



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 6 / 1 9 8 7

La Laguna, a 7 de julio de 1987.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias respecto de *Modificación de contratos de Obras (EXP. 4/1987 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente Dictamen, solicitado preceptivamente por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, consiste en determinar si el Proyecto de Modificación nº 2 del contrato de obras "variante de las curvas de San Juanito, Carretera C-830, de santa Cruz de La Palma a Puntagorda, por el norte, p.k. 1,5 al 8.0; clave 7-TF-285" se ajusta a los requisitos, condiciones y determinaciones previstos en el Pliego de Condiciones Particulares que ha de regir el contrato, ley del mismo, y a la legislación contractual que resulta de aplicación, constituida básicamente por la Ley de Contratos del Estado (LCE), cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (modificados respectivamente por el RD Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, y RD 2528/1986, de 28 de noviembre, de adaptación de la legislación contractual a las directivas de la Comunidad Económica Europea, si bien las alteraciones introducidas no tienen incidencia en el objeto del presente dictamen); el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras (PCAG), aprobado por Decreto 3584/1970, de 31 de diciembre y el Pliego de Prescripciones Técnicas Generales para Obras de Carreteras y Puentes (PG-3/1975), aprobado por Orden Ministerial de 6 de febrero de 1976.

* **PONENTE:** Sr. Hormiga Domínguez.

II

1. La competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias (CAC) para iniciar un expediente de modificación contractual, particularmente el relativo al contrato identificado con la clave 7-TF 285 se fundamenta en lo que dispone el art. 18, LCE, según el cual, el órgano de contratación tiene la facultad de modificar por razón de interés público los contratos celebrados dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la legislación contractual. La vinculación que existe entre la Administración autonómica y el expediente contractual de referencia, iniciado por la Administración autonómica y el expediente contractual de referencia, iniciado por la Administración del Estado a la CAC en materia de carreteras, cuyo Anexo I.B.1 traspasa las funciones que venía realizando la Administración del Estado a través de Ministerio de Obras Públicas y urbanismo y de las Juntas Administrativas de Obras Públicas de Las Palmas y de Santa Cruz de Tenerife, siendo el Presidente de esta última quien firmó el contrato originario. Asimismo, en el apartado E.2 del mismo Anexo se traspasa a la CAC los expedientes de contratación en marcha y los contratos de ejecución afectados por el traspaso, figurando en la relación 2.4 del Anexo II el relativo a la mencionada Carretera C-830, de Santa Cruz de La Palmas a Puntagorda, por el Norte, debiendo puntualizarse, de conformidad con lo dispuesto en el art. 21.1 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, y el Anexo I.E.2 del RD de transferencia citado, que una vez es efectivo el traspaso (que en materia de carreteras lo fue a partir del 1 de julio de 1984, según establece el apartado J del Anexo I mencionado) la Comunidad Autónoma se subroga en los derechos y obligaciones que se deriven de los expedientes de contratación y obras de ejecución, entre los que está, obviamente, la facultad de modificar los contratos por razones de interés público.

III

1. La inalterabilidad del contrato administrativo, que se sustancia en los principios de riesgo y ventura (según el cual la mayor o menor onerosidad que resulte de la ejecución del contrato limita sus efectos al patrimonio del contratista, a quien se le imputa el mayor beneficio o perjuicio del contrato adjudicado) y **pacta sund servanda** (transposición del ámbito de actuación administrativa de la norma prevista

