



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 4 / 1 9 9 5

La Laguna, a 17 de abril de 1995.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *Acuerdo del Pleno Cabildo insular de Tenerife, aprobación provisional del primer modificado del contrato de ejecución de las obras de construcción del Recinto Ferial de Tenerife (EXP. 20/1995 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

A petición del Excmo. Cabildo de Tenerife, el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno solicitó de este Consejo Consultivo preceptivo Dictamen sobre el Acuerdo del Pleno del Cabildo insular de referencia de aprobación provisional del primer modificado del contrato de ejecución de las obras de construcción del Recinto Ferial de Tenerife, fundamentando la solicitud en el art. 114.3 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRRL), aprobado por Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

La preceptividad del Dictamen resulta al concurrir los requisitos legalmente previstos (art. 18 de la Ley de Contratos del Estado, LCE) para la intervención preceptiva de este Organismo consultivo, cuales son que la cuantía de la modificación exceda el 20% del precio del contrato, y que el precio de éste exceda de la cantidad fijada por la legislación estatal sobre contratación administrativa (100.000.000 pesetas), cifra que es notoriamente superada por el precio del contrato en el que se ha suscitado el incidente de modificación (2.842.859.854 pesetas), siendo el importe del modificado propuesto de 700.024.908 pesetas, cantidad que supone el 24,62% del presupuesto de adjudicación, sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente Fundamento en relación con el precio del contrato.

* **PONENTE:** Sr. Plata Medina.

Por lo que atañe a la competencia orgánica para iniciar y concluir un expediente de modificación contractual como el referenciado, debe citarse nuevamente el art. 114 TRRL, cuyo número 1, en concordancia con lo que dispone el artículo 18 LCE, dispone que "el órgano de la entidad local competente para contratar según la Ley (...) igualmente podrá modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados (...) dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente". En conexión con lo expresado, el art. 50.22 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF), aprobado por RD 2.568/1986, de 28 de noviembre, atribuye a la competencia plenaria "la contratación de obras, servicios y suministros cuya duración exceda de un año o exija créditos superiores a los consignados en el presupuesto anual de la entidad, y la aprobación de pliegos de condiciones generales a los que deban sujetarse los contratos de la Corporación", circunstancias ambas que concurren en el presente expediente. Resulta, pues, correcta la competencia orgánica ejercida con ocasión del modificado de referencia, así como la instrucción del expediente por lo que atañe a la intervención en el mismo de aquellos órganos corporativos de carácter informativo y naturaleza preceptiva (Intervención y Secretaría corporativas), por lo que no hay obstáculo alguno que impida analizar el fondo del asunto que se ha sometido a la consideración del Consejo Consultivo.

II

El Proyecto modificado sometido a consideración de este Consejo tiene, en cualquier caso, una incorrecta denominación en cuanto al numeral que le identifica, toda vez que no es el primer modificado que se introduce en el proyecto inicialmente adjudicado, sólo que los anteriormente realizados no cumplían los requisitos legalmente previstos en el precepto antes referenciado para que hubiera sido preceptiva la intervención de este Consejo Consultivo. En efecto, tras la adjudicación inicial, el presupuesto inicial de obras se aumentó en 96.005.303 pesetas, por un modificado que comprendía la introducción de unidades de obra no inicialmente consideradas (demolición de las estructuras existentes en el solar donde iba a ejecutarse el proyecto de obras). Posteriormente, fue necesaria la aprobación de nuevos precios contradictorios relativos a una partida nueva, asimismo no considerada inicialmente, cual era la introducción de hormigón ciclópeo H-100 en cimientos (modificado que vino exigido por la necesidad de reforzar la cimentación del edificio dada la existencia de suelos deleznable no aptos para cimentar sobre los

mismos, así como la necesaria impermeabilización de muros a consecuencia de la existencia en algunas zonas de líquidos petrolíferos y la permeabilidad del terreno), elevándose este modificado a 75.500.000 pesetas. Más tarde, se efectuaron en las zapatas singulares sondeos de reconocimiento con extracción de testigos ordenando la Dirección facultativa su consolidación, aprobándose los correspondientes precios contradictorios de las nuevas partidas, elevándose el importe "aproximadamente" a 82.000.000 pesetas, lo que fue aprobado por el Cabildo el 2 de diciembre de 1994.

