



Consejo Consultivo de Canarias

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

La Laguna, a 24 de septiembre de 1991.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, a petición del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife, en relación con el *Proyecto de modificado de un contrato de obras suscrito por aquella Corporación (EXP. 14/1991 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

De conformidad con lo que previenen los arts.10.7 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias y 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 materia de régimen local, el Cabildo Insular de Tenerife, por conducto del Excmo. Sr. Presidente del Gobierno autónomo, interesa la emisión de dictamen preceptivo en relación con el Proyecto modificado del desdoblamiento de calzada ramal de enlace entre las autopistas TF-5 y TF-1 (Somosierra-Cementerio, p.k.0,00-p.k.07), en el que analizará la adecuación técnico-jurídica de aquel Proyecto 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 modificaciones posteriores, y el Reglamento de esta Ley (RCE) aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre, asimismo modificado.

* PONENTE: Sr. Fernández del Torco Alonso.

II

1. De conformidad con las disposiciones vigentes en la materia, art. 114.1, RDL 781/1986, el órgano de la entidad local competente para contratar, según la Ley, ostenta también la prerrogativa de “modificar por razón de interés público los contratos celebrados”. Por lo que atañe a la competencia administrativa para proceder a contratar, y consecuentemente modificar el contrato suscrito, el art. 113.1, RDL 781/1986, especifica que la distribución de tales competencias “se regirá por lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril” -reguladora de las bases de régimen local- “y en la presente Ley”. Según disponen los arts.32.2.1) y 34.1.i) de la primera Ley y 28.1.d) del ya citado Texto refundido, el Pleno corporativo es el competente para contratar y, en su caso, modificar el contrato concernido por el presente expediente. En este sentido, consta en aquél la inicial aprobación del Pliego de condiciones en sesión plenaria celebrada el 24 de noviembre de 1988; el Acuerdo plenario de 30 de marzo de 1989 por el que se ratificaba, previo dictamen favorable de la Comisión de obras públicas de la Corporación el Decreto del Ilmo. Sr. Presidente de la Corporación de 1 de marzo, por el que se anulaba la convocatoria inicialmente aprobada -a fin de proceder a “una actualización de precios y señalización de obras”- asimismo, en la misma sesión plenaria, se aprobó el nuevo Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares complementario del aprobado en su día. El contrato fue adjudicado por Decreto de la Presidencia de 9 de mayo de 1989, quedando enterada la Comisión de obras públicas y el Pleno, en sesión celebrada el 22 de mayo de 1989, suscribiéndose el pertinente contrato el 15 de junio del mismo año, por el Ilmo. Sr. Presidente de la Corporación Insular”. Finalmente, el Pleno en sesión celebrada el 31 de mayo de 1991, presta, en principio, conformidad a la modificación propuesta, acordándose igualmente solicitar el preceptivo dictamen de este Consejo conforme dispone el art. 114.3 del RDL 781/1986.

2. Como es sabido, en los expedientes de modificación contractual, y según dispone el artículo antes indicado, los acuerdos adoptados por el órgano competente en tal sentido deberán contra previamente con los preceptivos informes de la Intervención y la Secretaría, que obran en el expediente, de 22 y 29 de mayo de 1991 respectivamente. Además, en los casos en que la cuantía de la modificación exceda del 20% del precio del contrato, se exige el preceptivo dictamen del órgano

consultivo superior de la Comunidad Autónoma, que se expresa precisamente con la emisión del presente dictamen. En este punto, se ha de significar que el contrato de referencia fu adjudicado finalmente por un importe de 297.539.165 ptas, iniciándose en mayo de 1991 los trámites del expediente de modificación contractual cuya cuantía ascendió a 248.516.468 ptas., partida que se desglosa, de una parte, en "líquidos adicionales no previstos en el proyecto inicialmente aprobado" (concretamente alumbrado, jardinería y señalización complementaria), ascendiendo el importe de los mismos a 93.012.191 ptas., y, de otra, a "insuficiencias del proyecto adjudicado en cuanto a la falta de previsión de las numerosas instalaciones subterráneas de obligada reposición o de unidades necesarias para la correcta terminación de las obras proyectadas, cuya medición y valoración no figuraban en la valoración constitutiva del proyecto aprobado en su día", elevándose su importe a 155.504.277 ptas. La cuantía del modificado propuesto, pues, sin perjuicio de las consideraciones que subsidiariamente se harán, es de un 83'52% del precio del contrato original, excediéndose con holgura el tope legal configurado como condición para que el presente dictamen se solicite y emita preceptivamente.

