



Consejo Consultivo de Canarias

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

La Laguna, a 28 de julio de 1995.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con *la Propuesta de Orden resolutoria de expediente de modificación del contrato de obras de construcción de la nueva vía de penetración a Santa Cruz de Tenerife, pp. kk. 0'000 a 3'400 (EXP. 51/1995 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

El presente Dictamen, que formaliza el análisis 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 normativa contenida en el Texto Refundido de la 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 competencia de la Administración autonómica (cfr. arts. 21 y 29.13 del Estatuto, EAC)

* **PONENTE:** Sr. Fernández del Torco Alonso.

y cumple las exigencias legales para que deba ser sometida a Dictamen, visto el precio del contrato en cuestión y el de su eventual modificación, es clara la necesaria intervención de este Organismo al respecto (cfr. art. 22.12 de la Ley orgánica 3/80, del Consejo de Estado y los arts. 1, 2 y 5 de la Ley de este Consejo).

II

Desde luego, es incuestionable que el órgano competente para formalizar contratos de obras 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).

Sin embargo, en el presente supuesto debiera clarificarse si resulta precisa la autorización gubernativa previa 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, si el contrato tiene un plazo de ejecución superior al de vigencia del Presupuesto y se comprometen fondos públicos de futuros ejercicios 'fuera de los límites establecidos en la propia Ley de Presupuestos' -art. 8.1 LCE, aunque el art. 103.b) LHPC no hace referencia a la última condición citada, y sí al resto del precepto de la Ley Presupuestaria estatal- o cuando el Presupuesto exceda de dos mil millones de ptas. - art. 8.2 LCE, en conexión con el art. 103.a) LHPC relativo a la competencia del Consejero en materia contractual-.

En relación con tal exigibilidad procedimental, ha de significarse que el contrato fue inicialmente adjudicado por un presupuesto líquido de 2.247.000.000 ptas., para ser ejecutado en un plazo de 22 meses con cargo a los presupuestos del Departamento correspondientes a los años 1990, 91 y 92, según resulta del contrato suscrito el 29 de noviembre de 1990. Posteriormente, el contrato fue objeto de un primer modificado, que supuso un incremento del 19'75% del precio de adjudicación (443.706.617 ptas.), reajustándose consecuentemente las anualidades de ejecución del contrato (1990, 91, 92 y 93); primer proyecto modificado que no fue sometido a preceptivo Dictamen del Consejo toda vez que su cuantía no superaba el porcentaje legalmente previsto para que tal preceptiva opinión se incorporara al expediente.

Posteriormente, se inicia la tramitación de un segundo modificado, con un adicional líquido de 699.062.531 ptas., que supone un incremento del 25'17% sobre el presupuesto líquido vigente y un 50'85% del presupuesto líquido del proyecto inicial si se computa el importe correspondiente al primer modificado, ya ejecutado.

Por lo que a la cuestión de la autorización gubernativa atañe, resulta que el precio del contrato adjudicado fue, como se dijo, de 2.247.000.000 ptas., que ahora con el segundo modificado -y contando con el ya ejecutado- se elevaría a 3.389.769.148 ptas., debiendo significarse que su financiación procede del Estado, el cual (en el seno de la Comisión mixta de programación, seguimiento y control del Convenio de colaboración, coordinación y apoyo entre el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente y la Comunidad Autónoma de Canarias para la financiación y ejecución de obras de carreteras en la Comunidad canaria) convino, el 22 de octubre de 1994, en añadir a las obras relacionadas en el Anexo I del Convenio el "acceso a S/C de Tenerife por la refinería e incidencias", disponiéndose la transferencia a la Comunidad Autónoma de Canarias de 1.100.000.000 ptas. Parecen, desde luego, concurrir las condiciones legalmente previstas, anteriormente referenciadas, para que hubiera sido exigible la preceptiva autorización gubernativa para la autorización del contrato y, consecuentemente, de los sucesivos modificados, lo que no resulta acreditado en el expediente. Respecto del primer modificado, se emitió informe de 19 de junio de 1995, en el que expresamente se señala que su aprobación "fue realizada por el Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Aguas el 17 de noviembre de 1993, ya que su importe era inferior a 500.000.000 ptas. de acuerdo con el art. 8.2 de la Ley de Contratos del Estado", lo que no coincide ciertamente con lo que dispone el indicado precepto legal respecto de la necesaria y exigible autorización gubernativa. Nada se indica respecto de esta cuestión en el segundo modificado que estamos considerando.