Fue tras realizar las catas y sondeos pertinentes, cuando se hizo necesario "llevar a cabo un recálculo de la cimentación y estructura", recálculo efectuado por la contrata y ejecutado por la misma, al parecer sin la previa autorización del Cabildo insular, lo que fue objeto de advertencia por parte de la Dirección facultativa que lo puso en conocimiento de la Presidencia del Cabildo mediante informe de 20 de junio de 1994, en el que se denuncia la irregular modificación del objeto del contrato con repercusiones económicas que encarecerían el precio de las obras; modificaciones que afectan tanto a la distribución de la obra a ejecutar como a la estructura, (particularmente, aumento de las dimensiones de los elementos de cimentación y, a consecuencia de ello, incremento de las dimensiones de los restantes elementos estructurales) aconsejándose a la Presidencia de la Corporación insular la paralización de las obras. Propone igual solución el Secretario corporativo en informe de 12 de julio de 1994; suspensión a la que no se procedió por parte de la Corporación insular de referencia, aunque se interesó de la contrata que formulara alegaciones a la denuncia efectuada por la Dirección facultativa, a lo que dio cumplimiento mediante escrito de 26 de septiembre en el que ya se hace constar la necesidad de proceder a la modificación del proyecto -que debiera tramitarse con la mayor celeridad posible de modo que las actuaciones necesarias en la obra "se encuentren legalmente amparadas"-; modificación que se fundamenta en la aparición de "causas técnicas imprevistas" (haciéndose referencia dentro de las mismas a trabajos de demolición; sustitución como técnica de excavación de los explosivos por martillos neumáticos; impermeabilización de capas de terreno húmedo y líquidos petrolíferos y sustitución de la cimentación directa por hormigón ciclópeo; fortalecimiento de zapatas de cimentación; rellenos de mortero de cuevas aparecidas durante la excavación y, a consecuencia de todo ello, recálculo de las cimentaciones y estructuras), así como en las denominadas "modificaciones por ampliaciones",

proponiéndose en su contexto la construcción de un edificio puente y ampliación del almacén, lo que sería conveniente ejecutar a fin de no frustrar "las posibilidades futuras de ampliación del recinto".

Tal propuesta fue informada por el Servicio administrativo de infraestructura con fecha 17 de noviembre de 1994, indicando "que resulta evidente que dichas obras se vienen ejecutando conforme a los planos de estructura que periódica y discontinuamente entrega esa sociedad". Por su parte, la Dirección de la obra, mediante informe de 15 de noviembre (en el que se expresa no haber recibido instrucciones de paralización general o parcial de las obras) reitera que el modificado de referencia obedece "a un nuevo cálculo de la totalidad de la estructura y cimentación", circunstancia que vino motivada porque la adjudicataria "no adoptó precauciones o comprobaciones del subsuelo, limitándose a asumir el estudio geotécnico correspondiente al Proyecto base del concurso (...) a pesar de que modifica los niveles de cimentación y excede de los límites del terreno contenido en dicho estudio geotécnico". Asimismo, en el mencionado informe se constata que "la ampliación de superficie construida es de 8.876,52 metros cuadrados"; incremento de superficie que en opinión de la Dirección facultativa "mejoran la funcionalidad del edificio y sus posibilidades de utilización". Tal informe de la Dirección facultativa fue seguido por otro, de fecha 19 de enero de 1995, dirigido al Jefe del Servicio administrativo de infraestructura, en el que, además de reiterarse que el aumento de superficie vino derivado del nuevo cálculo de cimentación y estructura unilateralmente introducido por el contratista (lo que generaría la no obligatoriedad del Cabildo de asumir su costo) se informa sobre la conveniencia de efectuar una prueba pericial respecto de los cálculos de la estructura del proyecto original; se precisa que el aumento de superficie sólo es imputable a orden expresa del Cabildo en 3.893 m², en tanto que los 4.983 metros cuadrados restantes fueron introducidos unilateralmente por la contrata a consecuencia del nuevo cálculo de cimentación y estructura. Se concluye, sin embargo, aunque con tales matizaciones, en la conveniencia de tramitar el modificado propuesto, que fue asumido en sus propios términos por el Consejero insular de infraestructura (precisándose en la Propuesta de resolución que la mayor superficie no se localiza en área concreta sino que es consecuencia de las mayores dimensiones estructurales, por lo que no es posible separar su ejecución de las obras adjudicadas y efectuar su adjudicación mediante publicidad y concurrencia).

