



Consejo Consultivo de Canarias

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

La Laguna, a 18 de julio de 1988.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno autónomo, a instancia del Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, *en relación con el proyecto modificado de contrato administrativo de obras (EXP. 7/1988 CP)**.

F U N D A M E N T O S

I

El presente dictamen analizará la adecuación al Ordenamiento jurídico del proyecto de una segunda modificación del contrato administrativo de obras, relativo al embalse de Aguamansa, en el que es parte interesada el Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, a solicitud de la Presidencia del Gobierno de Canarias, que traslada, en virtud de lo previsto en el art. 11.1 de la Ley autonómica 4/1984, la previa de la Presidencia del Cabildo mencionado, que resulta preceptiva de acuerdo con lo dispuesto en el art. 114.3 del Real Decreto-Legislativo 781/1986, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local.

La competencia de este Organismo para dictaminar, con carácter preceptivo y previo, sobre el supuesto de que se trata viene contemplada en el art. 10.7 de la vigente Ley del Consejo, en relación con lo ordenado en el citado art. 114.3 del Real Decreto-Legislativo 781/1986. Y ello, porque, del contenido del expediente administrativo remitido al Consejo adjunto a la solicitud de dictamen del mismo, se infiere que, efectivamente, en la modificación contractual propuesta concurren los requisitos legales por los que resulta necesario que sea dictaminada por el Organismo consultivo de la Comunidad Autónoma previamente a su aprobación por el órgano competente del Ente local interesado.

* **PONENTE:** Sr. Pérez Voituriez.

II

Analizada la documentación obrante en el expediente de contratación correspondiente, ha de señalarse que, en principio, parece que aquel se ha incoado correctamente, incluyendo los documentos e informes oportunos, y, en definitiva, adecuándose formalmente la modificación proyectada a lo que se dispone al efecto en la legislación aplicable, tanto la específica de régimen local como la contractual general (cfr. arts. 28, 111 y siguientes del Real Decreto-Legislativo 781/1986, 33, 34 y 41 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del régimen local, 18 y 48 de la Ley de contratos del Estado (LCE) y 51, 146, 147, 149 y 150 del Reglamento general de contratación del Estado (RGC).

Así, siendo competente el Pleno de la Corporación de que se trata para contratar, y habiéndolo hecho efectivamente, aquel también lo es para aprobar eventuales modificaciones del contrato, las cuales, en este supuesto, al superar, tanto la primera como la segunda, el límite del 20% del precio del contrato, se constituyen en posible causa de resolución del mismo (cfr. arts.52.2, LCE y 157.2, RGC), salvo que medie conformidad, prestada en audiencia previa al respecto, por el contratista. En cuyo caso, sin perjuicio de que se amplíe el plazo de contrata y la fianza correspondiente, se formalizará el nuevo contrato modificado en las condiciones acordadas, adjuntándose el proyecto modificado y los informes preceptivos de la Asesoría jurídica y de la Intervención. Todo lo cual parece se ha efectuado correctamente.

Sin embargo, a la vista del contenido de las Memorias correspondientes a los proyectos de modificación primera y segunda del contrato de referencia, y teniendo en cuenta lo establecido en la normativa contractual aplicable, han de indicarse las siguientes precisiones respecto a la adecuación jurídica de la actuación proyectada:

1. Como este Organismo tuvo ocasión de razonar en su Dictamen 16/1987, el ejercicio por la Administración del *ius variandi* en materia contractual, aún siendo discrecional por su propia naturaleza, no puede ser arbitrario, de manera que, no sólo está sometido a ciertos requisitos procedimentales -que, como se ha dicho, se han cumplido aquí-, sino que deberá estar justificado, siempre en interés general, en necesidades o causas técnicas que no se previeron al tiempo de elaborarse el proyecto original, su replanteo o, en este caso, en su primer modificado, de forma razonable y adecuada técnicamente. Es decir, nunca el ejercicio de esa potestad

administrativa puede servir para ocultar defectos de previsión o errores del proyecto o proyectos que, con un estudio más cuidadoso o profesional, se hubiesen evitado, puesto que el *ius variandi* no es una potestad que se otorga arbitrariamente, sino con un fin y unas limitaciones determinadas, sin que pueda ser concebida como derecho de la Administración a hacer lo que desee -estando en juego fondos públicos y cabiendo al contratista resolver la contratación-, ni pueda ser ejercida para cubrir anteriores actuaciones inapropiadas. Así, como señala el Consejo de Estado (cfr. dictamen de 30 de enero de 1969, entre otros) y reitera este Organismo, las modificaciones contractuales sólo pueden producirse de modo excepcional, pues, en el proyecto inicial o, a lo sumo, en el replanteo, han de constatarse todos los cálculos y previsiones precisos para que la obra pueda ejecutarse útilmente, lo que aún resulta más obvio y determinante cuando se plantea una segunda modificación.

