba lugar a un proyecto novedoso, constituyendo la modificación propuesta la alteración antedicha y, por ende, causa autónoma de resolución.

Sin embargo, la modificación, al menos en su parte esencial, es mera consecuencia de las deficiencias ya reseñadas en la preparación y adjudicación del contrato, afectándose, se recuerda, la estructura del terreno y, por ende, la cimentación y muros de la obra u otros servicios no advertidos en principio, todo ello en el cauce del barranco afectado, como saneamiento o línea eléctrica.

Por lo demás, la Administración dio su conformidad inicial a la redacción del modificado y, encima, mientras se hacía, accedió a la suspensión parcial de las obras, continuando las estructurales que debían recogerse con el proyecto modificado para evitar la ruina de la obra en el barranco.

En este orden de cosas, no es asumible la afirmación de que, por las circunstancias que se reseñan, se califique el modificado como un proyecto nuevo, no sólo por lo antedicho, por más que lo actuado sea contradictorio e improcedente al no estar aprobado, ni aún redactado el proyecto modificado, sino porque la propia Administración informó favorablemente la modificación de cimentación y muros, la

solución de servicios, al aparecer los ya indicados, no contemplados en el proyecto inicial, con los primeros movimientos de tierras, y la justificación del pavimento primero previsto, por degradarse dada la cercanía del mar, autorizándose las obras sin cobertura formal propuestas por la Dirección facultativa, actuando el contratista con este soporte y pertinentemente.

Cierto es que, no menos contradictoriamente que en otras actuaciones en la presente contratación, el proyecto modificado finalmente redactado se informó desfavorablemente y se rechazó por el órgano de contratación, decantándose por la resolución como se dijo y por los motivos asimismo referidos, pero no puede negarse tanto el origen e inicio del modificado, o bien, su implementación parcial autorizada y apoyada en causas y documentos que la justificaban y precisaban, apareciendo incorrecciones iniciales e imprevistos posteriores que lo condicionaban y alteraban continuamente. Por eso, si el proyecto modificado que, con estos presupuestos, pudo finalmente presentarse en los términos y por los motivos antedichos con el contenido resultante congruente con todo ello, la Administración, que consintió la deficiencia inicial, autorizó el modificado y la continuidad parcial de la obra y conoció la problemática de ésta, no puede ahora alegar, no ya que se trata de un proyecto "nuevo", sino que esto es así al alterarse los fines y características básicas del proyecto inicial, sin más o como si ella no hubiese intervenido en el asunto.

6. El contratista.

Resulta, por tanto, justificable que el contratista siempre se haya opuesto a la resolución del contrato, solicitando expresamente la continuación de las obras, aunque advirtiendo la procedencia de ser indemnizado por los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado la suspensión parcial acordada y la dilación en la aprobación del modificado, circunstancias que dieron lugar, asumiéndolo el órgano de contratación, a que la Dirección facultativa recabara que se prorrogara la duración del contrato, sustituyendo la fecha de culminación de la obra, habida cuenta de que ni siquiera la ejecución del modificado supondría tal culminación, dadas las circunstancias.

Por supuesto, la contrata ninguna culpa ha tenido, actuando siempre diligentemente y con predisposición según se le ordenaba, con autorización administrativa por demás, en las vicisitudes de la ejecución y, es claro, en la eventual resolución del contrato por las causas alegadas; razón seguramente por la

que, al menos, la Administración asume la ausencia de tal culpa y propone no incautar la fianza.

Es más, en un momento dado, el contratista presentó escrito manifestando su estado de desamparo en la situación creada, solicitando a la Administración la adopción de las medidas oportunas para la ejecución del contrato o para su rescisión en febrero de 2008, sin que entonces el órgano de contratación actuar en consecuencia, pues se limitó a permitir las obras propuestas por la Dirección facultativa, pero propias del modificado a aprobar, aunque, obviamente, parte de la obra a construir contratada.

