



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 6 / 1 9 9 5

La Laguna, a 19 de junio de 1995.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con **el proyecto modificado del contrato de obras de acondicionamiento de la variante de la carretera de Valverde a San Salvador, tramo Valverde-San Andrés, 1ª Fase, Isla de El Hierro (EXP. 52/1995 CA)***.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, que formaliza el análisis y subsiguiente determinación de la adecuación al Ordenamiento Jurídico del Proyecto de Orden por la que se propone la modificación del contrato administrativo de obras referenciado en el encabezado, se emite sobre la base de lo señalado por la jurisprudencia y doctrina existente en esta materia en el contexto de la normativa recogida en el Texto Refundido de la aún aplicable Ley de Contratos del Estado (LCE), aprobado por Decreto 923/1965 (cfr. disposición transitoria primera, Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas), con las modificaciones introducidas en dicha ordenación legal por la Ley 5/1975 y por el Real Decreto-Legislativo 931/1986, de adaptación a las Directivas de la Comunidad Europea, así como en el Reglamento de la mencionada LCE (RCE) y en la legislación autonómica aplicable (Leyes autonómicas 9/1991, de Carreteras de Canarias, LCC, y 7/1984, de la Hacienda Pública, LHPC).

Por demás, el indicado Dictamen es ciertamente de preceptiva solicitud por la Presidencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo establecido, respectivamente, en los arts. 10.6 y 11.1 de la Ley del Consejo Consultivo. Así, siendo aplicables en el ámbito autonómico (cfr. art. 149.1.18 de la Constitución, CE) los arts. 18 LCE y 51 RCE, como la actuación contractual de la que se trata es

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

competencia de la Administración autonómica (cfr. arts. 21 y 29.13 del Estatuto, EAC) y cumple las exigencias legales para que deba ser sometida a Dictamen del Consejo de Estado, visto el precio del contrato en cuestión y el de su eventual modificación, es clara la necesaria intervención de este Organismo al respecto (cfr. también el art. 22.12 de la Ley orgánica 3/1980, del Consejo de Estado y los arts. 1, 2 y 5, LCC).

2. Desde luego, es incuestionable que el órgano competente para formalizar contratos en carreteras canarias y para aprobar sus modificaciones, por ser el órgano de contratación, es la Consejería de Obras Públicas de la Administración autonómica, como se desprende, por una parte, del citado art. 18 LCE y, por otra, de los arts. 102.1 LHPC, 10.1 LCC y 2.c).a) del Decreto 68/1986, regulador de la antedicha Consejería, siendo la carretera afectada regional y, por tanto, de titularidad autonómica (cfr. art. 3 LCC y Decreto 247/1993, dictado al amparo de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de aquélla).

Además, en el presente caso ha de clarificarse si resulta precisa la autorización gubernativa previa de esta actuación que contempla el art. 48 LCE, en relación tanto con el art. 8 de esta Ley o el 103 LHPC, como con el art. 52 de la misma LCE; esto es, el coste de la modificación supera el 20% del precio del contrato y el plazo de ejecución de éste parece ser superior al de vigencia del Presupuesto, debiéndose entonces determinar si no se comprometen fondos públicos de futuros ejercicios fuera de la limitación legal establecida al efecto, aunque aquí el mencionado precio no sea mayor que la cuantía legalmente fijada como tope cuyo exceso exige tal autorización.

Sin embargo, aunque la competencia para proceder pertenece a la Consejería señalada -y por ello la aprobación de la modificación debe ser efectuada por su titular- ha de advertirse que el objeto del Dictamen de este Organismo es el Proyecto de la Orden departamental resolutoria que propone el órgano competente al Consejero. Razón por la que, sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre la adecuación de la fundamentación jurídica incluida en esa Propuesta de Orden para la concreta actuación a realizar, es lo cierto que además de no servir a ese específico fin la alusión a los preceptos procedimentales a aplicar en la tramitación del correspondiente procedimiento -pese a que obviamente deban cumplirse sus mandatos- carece de sentido que la Orden que en su momento se dicte disponga que se recabe el Dictamen del Consejo Consultivo.

Como tampoco lo tiene que aquél deba evacuarse urgentemente en virtud de unas razones que no parecen suficientes, habida cuenta que el trámite de informe del Servicio Jurídico ha superado un plazo razonable, y que tras inadmitirse por este Organismo la solicitud original del Dictamen, al faltar documentación esencial, se ha remitido nueva solicitud en plazo igualmente superior al mes y sin alusión alguna a urgencia; o bien, que en puridad se diga en un antecedente de hecho de la Orden la necesidad de rápida tramitación de este expediente, especialmente cuando se supone que la causa de la ampliación del plazo de ejecución del contrato, y eventualmente de su modificación, se conocía con bastante antelación a septiembre de 1994.