El Proyecto indicado fue favorablemente informado por la Secretaría corporativa el 2 de febrero de 1995, pero no lo fue por la Intervención de Fondos (porque el proyecto modificado "se presenta precisamente para legalizar obras no amparadas por el contrato inicial"; no se determina con precisión cada una de las dos clases de obras objeto del modificado; dado el estado de ejecución del proyecto no se entiende cómo todavía se suscitan incidencias en relación con la cimentación del edificio; y porque en la partida afectada sólo hay 700.000.000 pesetas).

Tras el Dictamen favorable de la Comisión de infraestructura, de 2 de febrero de 1995, el Pleno, en sesión extraordinaria celebrada el 6 de febrero de 1995, acordó asumir la propuesta de modificación de referencia por un importe de 700.024.908 ptas., y solicitar el preceptivo Dictamen del Consejo Consultivo.

III

No corresponde a este Consejo estudiar desde el punto de vista técnico la procedencia o no de la aprobación técnica del proyecto, debiéndose limitar a analizar las posibilidades de modificar, al amparo del proyecto reformado, el contrato administrativo de obras. En consecuencia, el objeto del parecer del Consejo debe ser, estrictamente, el Acuerdo corporativo de modificación contractual, pero no otras incidencias habidas durante la ejecución del contrato (oportunamente resueltas por el Pleno corporativo y que, aunque inciden tangencialmente en la ejecución de las obras, no son en puridad objeto del Acuerdo plenario de modificación contractual, por lo que no serán objeto de consideración en el presente Dictamen).

Asimismo, debe precisarse que en el expediente incoado de modificación contractual, y tal y como se acredita en numerosas incidencias habidas durante la ejecución de la obra, subyacen ciertas decisiones explícita o implícitamente pactadas entre la contrata y el Cabildo en base a consideraciones de oportunidad o conveniencia, totalmente respetables desde la perspectiva de la defensa de los intereses insulares pero que no pueden ser objeto de análisis por este Consejo pues su Ley constitutiva, le impone estrictamente el cumplimiento de sus funciones con adecuación al principio de legalidad, sin que pueda efectuar valoraciones de oportunidad y conveniencia. Por ello, sin perjuicio de expresar en este Dictamen los hechos que resultan del expediente y la valoración que de los mismos hacen ambas

partes, se conocerá sólo de la adecuación legal y reglamentaria del modificado que se pretende; modificado que tiene el siguiente objeto:

- En primer lugar, por lo que respecta a las causas técnicas imprevistas en el proyecto adjudicado, la ejecución de obras "de cimentación y estructura" introducidas por el contratista, que "no se valoran al entenderse que son debidas al recálculo de la estructura y de la cimentación, y ser supuesto real ajeno al interés [del] Cabildo al sobrepasar el presupuesto máximo pactado y no corresponderle su abono".

- En segundo lugar, por lo que atañe a las modificaciones por ampliaciones, se expresa que la I.F.T., S.A. "ha sugerido la conveniencia de ampliar la superficie en unos 3.893m² y de modificar la distribución interior respecto a lo contemplado en el proyecto adjudicado [iniciando la contrata] la ejecución de dichas modificaciones sin la correspondiente autorización y a pesar de la advertencia de tal anomalía efectuada por la Dirección técnica (...), modificaciones [que] se han producido de manera irregular pues con independencia de a quién corresponda hacer frente su coste, el contratista no podrá introducir o ejecutar modificaciones de las obras comprendidas en el proyecto sin la autorización previa de la Corporación". Se indica asimismo que "la mayor superficie apuntada no se localiza en su mayor parte en un área concreta sino que es consecuencia de las mayores dimensiones estructurales por lo que no es posible separar su ejecución de las obras adjudicadas y efectuar su adjudicación mediante publicidad y concurrencia".

