



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 5 / 1 9 8 6

La Laguna, a 27 de noviembre de 1986.

Dictamen requerido por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, a solicitud previa del Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, respecto de un *expediente de modificación de contrato administrativo (EXP. 26/1986 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen consiste en determinar si el Proyecto de Modificación del Contrato de Obras, relativo a la Construcción del Depósito Regulador de Llanos de Mesa, se ajusta a los requisitos y condiciones previstos en el Pliego de las Condiciones y en el Ordenamiento jurídico, que a la sazón está constituido, fundamentalmente, por la Ley de Contratos del Estado (LCE), su Reglamento (RCE), la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) y el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el RDL 781/1986, de 18 de abril.

Respecto de los presupuestos adjetivos que inciden en la formulación del presente dictamen, interesa señalar que la legitimación del Presidente del Cabildo para solicitar al Presidente de la Comunidad Autónoma (CAC) que requiera a este Consejo la emisión del dictamen de referencia, se fundamenta en el art. 114.3 del RDL 781/1986 citado, el cual prevé que, en los casos de modificación de contratos cuya cuantía exceda la fijada por el Estado y aquélla supere el 20% del precio del contrato, *será preceptivo*, además de los Informes de la Secretaría y de la

* **PONENTES:** Sres. Hormiga Domínguez y García Luengo.

Intervención de la Corporación, el «Dictamen del Órgano Consultivo Superior de la Comunidad Autónoma, si existiera».

Este Órgano Consultivo fue creado, es sabido, por la Ley territorial 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias, Ley que se promulgó en base a la previsión del art. 43, EACan, y cuya función es, según dispone su art. 1, dictaminar, además de la adecuación al Estatuto de Autonomía de los Proyectos o Proposiciones de Ley que se sometan al Parlamento, las materias que se determinan en su Ley constitutiva, velando en el ejercicio de sus funciones por la observancia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y del resto del Ordenamiento jurídico. En este sentido, la competencia del Consejo Consultivo para dictaminar expedientes como el que trae causa resulta del art. 10.8 de la Ley 4/1984, que atribuye a su conocimiento, con carácter preceptivo, los expedientes de interpretación, modificación, resolución y nulidad de los contratos administrativos y concesiones, *cuando se formule oposición por el contratista o concesionario y así lo dispongan las normas aplicables*».

Sin embargo, y sin que ello suponga cuestionar la competencia del Consejo Consultivo para evacuar el dictamen solicitado, respecto del que en su día aquél declaró su admisibilidad, sí conviene precisar que no existe una absoluta identidad entre las normas de la Ley 4/1984, del Consejo Consultivo, y el RDL 781/1986, antes citadas. En efecto, el art. 10.8, de la Ley 4/1984, prevé dictamen preceptivo en aquellos supuestos de modificación contractual en que haya oposición del contratista, razón por la que, *a sensu contrario*, cuando el contratista consiente todos los extremos que constan en la propuesta de modificación, -como ocurre con el expediente que se dictamina-, la solicitud del referido dictamen sería en todo caso facultativa. No obstante, el art. 114.3 del antes citado RDL prescribe la consulta preceptiva al Órgano Consultivo competente en cualquier circunstancia, haya habido o no oposición del contratista, como asimismo dispone el art. 18, LCE, al que implícitamente reenvía el 114.3, que exige tan sólo que el contrato exceda los 100 millones de pesetas y la modificación propuesta supere el 20% de su importe.

En consecuencia, la solicitud de dictamen no resulta preceptiva, de conformidad con la Ley 4/1984, si bien, al haberse instado, se cubre la exigencia prevista en el art. 194.3 del RDL 781/1982, en el sentido de que el expediente de referencia, antes de su aprobación definitiva, sea dictaminado, lo que hace el Consejo Consultivo.