en los arts. 1091 y 1258 del Código Civil, según el cual la Administración y el contratista deben cumplir de buena fe y en la forma convenida las estipulaciones que constituyen el contenido del contrato, cuyo Pliego de Condiciones es "lex inter partes" igualmente vinculante, sin que las mismas puedan desligarse del compromiso contraído) ha sido paulatinamente matizada por imposición de ciertas circunstancias que en última instancia se subsumían en la cláusulas *rebus sic stantibus*, limitándose de esta forma la originaria intangibilidad de las cláusulas que lo integraban. En efecto, el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican, que se traduce en una subordinación respecto de los intereses generales a satisfacer, obligó a modular el alcance de la inmutabilidad de los términos en que se concluían los contratos, pues en nada beneficiaba al interés público el hecho de que los mismos se ejecutaran literalmente en sus propios términos si tal ejecución, por imprevistos o incidencias sobrevenidas, resultaba tan gravosa para el contratista que éste se veía imposibilitado de llevar a término la ejecución de la obra sin sufrir un posiblemente irrecuperable quebranto económico, o que la ejecución se llevara a cabo insatisfactoriamente, circunstancias que determinaban, por un lado, la inevitable consecuencia de la retracción e la oferta y, por otra parte, que la que concurría cargaba en el presupuesto las partidas correspondientes a los riesgos futuro, todo ello con notorio perjuicio de los intereses públicos, pues no sólo resultaba más onerosa la ejecución del contrato sino que, en algún caso, la obra podía incluso no ser ejecutada. Consecuentemente, la legislación contractual ha venido a reconocer a la Administración la *potestas variandi*, que puede ejercer con los requisitos y garantías que al efecto establece la legislación contractual, tendentes básicamente a restablecer el equilibrio de las prestaciones, pues del ejercicio de tal potestad no puede derivarse el enriquecimiento injusto de la Administración. En este sentido, el art. 149, RCE, otorga a la Administración la facultad de introducir modificaciones en el proyecto de obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de su elaboración, cuyas circunstancias, en todo caso, deberán quedar justificadas, debiendo reajustarse el plazo de ejecución si la modificación incide en el presupuesto de las obras. A tal fin, la aprobación por la Administración requerirá la previa audiencia del contratista, los informes de la Oficina de supervisión de proyectos y Asesoría jurídica, así como la fiscalización del

gasto correspondiente (cláusula 59, PCAG y art. 18, LCE). Por su parte, el art. 50, LCE, prescribe que durante la ejecución del contrato la Administración podrá introducir en el proyecto modificaciones que produzcan aumento o reducción y aún supresión de las unidades de obra marcadas en el mismo o, incluso, la introducción de unidades de obra no comprendidas en la contrata, fijándose en tal caso los precios 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, utilizándose como criterio de fijación de precios, y en cuanto resulte de aplicación, los costes elementales fijados en la descomposición de los precios unitarios integrados en el contrato en la fecha que tuvo lugar la licitación del mismo (cláusula 60, PCAG).

De lo expuesto, resulta claro que la potestad administrativa de modificación "ius variandi" no es arbitraria, pues su ejercicio deberá estar supeditado a razones de interés público (art. 18, LCE), concepto jurídico indeterminado que concreta, como vimos, el art. 149, RCE, ni ilimitada, toda vez que deberá justificarse e informarse favorablemente tanto su proyección como el gasto correspondiente; ni irresistible, ya que además de que el contratista debe siempre ser oído en audiencia, prestando su conformidad a las variaciones introducidas y al precio fijado, puede, en determinadas circunstancias -cuando las modificaciones del proyecto impliquen aislada o conjuntamente alteración del precio del contrato en cuantía superior en más o menos al 20% del importe de aquel o representen una alteración sustancial del proyecto inicial (arts. 157.2 y 161, RCE)-, desvincularse de la potestas variandi de la Administración transformando el supuesto de hecho que la justifica en una causa de resolución del contrato.

2. Respecto de las incidencias concretas que se han presentado en la adjudicación y ejecución del presente contrato, hay que indicar que sus obras se incluyeron en el Convenio concertado en su día entre el Estado y la Mancomunidad Provincial Interinsular de Cabildos de Santa Cruz de Tenerife, aprobado por Decreto 1309/1977, de 23 de abril, siendo su programa de actuación autorizado por el Consejo de Ministros, como especifica el art. 1 del Decreto citado, adjudicándose el concurso subasta a la Empresa F.O.C., S.A., al ser su oferta la más ventajosa, por un importe de 299.518 ptas., una vez que fue desestimada por baja temeraria la presentada por la compañía mercantil J.L.M.G., S.A., debiendo ejecutarse las obras

en un plazo de 14 meses. Como se precisa en el Pliego de Prescripciones Técnicas, tales obras consisten en la "ejecución de explanaciones, incluyendo en algunos puntos muros de contención de los rellenos; afirmando; obras de desagüe transversal y drenaje; reposición de servidumbres y servicios afectados y obras complementarias para una correcta y segura explotación: señalización vertical y horizontal, balizamiento y protecciones", o, como concreta la cláusula 5.1, relativa al programa de trabajos, en las unidades de "explanación, obras de drenaje, muros, afirmado y señalización, así como programas específicos relativos a la ejecución de desmontes y terraplenes", en particular "en relación con los puntos enumerados en el apartado 322.2.1 del PG-3" (relativo a excavación especial en taludes en roca) y desvíos provisionales del tráfico".

