



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 7 / 1 9 9 4

La Laguna, a 12 de mayo de 1994.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *proyecto modificado nº 2 de las obras: nueva carretera. Carretera TF-713, de San Sebastián de La Gomera a Arure. Acceso a Valle Gran Rey 1ª fase (EXP. 22/1994 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

El presente Dictamen analizará la adecuación del segundo proyecto de modificado del contrato administrativo de obras relativo a la construcción de la "Carretera TF-713, de San Sebastián de La Gomera a Arure, acceso a Valle Gran Rey, 1ª fase", a las disposiciones legales vigentes que resulten de pertinente aplicación; básicamente, la Ley de Contratos del Estado, cuyo Texto articulado fue aprobado por Decreto 923/65, de 8 de abril (modificado por la Ley 5/75, de 17 de marzo y por el Real Decreto Legislativo 931/86, de 2 de marzo, de adaptación a las Directivas de la Comunidad Económica Europea) y el Reglamento de esta Ley, aprobado por Decreto 3.410/75, de 17 de marzo y que ha sido igualmente modificado por el Decreto 2.528/86, de 28 de noviembre, de adaptación al RDL 931/86, además de haberse operado diversas modificaciones puntuales a su articulado, la última de ellas por Real Decreto 52/91, de 25 de enero.

II

La competencia del Consejo Consultivo para dictaminar el modificado que se somete a su consideración viene asignada por el art. 10.7 de su ley reguladora, ya

* PONENTE: Sr. Fernández del Torco Alonso.

que el objeto del Dictamen versa sobre la modificación de un contrato de obra cuyo importe excede de 100 millones de pesetas y aquella supera el 20% del mismo. Tales circunstancias, de conformidad con lo previsto en los arts. 18 de la Ley de Contratos (LCE) y 51 de su Reglamento (RCE), requieren la previa y preceptiva intervención de esta institución.

III

1. El modificado sobre el que se interesa el parecer de este Consejo afecta a la carretera TF-713, vía calificada de interés regional por el Decreto 247/93, de 10 de septiembre, dictado al amparo de lo dispuesto en la disposición transitoria primera, I, de la Ley 9/91, de 8 de mayo, de Carreteras de Canarias. Se trata, por tanto, de una vía de titularidad autonómica, correspondiendo el ejercicio de las competencias sobre la misma a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.1.1 de la Ley 9/91 citada, en relación con el art. 2.C.a) del Decreto 68/86, de 18 de abril, por el que se regula la estructura y funciones de la citada Consejería.

El principio general de que la competencia para instar la modificación de los contratos de obras corresponde al órgano contratante ve limitado su ejercicio en aquellas situaciones en las que el motivo de la modificación puede constituir causa de resolución del contrato, lo que acontece en el presente supuesto a tenor de lo dispuesto en el art. 52.2 LCE, ya que el art. 48, pfo. 2º, del mismo texto legal, exige que en tal caso sea acordada por el órgano de contratación competente, previa autorización del Consejo de Gobierno en los casos en que se refiere el art. 8 de la misma Ley, precepto que en su nº 1 exige tal autorización para la celebración de contratos que tengan una vigencia superior al de la vigencia del presupuesto correspondiente y hayan de comprometerse fondos públicos de futuros ejercicios fuera de los límites establecidos en la propia Ley de Presupuestos.

En relación con ello, en el expediente de referencia, en Memoria elaborada por el jefe del Servicio de carreteras, se hace constar que en los Presupuestos Generales de la CAC para 1994 se encuentra incluida la dotación presupuestaria para el proyecto de las obras de referencia con cargo a la aplicación presupuestaria 22.13.513.G.601.00, proyecto de inversión 94.6111.71. Además, dado que el plazo de ejecución de dichas obras exige comprometer fondos públicos de futuros ejercicios (1995 y 1996), obran en las actuaciones documentos contables RC-300 y A-401, este

último relativo a la autorización de gastos para ejercicios posteriores. En principio, pues, resultaría de aplicación lo preceptuado en el anteriormente citado art. 48 LCE; sin embargo esta autorización resulta enervada por la Ley 7/84, de 11 de diciembre, de la Hacienda Pública Canaria, en cuyo art. 37, con carácter general, permite que se comprometan fondos de futuros ejercicios para inversiones (apartado 2.a), dentro de los límites señalados en su nº 3.