Finalmente, por lo que a la financiación respecta, obran en las actuaciones informe del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, de 7 de marzo de 1995, así como el certificado del Acuerdo de la Comisión Mixta a que antes hemos hecho referencia de transferencia a la Comunidad Autónoma de la financiación necesaria con la que afrontar este segundo modificado, aunque no figura en el expediente el correspondiente informe o certificado de la intervención del gasto correspondiente acreditativo de la suficiencia de la consignación presupuestaria legalmente exigible

para proceder a modificar el contrato en los términos y por la cuantía que se pretende.

Por último, obra en las actuaciones declaración de evaluación básica de impacto ecológico, emitida de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 11/1990, de 13 de julio, de Prevención del Impacto Ecológico.

III

Por lo que atañe a la necesidad del expediente de modificación contractual de referencia, éste se inició tras la propuesta que efectuó en julio de 1992 la autoridad portuaria de S/C de Tenerife -a la vista de las alegaciones presentadas por C.C. que obran en las actuaciones- en el sentido de "sustituir la ejecución del terraplén y de los muros previstos en el proyecto adjudicado por un viaducto de 636 metros". Tal propuesta se fundamentó en que el proyecto adjudicado inicialmente interfería el normal funcionamiento de la C.C. y era causa de potencial riesgo para la seguridad de las instalaciones, los usuarios de la nueva vía y la población limítrofe a tales instalaciones industriales, dadas las graves deficiencias del proyecto. Entre las deficiencias detectadas (que dió lugar a un requerimiento de C.C. a la compañía adjudicataria de las obras H., S.A.) se ha de significar el difícil acceso del personal de C.C. a las tuberías que enlazan las instalaciones portuarias con la refinería; el cambio efectuado, sin autorización de la requiriente, en las losas de cierre del canal de tuberías; el riesgo de la circulación por tal vía de vehículos pesados a velocidades elevadas, con riesgo de que en caso de accidente alguno de los mismos pudiera caer sobre las tuberías por las que discurren productos petrolíferos y gases combustibles; el paso de personas ajenas a las obras a las instalaciones portuarias; y el posible desprendimiento de piedras de la ladera de la refinería lindando con la cual se ha construido un túnel.

La advertencia de tales deficiencias y riesgos (después de sopesar la posibilidad de resolver el contrato y proceder a la redacción de un nuevo proyecto que hubiera debido ser sometido a nueva licitación pública; posibilidad que fue desechada, pues en tal caso -se argumenta- habría que atender al pago del lucro cesante y de los posibles daños y perjuicios que pudieran ser reclamados por el contratista y, sobre todo, se retrasaría en varios años la entrega al servicio público de una vía necesaria) dió lugar a la redacción de un primer modificado de carácter limitado "con el fin de poder asumir el sobrecoste, adjudicar la modificación y evitar, sobre todo, la

paralización o retraso de la ejecución de las obras; de esta forma, quedaría para un modificado nº 2 el resto de unidades inicialmente desglosadas por la falta de cobertura económica", debiéndose significar que en tal fecha se estaba en negociaciones con el Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente a los efectos de lograr el pertinente acuerdo que permitiera una financiación complementaria de la obra mencionada; acuerdo que no se formalizó hasta el 22 de octubre de 1994.

Habían, pues, dos clases de razones que motivaron que el primer modificado tuviera carácter limitado. La primera, de índole financiera, pues se carecía de los recursos necesarios para que en ese modificado se resolvieran todas las deficiencias advertidas, elevándose su costo a 443.706.617 ptas. La segunda (lo que supone que, posiblemente, se tenía más financiación propia que la que resulta del importe del primer modificado) a fin de "evitar sobre todo lo paralización o retraso de la ejecución de las obras", de forma que para un futuro modificado se dejaría la ejecución del resto de las unidades precisas para que la obra resultante fuera completa. Como se desprende expresamente de las actuaciones, fundamentalmente se trataba de no superar el 20% del precio del contrato, que entre otros efectos hubiera dado lugar a la preceptiva intervención de este Consejo Consultivo, al margen de que por encima de tal porcentaje ambas partes -lo que dada la naturaleza del contrato así como la calidad de la alteración sufrida por el proyecto original, hubiera sido seguramente una ineludible exigencia para la Administración autonómica- podían ejercer o instar la potestad o facultad resolutoria del mismo, al concurrir las dos causas que para el ejercicio de tal potestad contempla el art. 52.2 LCE ("modificaciones del proyecto, aunque fuesen sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteración del precio del contrato por cuantía superior en más o en menos al 20% del importe de aquél o representen una alteración sustancial del proyecto inicial").