De lo expresado se constata que las modificaciones por ampliación no fueron sino la consecuencia directa e inevitable del previo cambio de estructura y cimentación, cuya nueva configuración alteró el perfil del edificio a ejecutar resultando por ello una obra con mayor volumetría, lo cual tampoco coincide con ciertos datos obrantes en las actuaciones de los que parece resultar que determinadas obras de ampliación no fueron consecuencia ineludible del cambio de cimentación, sino que al amparo de tal circunstancia se procedió a la optimización del proyecto original, lo que técnicamente no consiste modificación del mismo sino lo que en la legislación contractual se denomina obra accesorio o complementaria. Al margen de tal consideración, son diversas las cuestiones que se plantean en el expediente de referencia y a su análisis procederemos a continuación.

IV

Por lo que atañe a las ampliaciones de cimentación y estructura -que en el Acuerdo corporativo se atribuye a la responsabilidad y abono a la empresa contratista, por mor del principio de riesgo y ventura al que se hallaba sometido el contrato- las mismas, que al parecer se encuentran ya ejecutadas, parecieron venir exigidas por la naturaleza del terreno, que hacía inviable la ejecución del proyecto en sus propios términos. El cambio de cimentación y estructura, se dice, fue realizado por la contrata por su cuenta y riesgo, sin expresa autorización del Cabildo insular y, por ello, no es abonable su costo. Ahora bien, de las actuaciones resultan ciertamente diversos indicios que nos hacen dudar de la exclusiva atribución de responsabilidad a la contrata, toda vez que desde un primer momento el Cabildo conocía el estado del subsuelo (sin perjuicio de las obligaciones que se deducen para la contrata, que fue, además, la redactora del proyecto con las obligaciones que se derivan del Decreto 462/1971, de 11 de marzo, por el que se dictan normas sobre la redacción de proyectos y dirección de obras de edificación). Ahora bien, sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que:

- En el Pliego de prescripciones técnicas, se indica en el apartado A), PLANTA FERIA, apartado 2º (pilares) que "la planta debe estar lo más exenta posible de pilares. Consideramos que, como máximo, podrían utilizarse 4 pilares".

- El Cabildo, en sesión plenaria celebrada el 18 de marzo de 1993, seleccionó y aprobó el proyecto redactado por S.C.V., adjudicándose su ejecución a C. M., S.A., suspendiéndose la adjudicación hasta que se cumplan ciertas condiciones: la previa comprobación de la plena disponibilidad y aptitud de los terrenos cedidos por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, así como el resultado positivo del replanteo de la obra que efectúe el Servicio de arquitectura, vivienda y servicios, en presencia de la empresa adjudicataria.

- Tras la adjudicación, se intentó en varias ocasiones el replanteo de la obra, no pudiéndose llevar a cabo el 6 de mayo de 1993 porque parte del solar se hallaba ocupado por instalaciones de la refinería, debiéndose contratar su demolición. El 6 de julio, se suscribió la plena posesión de los terrenos y su disponibilidad para ejecutar las obras previstas. El 6 de agosto ambas partes hacen constar en nueva Acta de comprobación del replanteo "la no disponibilidad de información suficiente sobre

el subsuelo, a pesar de las numerosas consultas realizadas, apreciando que existen en superficie señales de derrame de combustible procedentes de las antiguas instalaciones, lo que requerirá por parte del Cabildo de Tenerife realizar un mayor estudio del mismo, a fin de poder planificar los trabajos de desmonte adaptándose a las actuales circunstancias. En consecuencia, únicamente se autorizan los trabajos preparatorios necesarios siempre que no supongan intervenciones bajo la superficie del terreno existente ni modificaciones de éste".