2. Por lo que afecta al resto de la documentación obrante en expediente, el mismo se inicia con una solicitud de autorización para la redacción del proyecto del modificado nº 2 a la que se acompaña documentación relativa al presupuesto de ejecución por contrata y presupuesto adicional, ascendiente a la cantidad de 285.039.705 ptas., en los que consta, mediante su firma, la conformidad del contratista. Mediante informe de fecha 18 de febrero de 1994, el jefe del Servicio de carreteras propone la aprobación del modificado y la continuación de las obras por el mismo contratista. En el mismo sentido se expresa la propuesta del Director General, que fue asumida por el Consejero competente en su Propuesta de Resolución. Constan, además, en el expediente certificaciones del jefe del Servicio de carreteras, a las que se acompaña el acta correspondiente, relativas a la comprobación mediante el replanteo de la realidad geométrica de las obras y la viabilidad de su ejecución, así como de la disponibilidad de los terrenos necesarios para la ejecución de aquéllas, en lo referente a los trabajos a realizar durante la primera anualidad, por no verse afectados por los procedimientos a tramitar pues los mismos serán resueltos en el transcurso del período correspondiente a la segunda anualidad. Finalmente, se acompaña también escrito justificativo de la no necesidad de un estudio de evaluación de impacto ecológico.

Del relato de la documentación obrante en el expediente puede constatarse la no inclusión en el mismo de un Memoria justificativa de la modificación, si bien es cierto que en la reseñada solicitud de autorización para la elaboración del proyecto se incluye un apartado en el que, bajo la rúbrica de "justificación del modificado nº 2", y de forma ciertamente sucinta, se describen las modificaciones que se pretenden con indicación de su finalidad, y que consisten en la adaptación del eje nº 2, de trazado eminentemente urbano, a diseños de esta naturaleza, a base de aceras, aparcamientos e intersecciones giratorias con isleta central, modificándose igualmente el alumbrado para conseguir un nivel de iluminación más acorde con la

categoría de la vía urbana. El proyecto también afecta a los accesos al túnel, con la finalidad de mejorar los parámetros de las curvas de entrada y salida y la visibilidad. Finalmente, se propone rematar el firme hasta la zona de El Puerto con el fin de permitir la circulación viaria en el Barrio de Vueltas y prever las formaciones de las boquillas, no contempladas en proyecto.

IV

1. El contrato del que trae causa el expediente de modificación, cuya Propuesta se dictamina, fue adjudicado el 15 de septiembre de 1989, por Orden del Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Aguas, por un importe de 598.700.000 ptas, finalizando el plazo de ejecución el 19 de abril de 1991. El objeto de la obra contratada fue la construcción de un nuevo tramo de la TF-731, desde Arure a Valle Gran Rey, con eliminación, por diseño de variante y túneles, del ya existente, de tortuoso y estrecho trazado, con edificaciones consolidadas a ambos lados, así como de dos tramos de trazado intermedio, de escasa posibilidades de acondicionamiento, mediante construcción de túneles.

En relación a estas obras, es de hacer notar que ya desde el trámite de comprobación de replanteo se observaron tres importantes problemas (las obras para la salida sur del proyectado túnel nº 1 supondrían la imposibilidad de acceso y salida a Valle Gran Rey durante un período de tres meses; la completa destrucción de un importante núcleo de palmeras y otras especies y, finalmente, la necesidad de reestudiar la tipología de la estructura de paso del barranco de Valle Gran Rey, teniendo en cuenta los arrastres de árboles y plantas que históricamente se producen por el barranco) que significaron la suspensión del comienzo de la obra en determinados tramos hasta tanto no se efectuase el estudio correspondiente y las modificaciones, si procediesen.