En esta situación compleja, no resulta extraño que la Dirección facultativa comunique el final de las obras, salvo el servicio relativo a la línea eléctrica trasladada, y, al tiempo, señale que parte importante de la obra proyectada no se ha ejecutado, debiéndose entender que se trata de lo no afectado por el modificado.

Consecuentemente, proponiéndose por la Dirección facultativa la modificación y suspensión, en parte, de la obra y autorizándolo la Administración, que también admite los términos del modificado, por motivos conocidos, y asumidos al aceptar los actos preparatorios y el proyecto original, por el órgano de contratación, se concluye con que se aprueba formalmente el modificado considerado necesario y asumido en sus términos sucesivos y se pretende resolver el contrato, sin tener en cuenta pertinentemente lo construido en relación con el modificado no aprobado, por suspensión parcial de la obra, sin que ésta, aunque indebidamente, nunca estuviera parada mucho tiempo y, por alteración, supuesta, del proyecto original que fue aceptado por la Administración, pero que no ha sido aprobado.

Lo que, en principio y en relación con el contratista, ha de suponer no sólo que han de serle abonadas las obras realizadas, al precio pertinente de las unidades correspondientes, indemnizándosele en su caso por los daños que le irrogase la suspensión parcial acordada o la realización de trabajos no aprobados pero autorizados, sino que, existiendo aparente desistimiento de la ejecución de la obra restante, según proyecto no modificado, por la Administración, ha de serle abonado el 6% de su precio, sin incluir las realizadas, y abonables, por el modificado no aprobado.

7. La Propuesta de Resolución

Justamente, aunque se había informado la pertinencia de resolver el contrato por diversos motivos, según se expuso, sin aprobarse el modificado de las obras

hechas y no siguiéndose con la ejecución de la obra restante, el órgano de contratación, más de un año después, decide iniciar el procedimiento resolutorio por desistimiento de la Administración. Y, más tarde, se firmó acta de recepción de obras ejecutadas no afectadas por la suspensión y, por ende, relativas al modificado, al menos las necesarias para la ejecución del proyecto modificado, excluyendo la parte no afectada por éste del proyecto original. Como se dijo, el contratista se opone porque, aduce, tiene conocimiento de que el Cabildo pretende continuar con la ejecución de las obras, aunque con otro contrato a licitar en su momento, reclamando su derecho a ejecutar el contrato adjudicado en estas circunstancias, indicando en definitiva la inexistencia efectiva de la causa alegada.

Y también se opuso, haciendo las oportunas alegaciones, a la propuesta de indemnización correspondiente, efectuada por la Administración en aplicación del art. 151.4 TRLCAP.

Intempestiva e inapropiadamente, se informa, de modo favorable, eso sí, el acuerdo de inicio de la resolución, pero se alega ahora que la causa es la alteración sustancial del proyecto original, en los términos que ya se reseñaron, pero sin constar la audiencia al contratista sobre el cambio operado en la causa resolutoria, dictándose, en estas condiciones, la Propuesta de Resolución, que, salomónicamente, aduce las dos causas anteriores, la contestada por el contratista y la informada luego, art. 149, c) y e) TRLCAP, aunque termina indicándose que ha de trasladarse al contratista a los efectos oportunos, defecto procedimental con su improcedente consecuencia que ya se han explicitado.

En este despropósito, se advierte que solo después de la medición de la obra y de resuelto el contrato ha de efectuarse la correspondiente liquidación, con abono en su caso de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pero, en este caso y sin culminarse el procedimiento resolutorio, se ha realizado esta operación; lo que, en efecto, parece indicar la intención de la Administración de continuar la obra, aplicándose, de hecho, sin contestar lo alegado por la contrata y sin justificar la urgencia (el apartado 5 del art. 151 TRLCAP y no su apartado 1).

Desde luego, resuelto el contrato, no parece debida la suscripción de acta de recepción, no tratándose de obra completa susceptible de cumplir su fin o de ser destinada al uso público, ni se está ante una recepción parcial de aquélla. Por eso, lo procedente es que, acordada la resolución o prevista ésta en su caso (art. 172 RLCAP), se efectuara la comprobación, medición y liquidación de las obras, fijándose

los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista, constando que la Dirección facultativa efectuó relación valorada final, previa medición, sin reparos, pero siempre referidas a las relativas al modificado, no a las restantes suspendidas.