Es más, como sigue diciendo el Dictamen 16/1987 de este Consejo, la anterior circunstancia también afecta a la selección del contratista, de manera que, estando la contratación administrativa basada en los principios de eficacia de actuación y economía del gasto público, de lo que se deducen las reglas de concurrencia de licitadores y de supervisión administrativa en la ejecución del contrato, es claro que el *ius variandi* de la Administración debe ejercerse dentro de un límite razonable en el crecimiento del precio que no desnaturalice el de la contrata al ser sometida a la licitación, no siendo ejemplo de buena administración el que, pese al carácter técnico de las alteraciones propuestas, la modificación sea tan extensa que llegue casi a alcanzar un valor similar al del contrato original.

En este supuesto, las anteriores reflexiones pudieran ser aplicables a ambos proyectos de modificación por separado, en cuanto a la primera, máxime al realizarse tan seguidamente uno de otro, y a los mismos, conjuntamente, respecto a la segunda, pues, si bien es cierto que el segundo modificado es relativamente pequeño en su cuantía, no lo es menos que no lo fue el primero y, desde luego, entre ambos alcanzan un montante, en un período de tiempo inferior a los dos años además, de casi el 90% del precio del contrato original. Por ello, pudiera ser que lo jurídicamente correcto, tanto con ocasión del primer proyecto modificado como en la del segundo, fuese que, detectados por los servicios administrativos competentes los problemas técnicos en cuestión, se procediera, en defensa del interés público y en aplicación de los principios de actuación administrativa, en general o en materia

contractual, a anular lo actuado, elaborar adecuadamente el correspondiente proyecto de obras y solicitar seguidamente concurso de ofertas sobre la base de las oportunas nuevas condiciones y tipo de licitación.

2. Por otra parte, de acuerdo con lo previsto en el art. 84, RGC, los expedientes de contratación deberán contener, entre otras cosas, certificado de existencia de crédito presupuestario, y, según resulta del expediente remitido a este Organismo, parece que, en opinión del Interventor de Fondos del Cabildo interesado, no había tal existencia en relación con el primer modificado, ni tampoco respecto al segundo, puesto que, con fecha 3 de junio de 1988, el mencionado Interventor asegura que, en el vigente Presupuesto -que se supone ha de ser el de 1987, prorrogado-, no hay crédito para atender el consiguiente gasto.

No obstante, el Interventor añade que, aun cuando exista ese Crédito previsto en el Presupuesto de 1988 -aparentemente aún no aprobado-, resulta que, en su opinión -que confirma este Consejo- no cabe efectuar la modificación contractual propuesta, ni contraerse el gasto correspondiente, sin que dicho crédito esté disponible, para lo que sería preciso que el indicado Presupuesto estuviera en vigor y se confirmara por los servicios de Intervención del Cabildo la existencia del crédito para financiar el gasto generado por el modificado contractual en cuestión.

3. Por último, ha de advertirse que este Organismo ha de emitir su dictamen sobre proyectos de actuaciones del órgano legalmente obligado a solicitarlo y obtenerlo en el momento inmediatamente anterior a su realización, de forma que actúa a la vista de los documentos e informes que han de producirse reglamentariamente en el correspondiente procedimiento, emitiendo, por tanto, su parecer técnico-jurídico sobre la adecuación al Ordenamiento de dicha actuación proyectada, incluyendo todo lo referente al oportuno expediente, administrativo en este caso.

Por ello, y en lo que a este asunto respecta, el dictamen del Consejo habrá de evacuarse adecuadamente, al menos en lo que concierne a la validez procedimental de la modificación propuesta, una vez culminado el expediente de contratación, incluyéndose en éste tanto el proyecto aprobado por el órgano consultante como los Informes definitivos del Secretario y del Interventor del mismo, cabiendo que entonces, disponiendo de tal dictamen, el Pleno del Cabildo actúe aprobando la indicada modificación contractual como órgano competente de contratación. Y ha de

hacerse notar que, en este caso, no parece que el expediente en cuestión esté totalmente culminado, puesto que en él no consta el acuerdo por el que se aprueba el proyecto de segundo modificado ni, como se ha indicado previamente, el definitivo Informe de la Intervención del Cabildo interesado.

Como, incidentalmente, ha de advertirse que tampoco consta la solicitud formal de dictamen del Cabildo de referencia, que es el órgano que preceptivamente ha de recabarlo por mandato legal expreso, aunque en el procedimiento haya de intervenir la Presidencia del Gobierno autónomo a la vista de lo dispuesto en el art. 11.1, Ley 4/1984, siendo esta intervención necesaria pero meramente procedimental y no sustitutoria del indicado deber, pues la Administración actuante, interesada materialmente y obligada legalmente en este supuesto, es la local y no la autonómica.

CONCLUSIONES

1. El órgano de contratación ha procedido en el supuesto analizado, en principio, de modo formalmente conforme a la legislación contractual y de régimen local aplicable, sin perjuicio de las observaciones que se formulan en el punto 1 del Fundamento II.

2. En todo caso, la legalidad del acto de modificación contractual propuesto está condicionado a la aprobación por el Pleno del Cabildo del proyecto correspondiente y de que el Servicio competente del mismo acredite la disponibilidad de crédito presupuestario para financiar tal modificación.