Probablemente, a raíz de estos reparos, y por Orden de 18 de noviembre de 1992, se aprueba el modificado nº 1 de las obras (aprobado técnicamente desde el 29 de mayo de 1990, si bien por no existir partida presupuestaria para ello se postergó su tramitación hasta 1992) por un importe de 119.429.658 ptas, en el que, a tenor de lo señalado por el ingeniero jefe, y fundamentándolo en causas nuevas e imprevistas, que no se especifican, se recogen distintas incidencias surgidas en el desarrollo de la obra, así como un pequeño cambio de trazado, motivado por la minimización del impacto ambiental en la zona de llegada a Valle Gran Rey, evitándose la afección de

terrenos agrícolas y suponiendo, al propio tiempo, un menor coste en expropiaciones, al situarse el nuevo trazado principalmente en terrenos de dominio público. Las modificaciones introducidas consisten en: variación del trazado del túnel nº 1, produciéndose una ligera modificación que elimina una serie de curvas que rebaja considerablemente el impacto ambiental, al disminuir los desmontes y terraplenes necesarios; variación del trazado del eje nº 1, al observarse el gran impacto que producía el trazado, que afectaba a grupos de palmeras y viviendas no contemplados en el proyecto técnico y, finalmente, variación del diseño del puente sobre el Barranco de Valle Gran Rey, con el fin de ampliar la sección del cauce y evitar posibles daños por inundaciones, logrando al mismo tiempo una mejora estética en su aspecto.

Finalmente, con fecha 21 de marzo de 1994, se propone la aprobación del modificado nº 2, que ahora se dictamina preceptivamente, por un importe de 258.039.705 ptas. Este segundo modificado responde a otro tipo de consideraciones, como se desprende de la justificación anteriormente señalada y del informe elaborado por el jefe del Servicio de carreteras, que se acompaña a la Propuesta. De acuerdo con este último informe, elaborado a la vista del anterior, las modificaciones de trazado conllevan movimientos de tierras, con aumento de los volúmenes de explanación; además, se introduce la construcción de muros de sostenimiento y de protección y, por lo que respecta al túnel, se trata de un capítulo "que se ha visto considerablemente incrementado debido a las actuaciones que ha sido necesario ejecutar para el saneo y sostenimiento de la bóveda, así como las de revestimiento definitivo", actuaciones que han supuesto un "cambio en las secciones de excavación", con el consiguiente aumento presupuestario. Dentro del capítulo de drenaje, se pretende realizar obras adicionales y modificaciones en la boquilla del túnel, prolongar la obra transversal existente en eje nº 1 y modificar las obras diseñadas por conducto de hormigón centrifugado por secciones de hormigón en masa. Finalmente, las modificaciones del trazado exigen nuevas expropiaciones.

2. Si bien la competencia de este Consejo lo es para dictaminar sobre el segundo modificado y no sobre el primero, que, por otra parte, se supone ya realizado, sin embargo resulta necesario aludir al mismo para comprender el alcance de las modificaciones que sucesivamente han sido propuestas.

Con carácter previo al análisis de los motivos que han inducido a la Administración actuante a elaborar una nueva modificación de las obras y, por ende, del contrato, debe resaltarse que los principios que rigen la contratación administrativa, como son los de eficacia de actuación y economía del gasto público, exigen la máxima diligencia y previsión en las actuaciones que se emprendan a fin de evitar demoras y mayores costos, lo que supone que el proyecto inicial habrá de contener todas las previsiones necesarias para la correcta realización de la obra, sin que ello impida una eventual modificación si por razones de interés público resulta ineludible. Como advierte el Consejo de Estado en su Dictamen 45.393/83, resulta necesario extremar el rigor y el celo en la elaboración del proyecto inicial, de forma que no haya de recurrirse con tanta frecuencia a su ulterior modificación ni, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados de obras.

Pues bien, todo lo reseñado anteriormente pone en evidencia que los sucesivos modificados son el resultado de las imprevisiones del proyecto original, pues cuestiones tales como la existencia de un núcleo de palmeras (modificado nº 1) o que el eje nº 2 constituye un tramo urbano (modificado nº 2) resultaban perfectamente constatables desde el inicio del proyecto de construcción, que, de haber sido previstas en su momento, evitarían acudir al *ius variandi* que legalmente se concede a la Administración. Sin olvidarse que no se trata de una potestad que la Administración pueda ejercer arbitrariamente, pues el art. 149 RCE la concede siempre que las modificaciones sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, cuyas circunstancias deberán quedar debidamente justificadas. Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo, "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, 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. Es decir, nunca el ejercicio de esa potestad administrativa puede servir para ocultar defectos de previsión o errores del proyecto, que, con un estudio más cuidadoso, 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 concebido como derecho de la Administración a hacer lo que desee (...) ni pueda ser ejercido, como se dijo, para cubrir anteriores actuaciones inapropiadas. Así, como señala el Consejo de Estado (Dictamen de 30 de enero de 1969) 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 constar 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". (DCC 8/88, de 18 de julio).