3. En este orden de cosas, de la documentación obrante en el expediente remitido a este Organismo con la solicitud de Dictamen, en cumplimiento de lo ordenado en los arts. 17.1 de su Ley reguladora y 11 o 49 de su Reglamento, se deduce que se han respetado, en general, las normas referentes a la tramitación del procedimiento administrativo de tipo contractual que nos ocupa, incluyéndose particularmente tanto informe y declaración debidos de impacto ecológico como la declaración de conformidad del contratista al cambio propuesto.

Sin embargo, no aparece en dicho expediente el informe de fiscalización que sobre esta actuación ha de evacuar la Intervención de la Administración autonómica, que resulta preceptivo como señala el art. 102 LHPC. Tal fiscalización, que supone la intervención en el procedimiento de un órgano administrativo con posterioridad a que lo haga este Consejo, encuentra su apoyo en el art. 2.2 del Decreto 100/1988, por el que se establece el sistema de fiscalización previa, prevenido en los arts. 11 al 13 del Reglamento de la Función Interventora, aprobado por Decreto 126/1986, para los contratos de obras. Lo que pudiera en principio aceptarse -porque tal fundamento resulta suficiente jurídicamente, aunque se hable de la eventual intervención del Consejo de Estado, quizá al estar suspendido por entonces el art. 10.6 de la Ley de este Organismo- pero siempre naturalmente que ese informe de Intervención sea evacuado por la General de la Administración autonómica y se limite estricta y escuetamente a los extremos muy concretos indicados en los apartados a) y b) de los arts. 13.2 del antedicho Reglamento y 2.2 del citado Decreto 100/1988, en exclusiva. De lo contrario, añadiéndose a ello forzosamente la normativa de los arts. 1 y 3 de éste, curiosamente llamado Acuerdo en estos preceptos, esa intervención podría ser

incorrecta por colisionar con lo prevenido en los arts. 18.2 de la Ley del Consejo Consultivo y 6.2 y 3 de su Reglamento, reguladores primarios y competentes de la función de este Organismo, actualmente en pleno vigor pese a que estuviesen suspendidos en 1988.

II

1. Antes de comenzar el estudio de la adecuación jurídica de la actuación contractual de la que se trata en sí misma considerada, concretada en el Proyecto de Orden sometido a la consideración de este Organismo, procede recordar que el contrato a modificar, al deber serlo al parecer el correspondiente proyecto de las obras cuya realización es su objeto, fue formalizado por Orden del Consejero competente de 28 de noviembre de 1989 con la Agrupación Temporal de Empresas que consta en el expediente, que tenía un plazo de ejecución de dos años, contados a partir del día siguiente de la comprobación del replanteo, aunque tal plazo fue prorrogado en seis meses, se supone después de celebrada aquélla.

Es más, sin que hasta ese momento extrañamente nada se dijera sobre el problema técnico que aparentemente causa la necesidad de la modificación, cumplida la prórroga y sin acabarse lógicamente las obras, éstas se suspendieron temporal y totalmente porque no se disponía de la documentación de medio ambiente para que el contratista, que debía haber por entonces terminado dichas obras, las continuase. Desde luego, tampoco parece muy comprensible, ni acomodable a una actuación administrativa correcta y atenta cumplidora del interés público a procurar aquí, que se tardara casi dos años en formalizarse dicha documentación, levantándose consiguientemente la suspensión de la todavía inacabada realización de las obras.

En este contexto, hasta resulta lógico que hubiera de prorrogarse a continuación la ejecución del contrato otros seis meses, siendo en ese instante cuando, tras los treinta meses de trabajos que median entre diciembre de 1989 y junio de 1992, surge la necesidad de modificar el proyecto de obras y el contrato en consecuencia, además de tenerse que volver a prorrogar, con cierta congruencia, su ejecución otros seis meses. Con lo que a lo advertido precedentemente cabe añadir que no se entiende, ni parece razonable, la urgencia que de pronto existe para culminar el procedimiento, incluida la intervención de este Organismo, surgiendo significativamente aquélla avanzada la última prórroga y solicitándose el Dictamen,

aún así, tres meses después de producirse la inicial propuesta de modificación al Consejero y asumir éste su pertinencia.

En cualquier caso, la modificación propuesta a mediados de 1994 no está todavía naturalmente acordada, pese a haberse superado una vez más el plazo final de ejecución, desconociéndose si las obras han sido procedentemente suspendidas de nuevo o si, como parece acontecer, ésto no ha sucedido y se han continuado e incluso finalizado, con todas las alteraciones a aprobar, no sólo a partir del 4 de marzo de 1995, sino evidentemente con anterioridad e indebidamente.