Según consta en el expediente remitido a este Consejo, **"antes, aún , de estar adjudicada la obra** se procedió a un estudio trazado, tendente a efectuar las obras de forma que el tránsito se viera afectado lo menos posible", exponiéndose a la contrata adjudicataria "un anteproyecto de trazado con los **cambios de muro de tierra armada por desmontes y terraplenes**", lo cual dio lugar a un primer proyecto modificado, que incluía variaciones del trazado, de caminos de servicio, del drenaje, en los muros y en los servicios afectados, implicando un incremento de unidades no existentes en el proyecto originario, ascendiendo el importe líquido de la modificación propuesta a 59.664.398 Ptas. cantidad que supone un aumento del 19,92%, del precio de adjudicación. La ejecución de las labores de desmonte introducidas en el primer reformado, pues debía efectuarse "un tratamiento general de todos los taludes" y "el saneo de la coronación de todos los desmontes", dando lugar a la introducción de nuevas unidades de obras cuyos precios, según se acredita, fueron fijados contradictoriamente con el contratista. Esta modificación supone un adicional líquido de 263.865.393 Ptas., que representa un aumento del 88,097 % respecto del presupuesto de adjudicación y que sumado al adicional líquido de la primera modificación supone un aumento del 109% del presupuesto originario de adjudicación.

IV

1. Del relato de los hechos, extractados de la documentación obrante en el expediente, se desprende que en su tramitación se han cumplido formalmente los requisitos y condiciones previstos en la legislación contractual. No obstante, es incuestionable que a través de los sucesivos proyectos modificados se ha duplicado holgadamente el precio de la adjudicación del contrato. Esta circunstancia obliga a efectuar algunas consideraciones relativas al alcance y fines de la modificación contractual y su aplicación al contrato de referencia.

Ya se apuntó anteriormente que el ejercicio de **ius variandi** está sometido a ciertos requisitos de procedimiento (audiencia al interesado, informes de la Oficina de supervisión de proyectos, Asesoría Jurídica, Intervención y, en su caso, del Consejo Consultivo), debiendo en cualquier caso justificarse en necesidades nuevas o causas técnicas **imprevistas** al tiempo de elaborarse el proyecto. Es decir, la justificación del ejercicio de la mencionada prerrogativa "no debe ocultar defectos de previsión o errores del proyecto que con un estudio más cuidadoso se hubiesen evitado" (informes de la Junta Consultiva 21/1967, y 28/1971, de 23 de julio, respectivamente), razón por la que las modificaciones de los contratos deben producirse de manera **excepcional**, ya que los "proyectos iniciales, en principio y salvo casos muy especiales, deben ya contener todos los cálculos y previsiones necesarios para que la obra pueda ejecutarse útilmente tal como en aquéllos figure proyectada" (dictamen del Consejo de Estado de 30 de enero de 1969). Esta reiterada doctrina interpretativa del alcance de los arts. 51 y 146 y siguientes del Reglamento de Contratos del Estado no parece concordar con los motivos y causas que dieron lugar a los sucesivos proyectos modificados. En efecto, en la memoria justificativa del primer proyecto modificado se constata ("antes, aún, de estar adjudicada la obra", lo que demuestra la imperfección del proyecto originario) la necesidad de proceder "a un estudio del trazado", proponiéndose ciertas modificaciones en cuya ejecución se produjeron determinados efectos no previstos en la elaboración del reformado, lo que motivó la redacción del segundo proyecto modificado. No consta si las dudas sobre la corrección del proyecto inicialmente aprobado surgieron antes o después de la adjudicación provisional, pero lo que sí es claro es que ya se plantearon **antes** de la adjudicación definitiva, no obstante lo cual, se siguió con la

tramitación del expediente, adjudicándose definitivamente, tras lo que, y en base a las deficiencias observadas con anterioridad, se iniciaron los trámites correspondientes al primer proyecto modificado. Conviene señalar, sin embargo, que la adjudicación provisional del sólo crean derecho de expectativa de conseguir la adjudicación definitiva, pero nada más. Es decir, si los servicios técnicos de la Administración constataron la imperfección del proyecto redactado inicialmente, la defensa de los intereses públicos en juego obligaría a anular lo actuado, procediéndose a reformarlo en aquellos extremos en los que resulte conveniente su mejora, solicitándose a tal fin el concurso de ofertas sobre la base de nuevas condiciones y tipo de licitación, sin que los primeros licitadores tengan derecho a percibir indemnización alguna, por las consideraciones antes efectuadas.