- El art. 14 del Pliego de Condiciones remite, por lo que atañe a la comprobación del replanteo, a las cláusulas 24, 25 y 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales (PCAG), precisando en su último párrafo que la orden de comienzo de obras se dará por el Director de las mismas cuando el contratista suscriba la indicada Acta "sin reservas", siendo así que de tal Acta se desprende manifiestamente las reservas de la contrata al estado en que se halla el subsuelo. Es más, la cláusula 26 del PCAG dispone que si como consecuencia de la comprobación del replanteo se deduce la necesidad de introducir modificaciones en el proyecto, el Director redactará (...) una estimación razonada del importe de aquella modificación. Si la Administración decide la modificación del proyecto se procederá a redactar las modificaciones precisas para su viabilidad, acordando la suspensión temporal, total o parcial de la obra y ordenando en este último caso la iniciación de los trabajos en aquellas partes no afectadas por las modificaciones previstas en el Proyecto"; resultando del Acta de replanteo la casi segura modificación del Proyecto en lo que se refiere a la obra de cimentación dado el estado del subsuelo y acordándose realizar sólo trabajos de superficie. Siendo ello así, no consta quién dio la orden de iniciar los trabajos de cimentación; si se realizaron o no los estudios complementarios del subsuelo según se deduce del Acta de replanteo; y si como, obligaba el PCAG, se modificó el Proyecto en todo lo preciso dado el estado del subsuelo.

- La Intervención de Fondos, en Informe de 21 de septiembre de 1993, de conformidad con el Acuerdo corporativo de la adjudicación, distingue entre posesión de los terrenos, su idoneidad, y la viabilidad del proyecto. Por ello, y a resultas de los "problemas que plantea el subsuelo", no parece existir del Acta de replanteo "un resultado óptimo como para autorizar el inicio de las obras". Además, de conformidad con la escritura de cesión gratuita de terrenos al Cabildo de Tenerife para la construcción del Recinto Ferial (disposición V de tal escritura) es "responsabilidad del

Cabildo la puesta a punto y limpieza de los terrenos cedidos e incluso del subsuelo del mismo, dado su anterior carácter industrial".

- El Pleno del Cabildo, en sesión celebrada el 27 de septiembre de 1993, (con ocasión de la adjudicación de las obras de demolición de las construcciones existentes en el solar objeto de la obra), deliberó sobre el estado del subsuelo, calificándose por algún Consejero como "de muy grave la falta de información existente sobre el subsuelo del referido solar, máxime si se tiene en cuenta que éste ha estado afecto a instalaciones de la refinería". Precisamente, por las "dificultades surgidas en el subsuelo de la parcela", el Cabildo procedió "a la contratación de una asistencia técnica especializada para la dirección de los trabajos de movimiento de tierras", interviniendo finalmente el Presidente corporativo para señalar "que no es extraño hallarse con situaciones imprevisibles en los trabajos de cimentación por la geología tan heterogénea del subsuelo insular".

- El 28 de marzo de 1994, por el Pleno corporativo se aprobó una modificación puntual del contrato por un importe de 75.500.000 pesetas, en concepto de impermeabilización y por la aparición de suelos poco resistentes no aptos para la cimentación directa, "que, al parecer, no coincidían en su totalidad con los datos que sirvieron para la redacción de los proyectos en la fase de licitación en base al estudio geológico efectuado previamente por este Cabildo y entregado a los empresarios concursantes".

- El Servicio de Infraestructura del Cabildo, en Informe de 11 de julio de 1994, plantea la posibilidad de que hubiera existido "error sustancial que pudiera afectar a la formación de la voluntad de (la empresa adjudicataria) viciando su consentimiento y que podría llegar a constituir una invalidez del contrato celebrado, [aunque se concluye que tal hipótesis es] difícilmente concebible (...) después de haber intervenido en todo el proceso selectivo tantos expertos, además de la solvencia técnica de la propia empresa y de los autores del proyecto".

En resumen: 1) Se adjudicó el Proyecto condicionado a: la posesión del terreno, su aptitud para ser edificado y a la viabilidad del Proyecto. 2) El Acta de replanteo acreditó la posesión y disponibilidad del terreno y la inestabilidad del subsuelo para ser construido, suscribiendo la adjudicataria el Acta con tal reserva, conviniéndose por ello sólo efectuar trabajos de superficie. 3) De conformidad con el Pliego y la

legislación aplicable, cuando con ocasión del Acta de replanteo se deriva la necesidad de modificar el Proyecto, deberá procederse a ello a propuesta del Director de obra. 4) Con carácter previo a la adjudicación existía estudio geológico del terreno encargado por el Cabildo, documento base de la licitación, del que resultaba, al parecer, la aptitud del terreno. 5) La obra fue adjudicada siendo notorio que en gran parte del solar existían obras de superficie, que tuvieron que ser demolidas, desconociéndose si aquel estudio geológico tuvo o no en cuenta tal circunstancia.