III

Sobre los elementos fácticos hasta aquí relacionados conforme se deducen del expediente, hemos de hacer, necesariamente, ciertas consideraciones en torno a los fines de interés público que persigue la contratación administrativa y que se extienden asimismo a las modificaciones de los contratos adjudicados, tras lo que, se entrará a determinar el grado de adecuación del Proyecto modificado que se dictamina respecto de las disposiciones legales y principios vigentes en materia de contratación administrativa.

1. La regla de la inalterabilidad de los contratos se relativiza, es sabido, en el ámbito de la contratación administrativa en la medida que el principio *pacta sunt servanda* ha sido paulatinamente matizado a fin de evitar, de una parte, el enriquecimiento injusto de la Administración y, de otra, el mayor sacrificio del contratista colaborador cuando acontezcan circunstancias que alteran cualificadamente el objeto de la relación contractual. El restablecimiento del

equilibrio perdido se consigue con el uso, legalmente previsto, del denominado *ius variandi*, conforme al cual y con los límites y circunstancias legalmente determinados se pueden modificar, siempre sobre la base de la defensa de los intereses públicos, los contratos suscritos por ambas partes. Se reitera una vez más, sin embargo, que esta posibilidad no es un mecanismo del que se pueda hacer un uso libérrimo, sino que se debe atemperar, excepcional y circunstancialmente a las previsiones que para tal eventualidad dispone el Ordenamiento jurídico; de no ser así, el mecanismo de modificación contractual, que responde a los fines indicados se convertiría en una mera técnica de consolidación de relaciones y situaciones jurídicas paralela a las vías que explícitamente se contemplan, con posible riesgo, además, de perjuicio del interés público. Ciertamente, que la concreción de ese interés y la articulación de las medidas de defensa más convenientes del mismo compete a la Administración contratante y desde esta perspectiva nada hay que objetar. Sí hay que insistir, sin embargo, en la conveniencia de que los expedientes administrativos incoados, tanto de contratación como de modificación, se integren con todos los documentos e informes que expresen en cada caso cual es la razón de interés público que motiva que la Administración opte por una u otra vía, a fin de no tener que deducir aquella voluntad y ese interés de forma implícita a partir de declaraciones tautológicas del propio expediente.

En efecto, tal y como este Consejo ha manifestado en otras ocasiones, reiterando la doctrina del Consejo de Estado en relación con los modificados contractuales, la modificación del contrato administrativo tiene por propia naturaleza y por normas imperativas una delimitación razonable y congruente con sus fines y planteamientos, que abarcan desde el mismo momento en que se preparan y concatenan los proyectos quedando el objeto delimitado en la adjudicación. Los principios generales de 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 proyectos que tiene la Administración se ejerza dentro de un límite prudencial, que no desnaturalice el objeto de la contrata, al ser la misma sometida a licitación y que, en otro caso, se acuda a un nuevo proyecto general. Toda variación, desde luego, debe además resultar excepcional, porque los proyectos iniciales en principio y salvo casos muy especiales deben ya contener todo el cálculo y precisiones necesarias para que la obra pueda ejecutarse útilmente tal y como en

aquellos figure proyectada. Precisamente, esta limitación del *ius variandi* tiene como finalidad evitar la vulneración del principio de concurrencia de licitadores en la adjudicación de los contratos, así como la posible ocultación de defectos de previsión o errores en los proyectos originarios.

Conforme disponen los arts.48, LCE y 146, RCE, una vez perfeccionado el contrato, la Administración sólo puede modificar los elementos que lo integran dentro de los límites que establece la legislación. Estos límites son, ya se sabe, los que derivan de la propia legislación de contratos, concretamente de lo dispuesto en los arts. 150.1 y 2 y 153, RCE. Este Consejo ya ha tenido ocasión de manifestar anteriormente que los supuestos que subyacen a los diferentes tipos normativos de modificación no son permutables entre sí, pues cada uno obedece a incidencias cualificadas de la vida del contrato que determinan, consecuentemente, distintos efectos jurídicos según que el supuesto que motiva la modificación contractual sea uno u otro. En principio, conforme señala el art. 149, RCE, la Administración sólo podrá acordar modificaciones en el proyecto de obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, cuyas circunstancias deberán quedar debidamente justificadas.

Se pretende, pues, y en esto consiste el interés que subyace a la modificación contractual, no sólo que los proyectos estén lo más definidos posible -lo que no evita que en determinadas circunstancias pueda haber habido una imprevisión que motive el modificación- sino evitar la posibilidad del subterfugio de, al amparo de imprevistos más o menos previsibles, introducir un modificación en el contrato que se está ejecutando. Pero es que, incluso del expediente remitido parece haberse ido más allá de lo indicado, pues del Informe del Servicio Administrativo de Obras y Servicios de la Corporación insular, de 14 de mayo de 1991, se desprende que "de las certificaciones expedidas hasta el momento, la práctica totalidad de la obras contratadas inicialmente (...) se encuentran casi ejecutadas", lo que justificaría, por sí solo, la impropiedad de aprobar un modificación sobre obra ejecutada, eventualidad ésta que, de ocurrir, obligaría, a la adjudicación de un nuevo contrato cuya ejecución resolviese las deficiencias apreciadas en la ejecución del contrato original.