Por lo demás, son efectivamente discutibles en su aplicación al caso las causas de resolución alegadas por la Propuesta de Resolución, que no se disciernen debidamente y que son de difícil, cuando no contradictoria, alegación por la Administración en las circunstancias dadas, al menos al mismo tiempo.

Ni siquiera hay concordancia en el porcentaje del modificado respecto del proyecto original, en unidades de obra y en costo o precio. Y, ciertamente, debiendo constar en todo caso en la Propuesta de Resolución, la Administración no contesta razonadamente el alegato del contratista de que no cabe desistimiento cuando, en realidad, el Cabildo pretende seguir con la obra y, de hecho, actúa como si así fuere, pareciendo irregular que se resuelva por esta causa y, sin solución de continuidad, por un modificado no aprobado que se alega es modificación esencial del proyecto inicial, promovido por la Administración y que luego tiene por no hecho, siempre sin culpa u oposición del contratista, para posteriormente adjudicar la obra, con el modificado incluido, a otro contratista, con la oposición, además, de la Dirección facultativa.

En este orden de cosas, finalmente, se recuerda que no se justifica apropiadamente el desistimiento alegado como causa resolutoria, no pudiendo ser, justamente, el modificado operado pero no aprobado, ni cualquier otra conectada con la actuación del contratista o de la pertinencia de la obra, desconociéndose qué causa de interés público, a expresar al ejercitarse facultades discrecionales que, además, restringe derechos, puede sustentar tal decisión y, en su caso, que el contratista no continúe con la ejecución de una obra que se pretende continuar y que él desea ejecutar.

Finalmente, sobre la discrepancia relativa al montante de la indemnización a abonar al contratista, rechazando la Administración la valoración hecha por éste y manteniendo que la propuesta es la correspondiente al 6% de la obra no realizada, se observa que, según el art. 171.2 RGLCAP, los efectos del desistimiento son los mismos que los de la suspensión definitiva: 6% de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, entendiéndose por obra realizada no sólo la certificada, sino también las "acesorias" cuyo importe forma parte del denominado "coste indirecto" a que se refiere el art. 130.3 RGLCAP. La Administración valora el 6% de las obras suspendidas, no ejecutadas ciertamente, existiendo aquí discrepancia entre las

partes, sin reconocer cualquier otra cuantía en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Al respecto se emitió informe por la Secretaría General del Cabildo manifestando que no se ha dado cumplimiento a la liquidación que exige el art. 151 TRLCAP, previa citación del contratista, circunstancia que puede influir en la señalada discrepancia. Y no es pertinente la opinión del órgano de contratación de que no es preciso porque la Dirección facultativa ha procedido a la liquidación del contrato, pues ello supone tan sólo que no se debe al contratista abono por obra ejecutada y certificada, mientras que se trata aquí de valorar la obra dejada de ejecutar, procediendo que la Dirección facultativa se pronuncie al respecto.

En este sentido, no hay dos contratos en ejecución, como a veces se entiende por las partes aparentemente, sino uno solo que ha sido modificado, aunque irregularmente, incluyéndose en el nuevo proyecto tanto determinadas unidades propias y nuevas, como otras del proyecto original que se cambian por el motivo ya conocido, pretendiéndose ejecutar pero de otra manera la obra contratada. En esta línea, la Dirección facultativa ha de informar sobre los denominados costes indirectos, teniendo en cuenta el tiempo en el que la obra se estuvo realizando, con unidades ejecutadas, alteradas o nuevas, y no ejecutadas, a fin de distinguir qué costes se entienden certificados y abonados y cuáles deben ser indemnizados.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución analizada no es conforme a Derecho, debiendo atenderse a las observaciones que se exponen en el Fundamento III, de manera que, al efecto, procede la retroacción del procedimiento, con formulación de nueva Propuesta resolutoria a remitir a este Organismo para ser dictaminada.