



Consejo Consultivo de Canarias

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

La Laguna, a 1 de febrero de 1991.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias a petición del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, en relación con la *modificación de un contrato de obras suscrito por aquella Corporación (EXP. 18/1990 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

Al amparo de lo prevenido en el art. 10.7 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en esta materia de régimen local, el Cabildo Insular de Tenerife, por conducto del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno autónomo, interesa de este Consejo la emisión de dictamen preceptivo, en el cual se determinará la adecuación técnico jurídica del proyecto de modificación del contrato de obras de "saneamiento y reposición del firme de la (...) Icod a Erjos", a las disposiciones legales vigentes que resulten de pertinente aplicación; básicamente, el ya citado RDL 781/1986; la Ley de Contratos del Estado (LCE), cuyo Texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril y el Reglamento de esta Ley (RCE), aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, ambos modificados, respectivamente, el primero por la Ley 5/1975, de 17 de marzo y Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de marzo, de adaptación a las Directivas de la Comunidad Económica Europea; y el segundo por el Decreto 2528/1986, de 28 de noviembre, de adaptación al citado Real Decreto Legislativo 931/1986.

* PONENTE: Sr. Fernández del Torco Alonso.

II

1. En primer lugar, ha de señalarse que el expediente remitido a este Consejo culmina con una propuesta de resolución consignando la voluntad de la Corporación de alterar el contrato expresada en un Acuerdo del Cabildo adoptado en sesión plenaria celebrada el día 29 de noviembre de 1990, en el que constan las circunstancias que justifican la redacción del modificado y el importe porcentual al que asciende el mismo en relación con el precio del contrato original.

El contrato del que trae causa el expediente de modificación, cuya propuesta de resolución se dictamina, fue adjudicado, por acuerdo de la Comisión de Gobierno del Cabildo de Tenerife adoptado el 15 de diciembre de 1989, a la empresa P., S.A., mediante el sistema de subasta por un importe de oferta de 86.000.000 de pesetas, suscribiéndose el correspondiente contrato el 25 de enero de 1990. El 18 de octubre de 1990 culminó el proyecto de modificado de aquel contrato, teniendo entrada en la Corporación el día 30 del mismo mes.

El art. 114 del RDL 781/1986, que regula el procedimiento de modificación de contratos administrativos suscritos por Corporaciones locales, reiterando lo que dispone el art. 18, LCE, prescribe que el órgano competente para contratar lo es asimismo para modificar por razón de interés público los contratos celebrados; supuestos en los que, previos los Informes de Secretaría y de la Intervención de Fondos -que obran en el expediente-, será, además, preceptivo el dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si existiera, como es el caso de esta Comunidad.

Ascendiendo el importe del presente modificado a 56.667.833 pesetas, lo que supone el 65,89% del precio del contrato inicialmente adjudicado, es claro que por el contraste de las cifras que se barajan la segunda de las condiciones indicadas cumple holgadamente; la primera, sin embargo, no, pues, recuérdese, el precio del contrato fue de 86.000.000 de pesetas. Es por ello, por lo que en este caso, la solicitud de dictamen no es en modo alguno preceptiva, pues aunque el nuevo precio del contrato, si se aprueba el modificado, supera los 100.000.000 de pesetas, el criterio cuantitativo del que se hace depender la intervención preceptiva de este Consejo es que aquella cantidad sea superada por el contrato inicial, lo que no acontece en el presente supuesto. Consecuentemente con lo expresado, el presente dictamen es emitido con carácter facultativo.

Por lo que atañe al órgano corporativo competente para aprobar el modificado, ha de señalarse que conforme disponen los arts.28.1, d) del RDL 781/1986 y 70.24 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por RD 2568/1986, de 28 de noviembre, disponen la competencia del Pleno corporativo para la contratación -en consecuencia, para la modificación- cuando la duración exceda de un año o exija créditos superiores a los consignados en el presupuesto anual de la Corporación. Y al concurrir esta última circunstancia en el modificado que se dictamina, ello determina el que aquél debe ser aprobado por el Pleno "dado el carácter plurianual del gasto", según se expresa en Informe que obra en el expediente de 13 de noviembre de 1990. Como se indicó anteriormente, el Cabildo, en sesión plenaria celebrada el 29 de noviembre de 1990, se pronunció favorablemente a la modificación propuesta, haciendo asimismo expresa mención a la preceptividad de este Dictamen que, por las razones ya expresadas, resulta no tener este carácter.