2. Dicho esto, ha de indicarse que el régimen jurídico de los distintos supuestos de modificación contractual, según resulta de la legislación de contratos es el siguiente. En primer lugar, en el caso de modificaciones que produzcan aumento, reducción o supresión de unidades de obras, incluidas en el proyecto o sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea de las comprendidas en la contrata, la modificación resulta de obligado cumplimiento para el contratista, salvo que la variación supere en más o en menos el 20% del precio del contrato en cuyo caso puede pedir la resolución del mismo (arts.52.2, LCE, 157.2 Y 161, RCE). Un segundo supuesto es aquél en el que se pretende introducir unidades de obra no comprendidas en la contrata, o cuyas características difieren sustancialmente de ellas; en este caso, los precios deberán fijarse por la Administración y ser aceptados por el contratista, que en caso de que así no lo haga queda exonerado de ejecutar las nuevas obras y la Administración podrá contratarlas con otro empresario y ejecutarlas directamente. Finalmente, está el supuesto regulado en el art. 153, RCE, que no contempla propiamente una modificación de proyecto sino de ejecución de nuevas obras no previstas en el primitivo, obras que, conforme dispone aquel artículo “deberán ser objeto de contrato independiente” exceptuándose aquellas que no excedan del 20% del precio del contrato, cuya ejecución podrá confiarse al contratista de la principal, de acuerdo con los precios que rigieron el contrato y, en su caso, los que se fijan contradictoriamente.

Es ciertamente difícil diferenciar, en ocasiones, las variaciones amparadas en el art. 150 y los nuevos proyectos basados en el art. 153, RCE; más aún cuando en muchas ocasiones se preparan como modificaciones del proyecto obras que por naturaleza son independientes de las primitivas, no debiendo olvidarse en este punto que es doctrina jurisprudencial constante que las cosas son según su naturaleza y no según la voluntad de las partes. Debe recordarse en este punto, que la diferencia básica entre uno y otro supuesto estriba en que en el caso del 150.2, RCE, debe tratarse de unidades de obra nuevas pero cuya ejecución resulte necesaria para llevar a buen fin el proyecto primitivo, o cuando sea precisa dicha modificación por resultar imposible su ejecución en la forma inicialmente prevista, en tanto que en el caso previsto en el art. 153, RCE, la ejecución de las obras complementarias no debe ser necesaria para el buen fin del proyecto, pues son simplemente añadidos no esenciales, aunque pudieran ser convenientes.

De todo expresado hay que concluir, pues, que la tramitación de cualquier expediente de modificación contractual obliga a hacer un esfuerzo previo de análisis de la naturaleza jurídica de la reforma proyectada, a fin de ampararla en la correspondiente norma de cobertura, evitando, consiguientemente, la incorrecta aplicación de la legalidad vigente y, en ocasiones, la no defensa del interés público. Se ha de huir, pues, de adoptar soluciones simplistas que, sin discriminar los diferentes supuestos que puedan concurrir cuando de modificar un contrato se trata, homogeneizan el tratamiento de incidencias cualitativamente diferentes mediante la tramitación de un único expediente que se incoa íntegramente al amparo de una sola de las vías posibles, que es lo que parece haber ocurrido en el proyecto modificado que el Consejo dictamina.

3. La Memoria justificativa que acompaña el proyecto de modificado es suficientemente ilustrativa de lo que hasta aquí se ha expresado. En efecto, parece ser que por el servicio técnico competente se apreció "que la existencia de errores topográficos dan lugar a que los perfiles transversales del proyecto no contemplen las estructuras existentes (cerramiento de la Casa cuna, perfiles T-0+700 a T-0+889 y de Good Year T-0+000 a T-0+060), así como la zona deportiva y edificación de la Casa cuna. También el eje 353 introduce un muro en el arcén derecho de la autopista TF-5, sentido ascendente, y próximo al carril de aceleración eje 316. Ello produce una zona altamente peligrosa para la circulación puesto que en dicho tramo el conductor debe estar pendiente únicamente de los vehículos procedentes de Santa Cruz. Además, la solución propuesta de doble carril en el acceso al Barrio de Somosierra desde la TF-5, obliga a suprimir la entrada a dicho barrio de los vehículos procedentes de la Avenida Príncipes de España y C-822, que sólo se podrían llevar a cabo mediante una remodelación de los sentidos de circulación en la totalidad de dicho Barrio, lo que es totalmente ajeno al espíritu de este Proyecto. En cuanto al firme propuesto, se contradice con lo expresado en la Orden circular 287/84 P.I. sobre criterios para la aplicación de las normas 6.1 - I.C. y 6.3 - I.C."