II

1. En cuanto a los hechos, que obran en el expediente que ha sido remitido a este Consejo, adjunto a la solicitud de dictamen, resulta que las obras relativas al contrato de referencia fueron adjudicadas a la «Compañía D.C.», en sesión ordinaria celebrada por el Cabildo insular de Tenerife, el día 30 de noviembre de 1984, por un importe de 163.523.321 Pts. y un plazo de ejecución de 18 meses, otorgándose el contrato en escritura pública nº 601, de 25 de marzo de 1985. Durante la ejecución de las obras, se advirtieron circunstancias («deficiente calidad de los terrenos»; «inestabilidad de los terrenos atravesados por la galería de conducción de aguas» y «necesidad de acondicionar los caminos de acceso desde la carretera general», entre otros), que incidieron directamente en las obras a realizar, haciendo para el contratista más gravosa su ejecución, lo que motivó la iniciación de un expediente de modificación contractual, que implicaba un aumento del costo en 67.391.953 Pts. sobre el precio de adjudicación, lo que supone una alteración de aquél del 41.2%, debiéndose precisar que el contratista prestó su conformidad al acta en que se fijaron los precios contradictorios, de fecha 15 de octubre de 1985, renunciando de esta suerte a la posibilidad que le brindaba el art. 117, LCE, de solicitar la resolución del contrato.

2. Es consustancial a la institución del contrato administrativo el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones que constituyen su objeto, pues no puede ignorarse que la ejecución de todo contrato comporta la presencia de un cierto riesgo susceptible de alterar la posición inicial de equilibrio preexistente, situación ésta más apreciable en los contratos administrativos debido a su larga duración, volumen de recursos que suelen emplearse, así como por la posición de privilegio que ostenta la Administración.

Pues bien, si inicialmente el contratista no tenía defensa alguna frente a los riesgos sobrevenidos en la ejecución del contrato -en base al principio histórico de «riesgo y ventura», según el cual, el contratista debe pasar por la mayor o menor onerosidad sobrevenida, no permitiéndose que aquél se desligue del contrato, o pretenda una modificación correlativa del precio-, la legislación ha evolucionado paulatinamente en el sentido de garantizar una posición de equilibrio entre la Administración y el contratista. De esta forma, surge una serie de mecanismos que matizan la relación contractual. Así, frente a las modificaciones unilaterales

introducidas directa o indirectamente por la Administración, se reconoce al contratista el derecho a conservar el equivalente económico, o, incluso, a rescindir el contrato; y, como compensación de las alzas de precios y costes, se admitirá un sistema de revisión de precios, que evitará que el contratista haya de soportar todo el peso de las fluctuaciones económicas en que se desenvuelve el contrato y cuya justificación última se encuentra en la cláusula general *rebus sic stantibus*, que matiza la aplicación del principio tradicional *pacta sunt servanda*, con el que se hace referencia a la obligatoriedad para ambas partes -Administración y contratista- de cumplir en la forma convenida las estipulaciones que constituyen el contenido del contrato, de conformidad con los arts. 109 1, del Código Civil; 14, LCE, y 45, RCE, según los cuales, el contrato es Ley para las partes contratantes y será inalterable a partir de su perfeccionamiento. En este sentido, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 5 de julio de 1985) sostiene que el pliego de condiciones es la «ley del contrato», siendo igualmente vinculante para la empresa y la Administración, en los términos y cláusulas que figuran en él.

Ahora bien, aunque el contrato es ley entre las partes, no cabe silenciar que en la contratación administrativa la Administración debe perseguir primariamente la satisfacción del interés general, en aras del cual debe ejercer sus potestades, razón por la que se le ha reconocido legalmente la posibilidad de introducir modificaciones en los contratos que haya celebrado, a fin de asegurar una mejor ejecución de los mismos y, consecuentemente, una mayor y mejor satisfacción del mencionado interés, lo que a la postre constituye la justificación de la *denominada potestas variandi*.

En esta línea, las alteraciones o adaptaciones que el interés público exige introducir en la obra contratada tienen en todo caso su contrapartida en un deber legal de respetar el equilibrio financiero del contrato.