III

No es la primera vez que este Consejo se pronuncia sobre la adecuación técnico jurídica de proyectos de modificación, de contratos de obras y servicios, (cfr. DDCC 25/1986; 8/1988; 11/1990, éstos a instancia, precisamente, del Cabildo Insular de Tenerife; 16/1987 y 6/1989), expresando siempre la conveniencia de reconducir el instituto de la modificación contractual al cumplimiento de los fines que el Ordenamiento le asigna, de forma que, en el seno del más exquisito respeto a la autonomía organizativa y presupuestaria de las Corporaciones públicas interesadas, la utilización del indicado mecanismo lo fuera siempre en función de los intereses públicos generales, dentro de los que se insertan y cohesionan los propios del contratista colaborador, al que, en determinadas circunstancias la Ley le reserva el derecho de desligarse de su compromiso, cuando la modificación que se propone le supone una carga cuya gravosidad le resulta difícil de asumir.

Desde esta perspectiva y con esta consideración, no está de más reiterar lo que ya este Consejo ha indicado en otras ocasiones, pero que, no por ya manifestado, debe dejarse de expresar, en relación con los principios inspiradores de la modificación contractual a los que toda propuesta de modificación debe adecuarse, so pena de desvirtuar el instituto y reducir la cobertura formal de la legislación contractual -garantía de los derechos del contratista y demás licitadores y, en última

instancia, del interés público, al que toda Corporación pública debe orientar su actuación, a un mero expediente justificador de la medida que se propone cuyos incidentes (Memoria justificativa e Informes de la Intervención de fondos y de la Secretaría de la Corporación) en ocasiones se cumplimentan sin el rigor técnico que sería deseable.

En efecto, los principios generales de la contratación administrativa, basados en la concurrencia general de licitadores, economía del gasto público y buena ejecución de la contrata, exigen que la facultad de variación de los contratos celebrados se ejerza dentro de un límite prudencial que no desnaturalice el objeto de la contrata. Y ello es así porque la regulación en materia de contratos reposa sobre el principio general de la seriedad de los contratos, que impide la modificación arbitraria de estos a voluntad de una de las partes, lo que, suplementariamente, se redobra en el caso de la contratación administrativa por la salvaguardia del interés público, particularmente por la naturaleza de los recursos económicos administrados. De ahí que la facultad de modificación que a la Administración reserva la Ley se configura a modo de un límite restringido y bajo supuestos precisos que deben ser justificados sin que tal justificación pueda consistir en la afirmación puramente tautológica de que las variaciones obedecen a causas necesarias e imprevistas a la hora de redactar el proyecto.

Por esta razón, los proyectos que sirven de base a los contratos han de contener obras completas sin que sucesivas modificaciones del proyecto inicial puedan encubrir contrataciones que no observarían el necesario respeto al principio de publicidad, concurrencia y licitación. Por ello, las alteraciones contractuales sólo pueden tener lugar en caso de necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto, circunstancias que deberán quedar debidamente justificadas, o bien mediante la previsión de obras accesorias o complementarias que durante el curso de la obra principal la Administración estime conveniente ejecutar.

Por ello, la legislación de contratos del Estado contiene una regulación de *ius cogens* para la modificación de los contratos administrativos, y ello con la finalidad de evitar que tras sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el principio de pública licitación, fundamental en la materia.

IV

Sobre la base de lo hasta aquí expresado, procede a continuación efectuar el contraste de la realidad hecha constar en el expediente con las previsiones de orden legal a las que en todo caso debe someterse la actuación administrativa.

1. De los diferentes supuestos de modificación contractual que esta legislación contempla (regulados, respectivamente, en los arts.150.1; 150.2 y 153, RCE) parece claro que, por las obras concernidas, el supuesto amparo por el presente proyecto modificado es de los contemplados en el art. 150.2, RCE, que se refiere a la ejecución de unidades de obra nuevas y cuya realización resulta necesaria para llevar a buen fin el proyecto primitivo, modalidad en la que la Administración fija los precios, que son aceptados por el contratista o no, en cuyo caso éste queda exonerado de ejecutar las nuevas obras y la Administración podrá contratarlas con otro empresario o ejecutarlas directamente lo que las distingue de la modificación contemplada en el art. 153, RCE, que regula las denominadas obras complementarias, las cuales, por referirse a obras no indispensables para que la obra contratada se refiera a una obra completa, deben ser objeto de contrato independiente.