Dicho esto, el Pliego precisa de forma indubitada que la ejecución de la obra será, de conformidad con lo dispuesto asimismo en la legislación de contratos, ejecutada a riesgo y ventura del contratista (arts.8 y 15 del Pliego y 132 RCE), de forma que el contratista no tendrá derecho a indemnización salvo en los casos de fuerza mayor; fuerza mayor que no fue alegada por el contratista con ocasión del presente modificado. El mismo Pliego, en su art. 18, precisa que "en ningún caso el técnico Director de las obras o el contratista podrán introducir o ejecutar modificaciones de las obras comprendidas en el proyecto sin la autorización previa de la Corporación", salvo las que produzcan variación del número de unidades de obra en las cubriciones del proyecto y no superen el 10% del precio del contrato, siendo por otra parte obligatorio para el contratista la aceptación de las variaciones de detalle que no alteren sustancialmente los Pliegos de Condiciones ni los precios establecidos. Finalmente "cuando por causas imprevisibles e inevitables, o en virtud de motivos de interés público, sea necesario introducir modificaciones en el proyecto del contrato, se estará a lo dispuesto en la normativa vigente", remitiéndose a lo dispuesto al art. 59 PCAG. Claro que el riesgo y ventura del contratista es compatible no sólo con los supuestos de fuerza mayor sino también con aquellas eventualidades que, de conformidad con el Pliego y la legislación contractual, son amparables por una modificación contractual; modificación que, con carácter general, sólo puede proceder por causas o razones de interés público que el art. 149 RCE concreta en la aparición "de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, cuyas circunstancias deberán quedar debidamente justificadas". En el caso que nos ocupa, al momento de redactarse el proyecto existía un estudio geológico efectuado por el propio Cabildo del que, al parecer, no se deducía extremo alguno en relación con la inestabilidad del subsuelo, pudiendo por ello o bien ser un informe erróneo, o bien incompleto, al no tenerse en cuenta el subsuelo sobre el que se asentaban las edificaciones que tuvieron que ser demolidas después de la adjudicación del contrato. Por ello, la inestabilidad del terreno o no pudo preverse

en su día, o, previéndose, sin embargo no se adivinaron todos sus efectos; efectos que se constataron sólo con el comienzo de las obras, pudiendo por ello ser un supuesto de riesgo imprevisible sobre el que no nos podemos pronunciar tajantemente al operar sobre hipótesis, en unos casos, o sobre elementos técnicos sobre los que no se tiene conocimiento idóneo, en otros.

Por lo expresado, ciertamente, no parece que sea posible emitir conclusiones terminantes respecto de si las causas técnicas que han motivado el presente modificado fueron imprevistas o, por el contrario, previstas pero no cuantificados todos sus efectos, siendo en este punto determinante el alcance del estudio geológico encargado por el Cabildo insular. Asimismo, en el primer caso -causas técnicas imprevistas- no se sabe si fueron imposibles, o no, de prever. Precisamente, desde el comienzo de tales obras hubo de aprobarse un reformado parcial en cuanto se hicieron constatables los efectos de la inestabilidad del terreno. Además, las modificaciones posteriormente introducidas, con o sin conocimiento de la Dirección facultativa, fueron puestas en conocimiento del Cabildo, sin que en ningún momento se diera orden de suspensión o paralización de las obras, debiéndose recordar en este punto que es el Pleno corporativo el competente para adoptar cualquier acuerdo en orden a la resolución de cualquier incidente contractual (art. 147 RCE), y que la Dirección facultativa no es órgano de contratación sino órgano de vigilancia y de dirección de obras, por lo que si bien queda a salvo ciertamente su responsabilidad técnica no es dudoso concluir que tanto el Presidente corporativo como el Pleno conocían el estado de la cuestión sin que en ningún momento efectuaran oposición expresa, por lo que técnicamente pudiera haber habido consentimiento de las modificaciones efectuadas, las cuales habrían sido ejecutadas con autorización tácita de la propia Corporación y por ello, en principio, deberían ser abonadas a fin de evitar el enriquecimiento injusto del Cabildo insular.