Debe recordarse, por último, que si bien la Administración ostenta normativamente el privilegio de la decisión unilateral de la modificación del contrato, esta facultad -además del mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones- se encuentra sometida en su ejercicio a ciertos límites, fundamentalmente, la incoación del oportuno expediente administrativo, con presencia activa del contratista, que acredite las razones concretas de interés público que exigen tal modificación.

3. El art. 11.1 del RDL 781/86 dispone que el órgano de la entidad local competente para contratar podrá modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados. Precisamente, los arts. 41.1, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, LRBR, en conexión con el 28.1.d) y 114.1 del RDL 781/1986, atribuyen al Pleno de la Corporación insular la competencia para modificar los contratos administrativos, por ser el órgano con competencia contractual, según se ha dicho.

Precisamente, en la cláusula 20ª del Pliego de condiciones, en sus n^{os} 3 y 4, se dispone que: «cuando por *causas imprevisibles e inevitables*, o en virtud de motivos de interés público, sea necesario introducir modificaciones en el Proyecto del contrato, se estará a lo dispuesto en la normativa vigente. En tales casos, se procederá según lo previsto en la cláusula 59 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, siendo precisa la fiscalización del mayor gasto que se produzca. Cuando las modificaciones representen variación en mas o menos en el presupuesto de las obras, será reajustado proporcionalmente su plazo de ejecución y la fianza definitiva».

En este sentido, el art. 59 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales, aprobado por Decreto de 31 de diciembre de 1970, señala que «cuando sea necesario introducir modificaciones en el proyecto de las obras que rige el contrato, el Director redactará la oportuna *propuesta* integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por la Administración requerirá la previa *audiencia* del contratista, el *Informe* de la oficina de supervisión de proyectos y la *fiscalización del gasto* correspondiente».

Las normas antes citadas deben ser completadas con las prescripciones que al respecto establece la legislación contractual, específicamente el RCE, cuyo art. 149 preceptúa la posibilidad de que la Administración acuerde modificaciones en el proyecto de obras cuando «sean consecuencia de *necesidades nuevas* o de *causas técnicas imprevistas* al tiempo de elaborar el proyecto», debiendo en consecuencia reajustarse su plazo de ejecución «en la misma proporción que resulte afectado el presupuesto». Como correlato y consecuencia del ejercicio del *ius variandi*, la Administración debe, como ha quedado expresado, garantizar los principios de «equilibrio económico» y «justa equivalencia de prestaciones», indispensable para evitar que en situaciones de modificación contractual se produzca un enriquecimiento injusto por parte de la Administración, razón por la que el art.

150.2, RCE, señala que «cuando las modificaciones del proyecto supongan la introducción de *unidades de obra no comprendidas en la contrata* o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación a las mismas *serán flacos por la Administración a la vista de la propuesta del director de las obras y de las observaciones del contratista* a esta propuesta en trámite de audiencia», trámites que, como ha quedado reseñado anteriormente, han quedado debidamente acreditados en el expediente que trae causa.

Debe recordarse, por último, que una vez evacuado el presente dictamen y aprobado el correspondiente Proyecto del modificado de la obra propuesto por el Pleno de la Corporación insular, deberá procederse al reajuste de la fianza definitiva constituida para garantizar el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones, al efecto de que mantenga la debida proporcionalidad respecto del presupuesto de obras, de conformidad con los arts. 117, LCE y 360, RCE.

CONCLUSIONES

1. De conformidad con lo prevenido en el art. 10.8 de la Ley autonómica 4/84, el dictamen que ha sido requerido a este Organismo, por el asunto sobre el que recae, no tiene carácter preceptivo, sino facultativo.

2. En base a los Fundamentos que anteceden, este Consejo estima que el Proyecto Modificado del Contrato de Obras relativo a la construcción del Depósito Regulador de los Llanos de Mesa, instado por el Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, se ajusta a Derecho, la cumplirse las previsiones de índole formal y material que contempla la legislación de contratos, debiendo no obstante reajustarse tanto la cuantía de la fianza en su día señalada, como el plazo de ejecución, en la medida que el contrato resulte modificado, debiendo ser en cualquier caso aprobado el referido Proyecto por el Pleno de la Corporación insular.