



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 7 / 1 9 9 5

La Laguna, a 8 de marzo de 1995.

Dictamen solicitado por Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias relativo a la *Modificación nº 3 del contrato de las obras de acceso a Las Palmas de Gran Canaria por el Norte. Tramo: Alcaravaneras-El Rincón, enlace de Arucas (C-810) (EXP. 88/1994 CA)*.*

F U N D A M E N T O S

I

En este Dictamen, solicitado preceptivamente por el Presidente del Gobierno de la Comunidad Autónoma, se analiza la adecuación al Ordenamiento jurídico de la Propuesta de una tercera modificación del contrato administrativo de las obras de construcción del acceso a Las Palmas por el Norte, en el enlace entre Alcaravaneras y la carretera C-810. Al efecto, se tendrá fundamentalmente en cuenta lo establecido en la Ley de Contratos del Estado (LCE), aprobado su Texto Articulado por Decreto 923/1965 y modificado tanto por la Ley 5/1975 como por el Real Decreto Legislativo 931/1986, de adaptación de Directivas de la Comunidad Europea al respecto, así como el Reglamento de la referida Ley (RCE), aprobado por Decreto 3.410/1975, reformado en diferentes ocasiones, especialmente por el Decreto 2.528/1986 y por el Real Decreto 52/1991.

Desde luego, procede la intervención de este Organismo en este supuesto, que ha de ser recabada por el Presidente autonómico, en aplicación de los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley del Consejo Consultivo, éste en relación con lo establecido en los arts. 22.11 de la Ley orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, y 18 LCE, siendo cierto que, en esta ocasión, el precio del contrato a modificar es superior a cien millones de pesetas y la modificación de la que se trata supera el veinte por ciento de ese precio,

* **PONENTE:** Sr. Petrovelly Curbelo.

como requiere el precepto legal estatal citado en último lugar para hacer preceptiva la solicitud del correspondiente Dictamen.

II

1. La legislación aplicable, en particular el art. 18 LCE, previene que es el órgano de contratación competente el que igualmente está facultado para modificar, por razones de interés público -concepto éste luego reglamentariamente especificado (cfr. arts. 148 y 149, RCE)- los contratos celebrados. En este sentido, el art. 102.1 de la Ley autonómica 4/1984, de la Hacienda Pública de la CAC (LHPC), atribuye a los Consejeros, como titulares de los correspondientes Departamentos de la Administración autonómica, la facultad de contratar, similarmente a lo que ocurre con los Ministros del Estado central.

Más concretamente, el art. 10.1 de la Ley autonómica 9/1991, de Carreteras de Canarias (LCC) atribuye a la Consejería competente, actualmente la de Obras Públicas, las funciones pertinentes respecto a las carreteras de titularidad regional, confirmándolo el art. 2.C.a) del Decreto 68/1986 y viniendo calificada la carretera afectada, C-810, de interés regional expresamente. En definitiva, en principio es claro que la Consejería de Obras Públicas es el órgano superior de la Administración autonómica competente en la materia y que su titular, el Consejero, está facultado para contratar las construcciones que incidan en aquella y para aprobar actos que, como el que nos ocupa, pretendan eventualmente modificar el correspondiente contrato de obras previamente formalizado y en ejecución.

Sin embargo, en el procedimiento de realización de la actuación cuya Propuesta se analiza ha de añadirse un trámite específico que resulta de obligado cumplimiento por sus particulares características. En efecto, a la modificación contractual a realizar le resulta aplicable el artículo 48 LCE, de acuerdo con lo que, anteriormente, se explicitó del primer párrafo del art. 18 de dicha Ley. Así, el precepto mencionado señala que cuando la modificación del contrato sea causa de resolución -lo que sucede en este caso a la vista de lo prevenido en el art. 52.2 LCE- la misma será acordada por el órgano de contratación previa autorización del Consejo de Ministros, el Consejo de Gobierno en el ámbito autonómico, siempre que se trate de uno de los supuestos del artículo 8, LCE. Lo que, visto el tenor de este precepto, es evidente que ocurre aquí.

Por demás y decisivamente, el art. 103 LHPC recoge la normativa del citado art. 8 LCE, al supeditar la formalización de la contratación a autorización del Gobierno autonómico cuando su cuantía exceda de la que la Ley presupuestaria fije para determinar la competencia contractual del Consejero; o bien, cuando el plazo de ejecución del contrato sea superior al de vigencia del oportuno Presupuesto y deban comprometerse fondos de ulteriores ejercicios presupuestarios. Y, justamente, el art. 12 de la Ley autonómica 31/1993, por la que se aprueban los Presupuestos de la CAC para 1994, dispone que el Consejo de Gobierno deberá autorizar los gastos cuya cuantía exceda de doscientos millones de pesetas, resultando notorio que tanto el valor del contrato, acumulativamente, como el de esta modificación superan de largo esta cifra.