Dicho esto con las naturales reservas derivadas de un desconocimiento técnico de materias no jurídicas, lo que motivó en su día que, incluso, la Dirección facultativa aconsejara al Presidente del Cabildo la realización de una pericia que acreditara la obra amparada en proyecto y la ejecutada fuera de él y, en este último caso, la realizada a consecuencia de órdenes de la Dirección facultativa o, con carácter general, por órganos del Cabildo, y cuál fue efectuada de motu proprio por la contrata, y en esta última eventualidad respecto de qué obras hubo oposición del

órgano del Cabildo competente para darlas y cuáles fueron tácita o implícitamente autorizadas o consentidas, pericia que no se llevó a cabo.

V

Por lo que respecta a las denominadas obras de ampliación, es indudable que su consideración está anudada directamente a la solución que se dé a la previa cuestión de las modificaciones de cimentación y estructura, cuya suerte deberá correr. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que ciertas ampliaciones resultan ser consecuencia directa de la diferente cimentación y estructura del edificio, que ha producido un aumento de volumen y de superficie, en tanto que otras modificaciones parecen haber sido introducidas aprovechando tal circunstancia no teniendo por ello carácter necesario sino potestativo, toda vez que fueron introducidas para optimizar el rendimiento de la obra que se estaba ejecutando. Lógicamente, uno y otro tipo de obras tienen diferente cobertura y efectos jurídicos, pues las primeras serían reconducibles al art. 150 RCE, en tanto que las segundas lo estarían en el art. 153 RCE, cuyo efecto más notorio es que si el importe de las mismas excede el 20% del contrato deberán ser objeto de contrato independiente, salvo que no superen tal cantidad pudiendo entonces encomendarse su ejecución al contratista principal. Por tales circunstancias, una y otra clase de obras deberán ser convenientemente separadas en el expediente de modificación que se ultime, a los efectos de aplicación del régimen jurídico que corresponda.

En dicha materia es de destacar la doctrina del Consejo de Estado sustentada en el Dictamen 45.857, de 24 de noviembre de 1983, según la cual "la diferencia básica entre los artículos 150,2 y 153 del Reglamento de Contratación estriba en que, en el primer caso, 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 realmente prevista. En el segundo caso, la ejecución de las obras complementarias no debe ser necesaria para el buen fin del proyecto; se trata, por tanto, de añadidos no esenciales al mismo, por más que puedan resultar muy convenientes. El artículo 153 permite la continuidad de un contratista principal cuando pretenden ejecutarse obras accesorias, siempre que éstas no superen el 20 por 100 del precio del contrato". Por su parte, en el Dictamen 47.127, de 29 de noviembre de 1984, se precisa que "por ello, las alteraciones contractuales sólo pueden tener lugar en caso de necesidades

nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el presente proyecto, circunstancias que deberán quedar suficientemente justificadas, o bien mediante la previsión de obras accesorias o complementarias que durante el curso de la obra principal la Administración estime conveniente ejecutar (arts. 149 y 153 del Reglamento General de Contratación del Estado). En ocasiones resulta difícil deslindar debidamente las estrictas modificaciones del proyecto y las obras accesorias o complementarias. Las circunstancias concretas de cada caso, en especial la interrelación física que entre las obras iniciales y las nuevas o la necesidad de su introducción para llevar a buen fin el proyecto primitivo, constituirán el módulo concreto de valoración". En el mismo sentido, el Dictamen 48.034, de 24 de julio de 1985, señala que "para determinar si se trata de una modificación contractual y no de un proyecto de obras complementarias hay que atender a la posible utilización separada de las nuevas obras a su necesidad en relación con el proyecto inicial y a las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independiente. En cuanto el proyecto implique introducción de obras complementarias o accesorias, sólo cabe admitir la continuidad del contratista si tales obras no exceden del 20 por 100 del contrato".