2. Por otra parte, la circunstancia que se cita como causa de la modificación es que el terreno no tenía las características técnicas que consideraba el proyecto de obras original, lo que, lógicamente, genera alteraciones fundamentales tanto en su realización efectiva como en las inevitables consecuencias mediatas e inmediatas que genera interesando a cuestiones medioambientales o a lo que se llama impropriamente obra complementaria, pues ésta ya venía consignada en el proyecto a modificar; sin perjuicio de que de no haber relación entre éste y el modificado habría de estarse a lo establecido en el art. 153 RCE.

Pues bien, es claro que la Orden departamental de aprobación de la modificación en cuestión ha de fundamentar razonadamente la misma con base en normas del Ordenamiento jurídico que contemplen este supuesto, recogiendo en concreto y en aplicación de aquéllas la causa que lo permita. Y ocurre que esto no se hace en los Fundamentos de la Propuesta analizada, pues, como ya se apuntó precedentemente, no cumplen ese fin los preceptos de orden procedimental que inciden en la tramitación que nos interesa, por más que obviamente sean de obligado cumplimiento de forma que su desconocimiento o vulneración podría producir la invalidez, incluso como nulidad radical del acto a dictar.

Particularmente, no se comprende la alusión hecha en el Fundamento tercero a los arts. 58 y 64 RCE, porque no sirven al objeto que interesa ahora sus respectivas normas, pues claramente son obligaciones a cumplimentar por los proyectos de obras y sus correspondientes memorias y seguramente se refieren a los originales de unos y otras.

3. Precisamente, las normas a tener presente en este supuesto, según se advirtió al comienzo de este Dictamen, son las recogidas en los arts. 48 y 50 LCE y 146 al 155 RCE. En concreto, el art. 149 de éste determina que la Administración, en ejercicio del *ius variandi* en esta materia que le atribuye la legislación citada, puede acordar modificaciones en el proyecto de obras y, lógicamente, en el contrato correspondiente, cuando aquéllas aparezcan necesarias por razón de interés público (cfr. arts. 18 LCE y 15 RCE) al surgir necesidades nuevas, se entiende que conexas al objeto y finalidad del contrato, o por causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto, siempre debidamente justificadas en ambos casos.

Además, cuando la modificación, cual aquí ocurre, altere el presupuesto de las obras al alza, se reajustará correlativamente su plazo de ejecución, lo que, por cierto, no se ha hecho, ni se propone siquiera que se haga. Claro que esto se dice en junio de 1994, no en marzo o junio de 1995, y cuando sin conocerse con certeza la razón se ha prorrogado la ejecución del contrato mientras se tramitaba esta modificación.

Naturalmente, de acuerdo con lo establecido en el art. 150 RCE, el contratista puede en su caso optar por la resolución del contrato, operación que, pudiéndola en esta ocasión hacer, ha rechazado; o bien, renunciar a ejecutar nuevas unidades de obra, circunstancia que también desestima pese a que seguramente podía haber hecho uso de la misma en este caso. Y, por supuesto, tiene derecho a exigir en su favor lo establecido en los arts. 148 y 152 RCE, que resultan aplicables en la actuación que se estudia.

III

1. Desde luego, aunque pueda decirse que en la ejecución del proyecto de obras original han surgido necesidades nuevas -e incluso que éstas vienen bastante o suficientemente acreditadas o justificadas- no cabe duda que la razón fundamental, por primaria y determinante, por la que se hace precisa la reforma de aquél es la aparición de una causa técnica imprevista al elaborarse el mismo, según se desprende de la solicitud de modificación por el Director de las obras y del Informe de supervisión del Proyecto modificado.

En este sentido, a la vista de lo prevenido al final del primer párrafo del citado art. 149 RCE, ha de advertirse que tal causa técnica -la naturaleza del terreno no

prevista en principio- es una circunstancia que debe estar justificada, y no meramente aludida, debidamente y no de cualquier forma. Lógicamente, al tener directa incidencia en las condiciones de licitación y, consiguientemente, en la adecuada adjudicación de las obras -lo que incide en el interés público a satisfacer con su realización y en los derechos de los eventuales contratistas o licitadores, sin perjuicio del derecho de éstos a reaccionar si se demuestra que no participaron en igualdad de condiciones o que la adjudicación favoreció fraudulentamente a uno de ellos- estas exigencias son fáciles de entender como necesarias para evitar la incorrecta redacción de los proyectos de obras y, en conexión con ello, la indebida confusión entre causa imprevista e imprevisión técnica (cfr. Dictámenes 1.375/1993 y 1.479/1993, del Consejo de Estado).