Por otro lado, aunque no parece que en este supuesto sea de aplicación el apartado b) del art. 103 LHPC (según se deduce de la referencia al plazo de ejecución de las obras señalado en el Informe al respecto elaborado por el Ingeniero-Jefe de aquellas, ni en la documentación del expediente correspondiente se incluye alusión alguna al uso de fondos de carácter plurianual), llama la atención que fuese este sistema de financiación el elegido tanto en el contrato original como en su segundo modificado y que, particularmente, fuese 1995 la última anualidad utilizable en relación con éste.

En todo caso, lo fundamental es que no constando formalización documental de la autorización del Gobierno que es aquí procedente, se entiende que no se ha producido la misma y, por consiguiente, que existe un vicio formal determinante en el procedimiento administrativo de la actuación de la que se trata que implica su inadecuación jurídica y, por ende, que el acto que se realizare en su momento no fuere ajustado a Derecho.

2. En el mencionado expediente consta la documentación relativa a otros trámites de obligada realización o cumplimiento en este procedimiento contractual; en especial, la Memoria justificativa del Proyecto de modificación, planos y especificaciones de las obras consiguientes y otros Informes técnicos pertinentes, incluyendo la Propuesta del Director General competente al Consejero. No obstante, ha de aclararse que no procede su aprobación por éste, ni siquiera con carácter provisional, de dudosa acogida legal, hasta que no se hayan completado todos los

trámites legalmente determinados al efecto, el último de los cuales es la solicitud y evacuación del Dictamen de este Organismo, cuyo objeto es tal Propuesta, del que el Consejero puede discrepar, en cuyo caso debiera intervenir al respecto el Consejo de Gobierno (cfr. art. 20.k) de la Ley autonómica 1/1983).

Pero no se incluye en el expediente una declaración de impacto ecológico o ambiental, cuya exigencia en la realización de este tipo de obras viene determinada en la Ley autonómica 11/1990, argumentándose por la Consejería -concretamente en la antes aludida "aprobación" provisional- que basta con la realizada en relación con el contenido del Proyecto original de la obra, pues la que supone la aplicación del presente modificado se sostiene que no altera aquél, al no variarse sustancialmente el trazado de las carreteras o aún mejorarse el apartado de jardinería. No obstante, además de que tales consideraciones no empecen la aplicación al caso del art. 5 de la citada Ley autonómica -incluyendo los contratos de obras y sus modificaciones o, si se prefiere, los Proyectos originales de esas obras y sus alteraciones-, parece incuestionable que el sentido y fin de la normativa que se comenta es, justamente, que un órgano facultado legalmente al respecto determine, responsabilizándose de ello y por ello a todos los efectos, si concretamente las nuevas obras producen o no ciertos efectos ambientales o ecológicos, o bien, si modifican o no los producidos por los originales o por la realización de las inicialmente previstas.

Finalmente, ha de advertirse que no consta documento de acreditación de la disponibilidad presupuestaria de fondos para financiar esta modificación contractual, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 102.1 LHPC, máxime cuando el art. 103 de ésta no contiene una previsión de similar índole a la recogida en el párrafo final del art. 8 LCE. Y tampoco aparece en el expediente el oportuno Informe de la Intervención gubernativa, el cual debe incluirse en los procedimientos de esta naturaleza y recogerse en el expediente que los documenta y que se ha de remitir a este Organismo, última instancia que ha de intervenir en el procedimiento antes de que éste se ultime con el acto resolutorio del Consejero.

En este sentido, ha de advertirse que tal omisión es igualmente determinante del vicio procedimental que hace jurídicamente inadecuada la actuación que se dictamina. Y, por supuesto, aquélla no puede fundarse en norma alguna, sobre todo de carácter reglamentario o secundario, que contravenga lo dispuesto en la Ley del Consejo Consultivo, siendo de aplicación al respecto en particular lo previsto en el

art. 18.2 de aquélla y, en concreta aplicación de este precepto de la misma, en el art. 6.2 y 3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Organismo, aprobado por Decreto 464/1985, del Gobierno autónomo.

III

1. Procede recordar que el contrato de referencia se adjudicó mediante Orden del Consejero de Obras Públicas a una Agrupación Temporal de Empresas, el 27 de noviembre de 1989, previa realización del procedimiento legalmente previsto al efecto, por un precio de cinco mil trescientos setenta y ocho millones doscientas noventa y una mil pesetas y con un plazo de ejecución que finalizaba en octubre de 1992, siendo el objeto de este contrato de obras la ya indicada construcción del enlace entre las Alcaravaneras y El Rincón que facilita un nuevo acceso desde la carretera C-810, del Norte a Las Palmas.

Luego, el 4 de febrero de 1991, se acordó redactar un primer modificado, aprobado por Orden de 24 de octubre de ese año, sin que se conozca la introducción de nuevo plazo para la terminación de las obras, seguramente porque se produce sin incremento en el precio del contrato. Y, con fecha 2 de abril de 1992, se previene la redacción de un segundo modificado, que se aprueba por Orden de 26 de noviembre de 1993, ampliándose esta vez el plazo de finalización de las obras al 15 de abril de 1994 y suponiendo un incremento del precio inicialmente convenido en seiscientos sesenta y tres millones ciento cincuenta y cinco mil ciento setenta y cinco pesetas (12,33%).