En efecto, la razón aducida -se dice en informe de 19 de junio de 1995- hizo que para no sobrepasar el 20% del contrato "se suprimieron partes de la obra inicial, como alumbrado, jardinería, enlace auxiliar, etc., dejando solamente el tronco de la vía" como objeto del mismo. Premeditadamente, pues, por unas u otras razones, se tramitó, aprobó y ejecutó un primer modificado con el que no se solventarían de una vez y en un solo expediente modificador todas las deficiencias advertidas, de

conformidad con lo legal y reglamentariamente previsto, lo que iba a ser seguido - como así fue- de la aprobación de otro modificado, en lugar de afrontar -como hubiera sido exigible en puridad de conformidad con las deficiencias detectadas, la naturaleza de la modificación y la cuantía de la misma- la resolución contractual. Resolución por la que no se optó en base a razones que quedan en el expediente; concretamente, no retrasar la apertura de la indicada vía, imprescindible para descongestionar el principal acceso a Santa Cruz de Tenerife de tráfico rodado pesado.

Ahora bien, dejando a un lado la cuestión de si lo que hubiera procedido era la resolución contractual en vez de la modificación del mismo -pues es ésta última lo que constituye el objeto del presente Dictamen- no nos hallamos en el presente caso ante lo que en puridad debiera ser un ejercicio materialmente correcto del *ius variandi* de la Administración, pues el segundo modificado no tiene autonomía respecto del primero ya ejecutado, sino ante un único modificado tramitado por las razones antes expuestas en momentos sucesivos. Si razones de interés general justificaron el ejercicio del *ius variandi* antes que la potestad resolutoria del contrato, nos encontramos con que ese interés general se persigue mediante la utilización simplemente formal de la *potestas variandi*, legalmente prevista para supuestos precisos y concretos y causas tasadas, de forma tal que se podría incluso aducir que en este caso concreto -asumiendo la concurrencia de todas las circunstancias de interés general que se acreditan en el expediente- ha habido un ejercicio fraudulento del *ius variandi* administrativo, con el fin de evitar la resolución contractual que vendría motivada, conforme se deduce de informe de 18 de marzo de 1995, por serias deficiencias en la redacción del proyecto cuya originalidad ("construcción de infraestructuras con afección a instalaciones industriales que no estaban disponibles en parte alguna (...); la urgencia con que hubo de lanzarse este Proyecto tampoco ayudó nada al grado de maduración de los diseños técnicos elegidos (...); el trazado de la vía (...) [representaba] un caso sin precedentes en España y muy probablemente en el mundo [lo que obligó a] imaginar y, en cierto modo, improvisar soluciones que no habían sido ensayadas nunca y que previsiblemente, y en gran manera, habrían de irse ajustando conforme avanzaban las obras y la experiencia de las mismas permitía mayor precisión de diseños".

Los proyectos, ciertamente, deben ser redactados de forma tal que mediante su ejecución se dé lugar a una obra completa susceptible de ser destinada al servicio

público sin mayores incidencias. Quedan a salvo, desde luego, los proyectos de modificado que conforme a su naturaleza sean menester aprobar, siempre y cuando a su través no se alteren, no sólo los principios de publicidad y concurrencia, sino también la propia naturaleza de la obra conforme fue proyectada originalmente. Con los modificados tramitados, sin embargo, se incide de forma sustancial en el contrato adjudicado, no sólo por la financiación complementaria necesaria para su ejecución (más del 50% del precio inicial) sino por la introducción de soluciones sustanciales alternativas de las proyectadas inicialmente y que, como también se insinuó en el expediente, hubieran debido dar lugar a la resolución contractual y licitación de nuevo contrato. Claro que para pronunciarse definitivamente sobre los aspectos indicados (originalidad del proyecto; imprevisibilidad de las soluciones alternativas; adaptación del proyecto a las circunstancias conforme éstas se presentan; etc., todos ellos contrarios a los principios que deben regir la contratación administrativa) hubiera sido preciso poseer los adecuados conocimientos técnicos para ponderar la aplicación de las normas jurídicas ordenadoras del *ius variandi* administrativo, así como para la modulación de sus efectos. En ausencia de tales conocimientos y en aplicación estricta de los preceptos legales de aplicación debe concluirse que el proyecto fue defectuosamente redactado; que, seguramente, hubiera debido procederse a la resolución contractual; y, finalmente, que el *ius variandi* ejercido no lo ha sido de conformidad con la naturaleza, causa y fines según se dispone legalmente.