Lo expuesto, es lo que justifica la elaboración del Proyecto de reformado en el que, como ya se expresó, se incluye un proyecto adicional de alumbrado (pues "el proyecto tampoco contemplaba la restitución del alumbrado público de la vía); un

proyecto adicional de jardinería (“de acuerdo con los criterios que actualmente rigen, tanto en esta Corporación como en la Comunidad Autónoma de ajardinamiento y tratamiento estético de enlaces e intersecciones”), así como la “sustitución de la señalización tipo AIMPE propuesta en el proyecto vigente por banderolas de tamaño de letras adecuado” a las Normas de implantación de la señalización vertical actualmente en trámite de aprobación, siendo, respectivamente, el desglose de tales adicionales 44.444.804; 30.994.632 y 17.572.755 ptas., lo que totaliza la cantidad de 93.012.191 ptas.

Por lo anteriormente razonado y hasta ahora expresado no parece aventurado concluir que la necesidad de redactar el proyecto modificado que ahora se dictamina, respondió en gran medida a imprevisiones del proyecto original (que, como ya se dijo, incluso fue modificado en fase de redacción) y a la introducción de nuevas unidades de obra destinadas a mejorar la obra completa que resultaría del proyecto original, pero no necesarias para que la misma pueda ser destinada al servicio público.

Y es que, la última de las partidas consideradas (la relativa a jardinería, alumbrado y señalización), parece referirse a obras accesorias o complementarias cuyo régimen jurídico, ya citado anteriormente, obliga a contratar nuevamente de forma autónoma e independiente, siempre y cuando su importe exceda del 20% del precio del contrato. Siendo éste de 297.539.165 ptas., el importe de las obras complementaria se eleva a un 31,26% de aquél, lo que excluye necesariamente a las mismas del proyecto modificado que se pretende aprobar, circunstancia que ya fue por otra parte advertida por los respectivos Informes de la Secretaría e Intervención corporativas de 29 y 22 de mayo, respectivamente.

Por otra parte, de la descripción de las obras objeto del modificado, se desprenden asimismo la concurrencia de los dos supuestos contemplados en el art. 150, RCE, al haber aumento de unidades de obra ya previstas, e introducción de unidades de obra no comprendidas en la contrata, y que, siempre y cuando conste la conformidad expresa del contratista principal, pueden ser ejecutadas por éste en las condiciones que se deducen de la legislación de contratos.

4. Finalmente, hay que advertir que el expediente de obras cuyo modificado se ha dictaminado figura incluido en el Convenio suscrito el 20 de octubre de 1988 entre el Cabildo de Tenerife y la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias, cuya cláusula 10 obliga a que, en la medida que afectan carreteras de la Comunidad Autónoma, los modificados que en su caso se tramiten cuenten necesariamente con la aprobación de aquélla. De esta incidencia, advertida por los Informes de la Intervención y Secretaría obrantes en el expediente, sólo consta en las actuaciones el escrito remitido por el Servicio Administrativo de Obras y Servicios de la Corporación insular al Excmo. Sr. Consejero de Obras Públicas del Gobierno de Canarias, en el que le ponía en antecedentes del modificado iniciado a efectos de la pertinente aprobación, sin que del expediente que ha conocido el Consejo conste que la misma se haya producido.

Asimismo, y en otro orden de consideraciones, se advierte que el modificado propuesto afecta a servicios de indudable responsabilidad municipal sin que tampoco se haya aportado al expediente los pertinentes Informes, como asimismo indica la Secretaría de la Corporación. Lo expresado redundará, una vez más, en lo ya manifestado de que la voluntad administrativa de modificar los contratos debe hacerse constar documentalmente junto con aquellos Informes, preceptivos o no, que ayudan en suma a que el interés público que tal Corporación defiende sea convenientemente protegido.

CONCLUSIÓN

El Proyecto de reformado de cuyo expediente ha conocido preceptivamente este Consejo, y que parece haberse tramitado cuando las obras inicialmente adjudicadas estaban casi ejecutadas, entraña una múltiple modificación del contrato inicial, sin que se haya tenido en cuenta las previsiones y los efectos jurídicos que para cada uno de los supuestos de modificación contractual se contemplan en la legislación aplicable, según se razona en los Fundamentos II y III del dictamen.