2. En cuanto a las concretas causas que motivaron la redacción del primer proyecto reformado (constatadas, como se dijo, antes de la adjudicación definitiva), parece ser que surgieron debido a que tal y como estaba redactado en el proyecto originario el tránsito por la carretera se vería muy afectado, lo que aconsejó efectuar un cambio de trazado, sustituyéndose los muros de tierra armada por desmontes y terraplenes. es obvio, sin embargo, que esta eventualidad podía y debía haber sido prevista en la fase de redacción del proyecto, con lo que se habría evitado acudir al mecanismo siempre excepcional de las sucesivas modificaciones contractuales.

Respecto de las causas justificativas del segundo proyecto modificado, ha de advertirse que en la cláusula 4.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas se identifica la especial configuración orográfica del terreno, donde se ejecutarían las obras, integrado por espolones de abrupta pendiente, compuesto por "alternancias de coladas basálticas y piroclastos y cenizas volcánicas", cuya especial estructura geomorfológica determina con seguridad la existencia de **desprendimientos sobre la calzada**, siendo precisamente ésta la causa directa e inmediata de su redacción. que, por previsible, debía haberse tenido en cuenta en el primer reformado. En efecto, en el Informe emitido por la Oficina de supervisión respecto del segundo proyecto modificado se apunta que "en la modificación nº 1 se recogía la mejora del trazado (del p.k. 1,5 y p.k. 8,0), aumentando del proyecto primitivo los desmontes en las laderas casi desplomadas que bordeaban la carretera en servicio, formadas por

coladas basálticas muy diaclasadas, entre las que se intercalan horizontes de escorias y piroclastos, estructura volcánica que produce **pequeños desprendimientos continuamente y a veces grandes desprendimientos**". De lo expuesto resulta que las causas que motivaron la redacción del segundo reformado (tratamiento de taludes y sane de coronación de desmontes) podían haberse incorporado al primero, pues estaba acreditada en el expediente de inestabilidad de la estructura del terreno donde se ejecutarían las obras objeto del contrato.

Debió, en consecuencia, haberse redactado un único proyecto de modificación contractual que comprendiera las obras contenidas en los dos proyectos finalmente redactados, pues no parece que se dieran plenamente las circunstancias justificativas que se precisan en el art. 149, RCE, (necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto).

3. Las anteriores observaciones tienen incidencia no sólo en el procedimiento técnico seguido, sino también en el proceso de selección del contratista. Los principios generales de la contratación administrativa, basada en la concurrencia general de los licitadores, economía del gasto público y buena ejecución de la contrata, exigen (de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado de 30 de enero de 1969) que "la facultad de variación de los proyectos que tiene la Administración se ejerza dentro de un límite prudencial en el incremento de la cuantía que no desnaturalice el volumen económico de la contrata al ser la misma sometida a licitación y que en otro caso se **acuda a un nuevo proyecto general y se abra licitación pública respecto del mismo**", máxime cuando con los sucesivos proyectos reformados se ha duplicado el precio inicial del contrato. En este sentido, conviene traer a colación la doctrina del Consejo de Estado, según la cual "no obstante el carácter estrictamente técnico de las modificaciones proyectadas, no constituye ciertamente una pauta de buena administración una modificación de unidades de obra tan extensa y tan profunda que llega casi a duplicar el precio del contrato. **Se trata de una alteración sustancial**, tanto en el objeto del contrato como en cuanto a su montante económico, de forma que, de haberse fijado en estos términos al tiempo de licitación hubiera podido influir en la presentación de proposiciones y en el resultado de la adjudicación", (conviene recordar en este punto

que si el contrato original fue adjudicado por 299.518.037 Ptas., el precio de la enajenación por contrata del modificado nº 2 ascendía a 796.329.393 Ptas.).

En cualquier caso, por cuestionables que sean los términos en que se ha ejercido la "potestas variandi", posiblemente en perjuicio de una mejor defensa de los intereses públicos, no podemos olvidar que, de conformidad con el art. 18, LCE, es al órgano de contratación al que le corresponde en cada caso interpretar si existen las razones de interés público que la legislación contractual exige para proceder a la citada modificación, sin perjuicio de que, en defensa precisamente de los intereses generales a los que se debe, decida actuar en base a las consideraciones efectuadas.