Al respecto, procede advertir que, además del posible recurso que pueda plantearse contra el acuerdo de adjudicación de las obras o, eventualmente, el de aprobación del modificado, es claro que cabe la aplicación en este asunto tanto del art. 154 RCE como del art. 157 de éste, a instancia del contratista, en cuanto pudiera verse perjudicado por una irregular actuación administrativa o por cualquier otra circunstancia prevista en ese precepto, o de oficio. Pero, igualmente, cabe la anulación del contrato por estar viciado de invalidez, radical o no, alguno de los actos preparatorios del contrato o de su adjudicación, sin perjuicio de las indemnizaciones que fuesen pertinentes (cfr. arts. 40 al 47 RCE).

2. Justamente, en el presente supuesto sin duda se señala la causa que produce la necesidad de la modificación, cabiendo en principio entender que, efectivamente, para poder realizarse correctamente la obra en cuestión y alcanzar debidamente la finalidad propia de la misma es preciso efectuar el modificado del proyecto y del contrato propuesto. Pero, para obviar la aplicación de la normativa mencionada en el párrafo anterior, y aún cuando ciertamente el contratista no ha ejercido los derechos que el Ordenamiento le otorga al respecto, ha de justificarse, por un lado, que tal causa no es debida a un defecto o imprevisión del proyecto imputable a su autor y, por el otro, que el proyecto se redactó con el contenido exigido al efecto por la legislación aplicable, incluidos los estudios técnicos oportunos efectuados con corrección suficiente.

En esta línea, bueno es recordar que habiendo sido redactado y aprobado el original proyecto de obras a modificar en 1989, resulta de aplicación al respecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la entonces vigente Ley autonómica 2/1989, de Normas provisionales de carreteras de Canarias, la ordenación sobre obras de construcción de carreteras recogida en la Ley 25/1988 y en el correspondiente Reglamento, actualmente derogado por el Real Decreto 1.812/1994, que aprueba la nueva norma reglamentaria en la materia. Y, justamente, esa ordenación obligaba a recoger en los anteproyectos y proyectos de carreteras los datos geológicos, geotécnicos e hidrográficos del terreno afectado que habrían justificado la adopción de la correspondiente decisión constructiva en los mismos (cfr. Reglamento General de Carreteras de 1977, en sus arts. 28 y 30).

Y sucede que la propuesta modificadora nada dice sobre este particular, no aludiendo a esos datos que debieran constar adjuntos al proyecto inicial, apoyando sus determinaciones, ni explicando como, pese a su eventual suficiencia, no pudieron prever la aparición de la causa productora o no la hubieron podido evitar, total o decisivamente, dadas sus características o extensión.

3. Ha de señalarse también la pertinencia de aclarar, por su obvia trascendencia, tanto el extremo que se menciona en el apartado II.2 del informe del Letrado del Servicio Jurídico de 10 de marzo de 1995, como que las llamadas obras complementarias del modificado se corresponden fielmente con las así denominadas en el proyecto original, pues en caso contrario, y de ser efectivamente de carácter accesorio a la obra principal, habría de aplicarse el art. 153 RCE, aunque naturalmente incluido también en su caso el párrafo segundo del mismo.

4. Finalmente, ha de manifestarse que, dadas las características de las obras al objeto del modificado propuesto, la longitud de la carretera afectada y la naturaleza de ésta misma, de orden y titularidad regional, la interpretación adecuada al efecto de la Ley autonómica 11/90, de Prevención del Impacto Ecológico (cfr. arts. 3 y 17 al 20 y Anexo I), lleva a la conclusión de que resulta aplicable el art. 7 y no el 5 de dicha Ley, de manera que no pareciendo que en este caso se hubiese aplicado el art. 10.2 de aquélla, la evaluación de impacto ecológico a incluir en el expediente ha de ser detallada y no básica. En consecuencia, la declaración correspondiente ha de ser emitida por la Consejería de Política Territorial, competente en materia de medio ambiente, y no por la de Obras Públicas.

CONCLUSIONES

1. De acuerdo con lo explicitado en el Fundamento I, la Propuesta de Orden no debe disponer que se recabe Dictamen, ni éste tiene carácter urgente. Además, debe clarificarse si esta actuación requiere autorización gubernativa previa y se advierte que la fiscalización de la Intervención General sólo puede tener el objeto que se indica.

2. Según lo razonado en el Fundamento II, la Propuesta de Orden tiene una fundamentación no ajustada a la actuación a aprobar y, en todo caso, como se expone en el Fundamento III, la validez de la modificación proyectada exige acreditar que su causa no aparece por improvisación técnica en la redacción del proyecto original de obras.

3. Deben aclararse los extremos señalados en el punto 3 del Fundamento III y se advierte, punto 4 del mismo Fundamento, que la evaluación de impacto ecológico a realizar es detallada y no básica, debiendo emitir la correspondiente declaración la Consejería de Política Territorial.