2. Por lo que atañe a las razones de interés público que motivaron la redacción del presente modificado, se reseña en la Memoria justificativa de ésta que, "una vez comenzadas las obras de desbroce y excavación se produjo la destrucción de algunos de los muros de sostenimiento de la explanación, por lo que se procedió a la realización de catas en los restantes muros de la traza, observándose la inestabilidad de los mismos, debido no sólo al material utilizado en su ejecución -mampostería en seco- sino a falta de cimiento de los mismos". El intenso tráfico pesado que tuvo que soportar el "camino asfaltado" por los trabajos de "saca de tierras" arruinó la plataforma sobre la que aquel camino se asentaba, plataforma "que se encontraba simplemente enmascarada por la densa vegetación nacida gracias a la alta pluviometría de la zona". No se cuestiona la concurrencia de los factores que determinaron la redacción del modificado concernido.

Ahora bien, una vez más, ha de insistir este Consejo en la pertinencia de redactar los proyectos iniciales en la forma más ajustada posible; todo ello a favor de la garantía de pluralidad de ofertas y publicidad, de conformidad con lo expresado en el apartado anterior. Y es que, sin que evidentemente podamos enjuiciar la

valoración técnica expresada en el proyecto original y en el modificado, es lo cierto que parece que las circunstancias determinantes de la redacción del modificado que se dictamina, y que motivan un aumento del precio del contrato del 65,89% eran o podían ser razonablemente previstas al tiempo de la redacción del proyecto original.

En efecto, la estructura no sólida de los muros existentes y su probada inestabilidad, comprobada "a posteriori" mediante las oportunas catas y el previsible, por inevitable, aumento del tráfico pesado de obra -tráfico que un "camino asfaltado" no podía soportar-, son circunstancias que podían y debían haber sido tenidas en cuenta por previsibles, sin que, por supuesto, pueda aducirse la densa vegetación como el obstáculo que, en su día, impidió apreciar la configuración física del terreno y muros sobre los que se asentaba el camino, lo que podía haber sido previsto y resuelto con una pericia preventiva o anticipada a la elaboración del proyecto.

Los inconvenientes se solventan acudiendo a la teoría de la imprevisión que se traduce en la instrumentación de un modificado contractual, que se resuelve con el sólo requisito de la aquiescencia de la contrata a los nuevos precios -lo que se ha verificado según resulta del expediente-, lo cual, sin perjuicio de que los intereses públicos sigan siendo razonablemente defendidos, ello se hace con una cierta quiebra de los principios de publicidad y concurrencia. Estas opiniones no perjudican, evidentemente, la procedencia de verificar las obras contenidas en el modificado, pues concurren los requisitos preceptivos del procedimiento (Informe de la Secretaría y de la Intervención de Fondos); es notoria la razonabilidad de su procedencia; pero se insiste, una vez más, en que la defensa de los intereses públicos no sólo ha de hacerse con ocasión de la adjudicación de los contratos sino, fundamentalmente, en la configuración de los expedientes administrativos, concretamente los proyectos, que deben ser redactados lo más precisos posibles, lo que evitaría en gran medida que la norma ejecución de los contratos se interrumpa por la redacción y aprobación de los pertinentes modificados.

3. Finalmente, por lo que respecta al concreto procedimiento seguido por el presente modificado, como ya se ha expresado en el oportuno expediente, se significa que en el mismo concurren los pertinentes y preceptivos Informes de la Intervención de Fondos y de la Secretaría de la Corporación. Ahora bien, en cuanto al primero hay que indicar que en el mismo se formulan ciertas observaciones a las partidas a las que se va a hacer la imputación del gasto a que se contrae el

modificado, debiéndose solventar antes de la aprobación de éste, las observaciones que al mismo se refiere. Respecto del segundo, dicho Informe que es favorable, obra, a modo de diligencia, al pie del Informe emitido por el Servicio Administrativo de Obras y Servicios y se limita, simplemente, a dar conformidad de la medida propuesta, sin entrar a valorar las circunstancias de hecho o a precisar la cobertura jurídica que la ampara o que, sin cuestionar la concurrencia en el expediente del Informe preceptivo de la Secretaría de la Corporación, es objetable en la medida que la defensa del interés público que ésta tiene encomendado, obliga a que sus órganos asesores ilustren al decisor -en este caso el Pleno corporativo- en torno a la corrección y concurrencia cierta de las causas que teóricamente determinan la conveniencia de la aprobación del modificado que se interesa.

CONCLUSIÓN

El proyecto de modificado cuya propuesta de resolución ha analizado este Consejo ha sido tramitado con adecuación a las previsiones legales de orden formal y material que resultan de la legislación de régimen local y contractual aplicables según se razona en el Fundamento II. No obstante las observaciones de orden material reseñadas en el Fundamento IV.3.