V

Hay que señalar, por último, que la resolución que culmina el expediente y que aprueba técnicamente la modificación del proyecto reseñado, aclara que el mismo reúne cuantos requisitos son exigidos por el Reglamento General de Contratación. No obstante, en el expediente sólo hay constancia del informe, favorable, emitido por la Oficina de supervisión de proyectos, pero no de los emitidos por Asesoría Fiscal Jurídica e Intervención, (que obran en relación con el primer proyecto modificado, pero no con el segundo, que se somete a dictamen). Debe tenerse en cuenta, que el artículo 84.1.e) y 2 del Real Decreto autonómico 462/1985, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Consejería de la Presidencia, establece que la omisión del Dictamen preceptivo de los servicios jurídicos en aquellos asuntos en que su emisión la disponga la normativa aplicable, dará lugar a nulidad de actuaciones, debiendo retrotraerse el procedimiento al momento en que debió evacuarse aquél, previo requerimiento de los Servicios Jurídicos en tal sentido o de oficio por el órgano que entienda del expediente. Debe asimismo advertirse lo preceptuado por el art. 18.2 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo, según el cual, emitido un Dictamen por este Organismo consultivo sobre un asunto, preceptiva o facultativamente, no podrá informar jurídicamente sobre el mismo ningún otro cuerpo u órgano de la Comunidad Autónoma. En cuanto al informe de fiscalización del gasto, además de su carácter preceptivo, tiene trascendencia en cuanto a la aprobación de la modificación

contractual, pues de la interpretación conjunta de los arts. 48 y 8, LCE, resulta que cuando sea causa de resolución del contrato en los términos del art. 54.2, LCE, como acontece en el contrato de referencia, deberá ser aprobada por el Consejo de Gobierno cuando el contrato tenga un "plazo de ejecución superior al de vigencia del presupuesto correspondiente y hayan de comprometerse fondos públicos de futuros ejercicios fuera de los límites establecidos en la propia Ley de Presupuestos" o cuando el presupuesto del contrato "exceda de 1.000 millones de pesetas". No siendo de aplicación la segunda de las circunstancias citadas, el informe de fiscalización del gasto, que no figura incorporado al expediente remitido a este Consejo, acreditaría si concurre o no la primera, con las consecuencias que se han reseñado en orden a la aprobación de la modificación, por más que el Consejo no desconoce que la resolución que culmina el expediente, en el que se señala que el proyecto de modificación cumple con todos los requisitos previstos en la legislación contractual, está firmada por el Consejero de Obras Públicas del Gobierno de Canarias, de lo que se infiere en principio que en la tramitación del proyecto modificado, se han cumplido las exigencias de los oportunos informes preceptivos, según disponen la cláusula 59, PCAG y el art. 18, LCE. Si este no fuera el caso, tales informes deberían ser emitidos, con la inevitable consecuencia de que, por las consideraciones efectuadas, la nueva propuesta de resolución con el expediente que la justifica debe nuevamente ser sometida a dictamen de este Consejo.

C O N C L U S I Ó N

1. La Comunidad Autónoma de Canarias es competente para iniciar el expediente de modificación contractual de referencia, toda vez que el mismo figura identificado en el RD de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la CAC en materia de carreteras.

2. Se han cumplido los requisitos procedimentales exigidos por la legislación contractual, básicamente la audiencia al contratista, el cual prestó su consentimiento al proyecto propuesto y a los precios fijados contradictoriamente. No obstante, se advierte la conveniencia de que se incorporen al expediente los

informes, al parecer emitidos, que se mencionan en el Fundamento V del Dictamen, por las razones allí explicitadas.

3. El Consejo estima, en base a las consideraciones efectuadas en los Fundamentos III.2 y IV, que en la tramitación del expediente contractual de referencia, se efectuó por la Administración del Estado, que inició las actuaciones, una errónea aplicación de las normas que regulan la contratación administrativa, particularmente al adjudicarse el contrato en base a un proyecto del que constaba previamente su imperfección y no acreditarse fehacientemente la imprevisibilidad de las circunstancias exigibles para proceder a su modificación, condicionando en buena medida los términos en que la CAC ha elaborado el segundo proyecto reformado, que adolece de este último reparo.