Pero ocurre que en la documentación remitida a este Organismo para que dictamine el asunto que nos ocupa no se contienen las Memorias justificativas de estos modificados, anteriores al que ahora se pretende implementar. Así, en el Informe del Ingeniero-Jefe se alude al respecto a ciertas alteraciones importantes ya efectuadas con anterioridad, pero no a las razones que las motivaron y permitieron su realización ajustada a Derecho.

Y, aún siendo cierto que no puede defenderse que el Consejo Consultivo dictamine en este momento sobre ello, sin embargo esta omisión es importante en relación con la función que se le recaba realizar ahora porque incide, sin duda, en la pertinente determinación de la adecuación jurídica de la modificación a dictaminar.

Particularmente cuando, iniciada su tramitación el 20 de enero de 1994, se propone su aprobación el 16 de diciembre siguiente por un importe de mil trescientas sesenta y siete millones quinientas nueve mil doscientas cuarenta y tres pesetas, suponiendo un incremento del 25,42% sobre el precio actualizado del contrato, y se señala el 31 de diciembre de 1994 como plazo de finalización de las obras.

2. En otras palabras, llama la atención que las obras a realizar por este modificado, según refleja el documento acreditativo de modificación contractual (cfr. art. 150, *in fine*, RCE), vayan a terminar al parecer antes o al tiempo de aprobarse el modificado y formalizarse la operación. Y, desde luego, siendo evidente que tanto en este supuesto como en las precedentes modificaciones la corrección jurídica de la actuación administrativa a realizar exige su acomodo a lo establecido en los arts. 149, 150 y, en su caso, 153 RCE, no lo es menos que el análisis al respecto se obstaculiza considerablemente o aún entorpece decisivamente cuando no se dispone de los documentos que se mencionaron anteriormente.

Por demás, la Memoria justificativa de esta modificación se limita a describir las alteraciones o introducir las obras que en consecuencia han de producirse y su costo, pero sin incluir las causas que la justifican en unos casos o haciéndolo de modo no demasiado procedente, por insuficiente, en otros, además de no permitir conocer la eventual conexión de esta modificación con las precedentes o, directamente, con el Proyecto original de las obras.

De todos modos, la lectura de la señalada Memoria permite entender que diversas reformas se plantean a petición del Ayuntamiento de Las Palmas y, en buena medida, parecen más reconducibles al supuesto contemplado en el artículo 153 RCE que al específicamente modificadorio del artículo 148 de éste. Y, por otro lado, si bien parecen justificadas las relacionadas con los servicios de otra naturaleza afectados por las obras, así como las mejoras en la construcción del enlace vial del que se trata, -al menos cuando se las contempla o estudia en sí mismas consideradas y sin perjuicio de lo antedicho-, no sucede igual con algunas otras, pues pudiera parecer que afectan a defectos o improvisaciones en la redacción y aprobación del Proyecto original, o de los modificados previos de éste.

3. En efecto, al respecto conviene dejar bien claro que la potestad administrativa legal y reglamentariamente prevista de modificación contractual, o más concretamente de alteración del Proyecto de obras, no es arbitraria y ni siquiera

resulta de ejercicio discrecional, puesto que sólo procede por razones de interés público, que han de exponerse debidamente y que, según se ha apuntado ya, se plasman en la necesaria aparición de necesidades nuevas durante la realización de esas obras, lógicamente conectadas objetivamente a ellas, o en reales causas técnicas imprevistas al redactarse tal Proyecto, sin confundir esas causas sin más con simples imprevisiones o defectos técnicos.

Por tanto, con las limitaciones que precedentemente se han advertido a los fines procedentes, ha de concluirse que la modificación propuesta parece ajustarse, en la parte que se apuntó ya, a lo previsto en los arts. 149 y 150 RCE, pero en otra parte y en relación con las alteraciones mayormente propuestas por el Municipio afectado por las obras en zona urbana podría ser de aplicación el art. 153 de aquél, aunque probablemente lo sea su apartado segundo y ello no ocasione mayores problemas, mientras que en una tercera pudiera ocurrir que lo fuere el art. 154 de esa Norma reglamentaria.

En todo caso, de requerirse realmente la modificación del Proyecto original, o aún del ya modificado, por efectivos defectos técnicos, el órgano de contratación debe tener en cuenta que aunque no parezca que el contratista vaya a ejercer su derecho de resolución contractual o la facultad que le otorga el segundo párrafo del art. 150 RCE, el respeto del interés público en materia de contratación administrativa exigiría no sólo la estricta aplicación de la normativa reglamentaria mencionada y, por supuesto, un adecuado rigor en la elaboración de Proyectos de obras o, sobre todo, de sus eventuales modificados, sino eventualmente la procedencia de nueva licitación y adjudicación habida cuenta de las diferentes obras que se deban realizar por la razón que se comenta, con indemnización en su caso al contratista afectado y exigencia de las responsabilidades a que hubiere lugar (cfr. arts. 157, 161 y 166, RCE).

C O N C L U S I Ó N

La actuación proyectada de la Administración autonómica no se ajusta plenamente a Derecho, habida cuenta que, como se razona en los Fundamentos II y III, presenta sustanciales defectos de índole formal y material.