El expediente que constituye el modificado nº 2 carece, como ya se ha señalado, de una Memoria que justifique esas necesidades nuevas e imprevistas que fuerzan a la Administración a acudir al *ius variandi*, pues sólo se integra en él el ya señalado informe del jefe del Servicio de carreteras, que contiene tan solo una descripción de las obras que se pretenden, sin especificar la causa de las mismas y sin que parezcan surgidas del propio acontecer de la obra. Es más, los informes presentados no aclaran si las modificaciones que ahora se pretenden tienen o no incidencia en lo ya actuado con ocasión del modificado nº 1, pues si bien en éste claramente se señalaba que se proyectaba sobre el "eje nº 1", "túnel nº 1" y "diseño del puente sobre el barranco", en el que ahora se dictamina, a excepción de la variación del trazado del eje nº 2, se habla de forma genérica de túnel o túneles e, incluso, de que las obras de drenaje tendrán incidencia en el eje nº 1. En cualquier caso, las obras planteadas no parecen responder a una necesidad concreta y definida, sino más bien a una reestructuración del proyecto originario, como se evidencia también en la primera modificación, lo que en definitiva pone de manifiesto que estas variaciones no son sino consecuencia de las imprevisiones del proyecto original y no de necesidades nuevas e imprevistas, lo que hace igualmente complicada la tarea de reconducir las mismas a los diversos tipos modificativos contemplados en los arts. 150, primer y segundo párrafo, y 153 RCE -cada uno de los cuales presenta un régimen jurídico específico- pues concurren en el proyecto, como ya ha sido señalado, aumento de unidades de obra, sustitución de unas obras de fábrica por otras e, incluso, se habla de obras accesorias en el apartado relativo a drenajes, sin que se justifique este carácter; lo que contradice la obligación, puesta de manifiesto por el Consejo de Estado en el Dictamen señalado, de que los Servicios que informen modificaciones contractuales deben calificar cada una de ellas dentro del concreto precepto que le sirve de amparo.

3. Finalmente, conviene hacer alusión a la referencia que en el expediente se hace a la no necesidad de elaborar un estudio de impacto ambiental. Ya desde el modificado nº 1 se hace constar la no necesidad de este informe con base en que

cuando se produjo la aprobación del proyecto inicial aún no estaba en vigor la Ley autonómica 11/90, de 13 de julio, de Prevención del Impacto Ecológico -argumento que se reitera en el presente- al igual que un segundo argumento basado en que, tanto en aquél como en éste, las modificaciones tratan de minimizar el impacto ecológico. Ahora bien, debe resaltarse que resulta cuando menos dudosa la primera afirmación, sobre todo si se tiene en cuenta que la propia Ley no contiene ninguna previsión que exima de evaluación de impacto ecológico a las obras proyectadas por haber sido el proyecto original aprobado con anterioridad a su entrada en vigor. Pero, además, se olvida que el art. 5 de la Ley somete a evaluación básica de impacto ecológico todo proyecto de obras financiado total o parcialmente con fondos de la Hacienda Pública canaria, salvo que su realización tenga lugar dentro de suelo urbano, compitiendo al propio órgano promotor del proyecto su elaboración. En este sentido, tanto en el primer modificado como en el segundo, constan informes del Director General de Obras Públicas y del jefe del Servicio de carreteras, respectivamente, con el contenido ya señalado. No obstante, si bien, como se ha dicho, la competencia la ostenta la Consejería, no resulta suficiente lo expresado en aquellos informes, que se limitan a una declaración formal de que las obras no afectan al medio ambiente, sino que en todo caso habrá de hacerse constar los extremos a que se refiere el art. 11 de la Ley 11/90.

C O N C L U S I Ó N

De conformidad con lo razonado en el presente Dictamen, en la redacción del modificado sometido a la consideración de este Consejo no han quedado suficientemente justificadas las necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, determinantes, en suma, de la necesidad de redacción del indicado modificado; máxime cuando, con anterioridad, se redactó y aprobó un primer modificado que, al parecer, no consideró las causas que determinaron la necesidad de proceder a elaborar un segundo reformado, insuficientemente justificado.