Claro que pudiera sostenerse que ha habido una alteración sustancial del Proyecto con posible lesión de los principios de publicidad y concurrencia que deben regir la contratación administrativa, pudiendo haber ejercido el Cabildo insular la potestad resolutoria del contrato, aunque no lo hizo, debiéndose advertir que los terceros, licitadores interesados en su día en la adjudicación del contrato, pudieran argüir algún género de reclamación sobre el modificado que se pretende, sin perjuicio de lo que dispone el art. 154 RCE. A este respecto, pueden citarse asimismo diferentes Dictámenes del Consejo de Estado relativos a la materia. Así, en el Dictamen 45.857, de 24 de noviembre de 1983, que indica "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, a través de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el principio de pública licitación fundamental en la materia". Por su parte, el Dictamen 47.127, de 29 de noviembre de 1984, señala que "debe nuevamente destacarse (...) la necesidad de que los proyectos que sirven de base a contratos han de contener obras completas, sin que sucesivas

modificaciones del proyectos inicial puedan encubrir contrataciones que no observarían el necesario respeto al principio de publicidad, concurrencia y licitación".

Finalmente, y en cuanto al aumento de superficie, no hay tampoco en el expediente unanimidad absoluta, pues si la Dirección facultativa en diversos informes estima que tal aumento es de 8.800 m², en la Memoria del Proyecto de modificado (apartado 1.4), se precisa que el incremento es de 9.347 m², datos que también debieran ser asimismo contrastados incluso, como otros tantos aspectos del presente Proyecto modificado, mediante la realización de la oportuna pericia.

C O N C L U S I O N E S

1. El modificado sometido a la consideración de este Consejo no es el primero, como se pretende, sólo que los anteriores no han debido ser preceptivamente dictaminados por este Consejo. A los efectos del presente modificado, la cuantía del precio del contrato inicialmente adjudicado debe ser incrementada en las cuantías a que ascendieron los anteriores modificados, ya que si han sido de hecho ejecutados y abonados sus respectivos proyectos (96.005.303 pts, 75.500.000 pts. y 82.000.000 pts. "aproximadamente", en este último caso), cantidades que, por lo que atañe al presente modificado, deberían sumarse a los 2.842.859.854 pts. a que ascendió el presupuesto de la adjudicación.

2. El procedimiento seguido ha cumplido los trámites legal y reglamentariamente previstos, las reglas ordenadoras de la formación de la voluntad del órgano competente para modificar el contrato, así como las de competencia y reguladoras de la realización de trámites preceptivos.

3. El Proyecto de modificado comprende tanto obras de modificación contractual como otras de naturaleza accesoria o complementaria. Las primeras deben ser necesariamente consideradas; las segundas deben ser objeto de contrato independiente si supera el 20% del precio no de la adjudicación, sino del que resulte de añadir al mismo el importe de modificados anteriores (ver conclusión primera).

4. Las causas técnicas imprevistas que han dado lugar a la incoación del presente Proyecto modificado se constataron por primera vez con ocasión del comienzo de las obras de ejecución del contrato. Es más, no fueron o no pudieron ser previstas en el

estudio geológico encargado por el Cabildo antes de la adjudicación, con lo que podrían entrar entre los supuestos de modificación contractual. El riesgo y ventura del contratista no perjudica la posibilidad de modificar los contratos por causas sobrevenidas. Puede que tales causas fueran precontractuales, pero no fueron advertidas por el estudio geológico realizado y, en cualquier caso, sus efectos aparecieron con ocasión del comienzo de las obras de excavación.

5. Tal y como propuso la Dirección facultativa, se estima preciso que antes de concluir el Proyecto de modificación que se pretende se efectúe se realice una pericia que tenga por objeto:

naturaleza y alcance del estudio geológico (todo el solar, parte del solar, subsuelo de las edificaciones posteriormente demolidas) en relación a la inestabilidades del subsuelo; que acredite que en el presente modificación no se consideran aspectos que pudieran haber sido objeto de anteriores modificaciones aprobados y, se supone, abonados; que efectúe valoración y medición del incremento de superficie producido como consecuencia exclusivamente del cambio de cimentación; así como de las obras que tengan carácter accesorio o complementario.

6. Si de conformidad con lo concluido anteriormente, el importe de la obra accesorio supera el 20%, deben excluirse las mismas del proyecto de modificación, pues, en caso contrario, habría una alteración sustancial del proyecto ajena a las reglas de publicidad y concurrencia que rigen la contratación administrativa, pudiendo por ello lesionarse los derechos e intereses de otros licitadores para la ejecución de las obras.