2. Con las consideraciones efectuadas anteriormente con carácter general, en relación con la necesidad y adecuación legal del proyecto de modificado sometido a consideración de este Consejo, seguidamente pasaremos a abordar su preciso objeto así como su reconducción a la regulación legal de incidencias contractuales de tal naturaleza.

Debe partirse, en primer lugar, de que el objeto del contrato inicialmente adjudicado lo era de construcción de la nueva vía de penetración a Santa Cruz de Tenerife, por el sur, pp.kk. 0'000 al 3'400. El objeto de este segundo modificado -en realidad el mismo que el primero sólo que cada modificado lo afrontó de forma desglosada- fue la sustitución de un terraplén y sus muros correspondientes por un viaducto de 636 metros. Como se expresó anteriormente, el objeto del que formalmente fue primer modificado era la construcción del viaducto como vía

desnuda, desglosándose y posponiéndose para el segundo modificado ciertas unidades de obra -iluminación, jardinería, red de riego, protección de taludes, limpieza y saneo de los mismos y servicios afectados-; la consideración de la diferencia entre la medición prevista en la modificación anterior y la medición real de las unidades ejecutadas (lo que afecta a las cimentaciones de las estructuras y ejecución del desvío provisional de la autopista TF-1); modificaciones originadas por cambio de los ejes en planta y alzado (con el expresado fin de mejorar los mismos) y, finalmente, la introducción de unidades que atienden a necesidades nuevas (semaforización de los accesos al viaducto y ejecución de pantallas antivandálicas de protección de las instalaciones de la refinería). Estimándose conveniente, al existir "confusión de unidades entre las modificaciones nº 1 y las que debe recoger la modificación nº 2", no promover concurrencia, según se informa en escrito de 30 de julio de 1994. En consecuencia, según se indica en informe de 21 de marzo de 1995, se optó por adjudicar la modificación del contrato de este 2º modificado "por el sistema de adjudicación directa al mismo contratista que ejecuta el contrato vigente".

Lo actuado no se atempera ciertamente a las disposiciones legal y reglamentariamente previstas en orden a la iniciación, tramitación y conclusión de expedientes de modificados contractuales en los términos que resultan, particularmente, de los dispuesto en los arts. 149 y 150 RCE. Sintéticamente, de la expresada regulación legal, resulta evidente que el ejercicio de la potestad de variación de los contratos administrativos se condiciona por la aparición de "necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto" (art. 149 RCE). Este segundo modificado, ciertamente, obedece a causas no previstas en el contrato original, pero sí con ocasión del primer modificado, sólo que no se consideró entonces por razones de conveniencia del propio expediente y del interés general concurrente, lo que ya mereció la observación efectuada anteriormente sobre cómo había sido la génesis de este segundo modificado, cuyas causas motoras fueron conocidas y perfectamente previstas con anterioridad, de suerte que el mismo es realmente el artificio técnico o el instrumento formal a través del cual llegar a un determinado fin.

El ejercicio de la *potestas variandi* de la Administración, de conformidad con lo dispuesto en el art. 150 RCE, puede responder a una doble clase de supuestos. En primer lugar, al aumento, reducción y supresión de unidades de obra, o, incluso, sustitución de una clase de fábrica por otra, siempre que ésta sea de las

comprendidas en la contrata, supuesto de modificación que es de asunción obligatoria por el contratista, sin perjuicio de que el mismo ejerza la facultad resolutoria contractual que le reconoce el art. 157 RCE. En segundo lugar, la introducción de unidades de obra no comprendidas en la contrata o cuyas características difieran sustancialmente de ella, eventualidad en la que tras la fijación administrativa de los precios de aplicación deberán ser expresamente aceptados por el contratista, el cual, si lo estimara oportuno, quedaría exonerado de su ejecución, bien entendido que cuando el proyecto contuviera unidades de obra de difícil determinación en cuanto a su número exacto, y en los términos dispuestos en el art. 79 RCE, su utilización no tendrá a ningún efecto carácter de modificación contractual (art. 151 RCE). Finalmente, las obras accesorias o complementarias que durante el curso de la obra principal la Administración estime conveniente ejecutar deberán ser objeto de contrato independiente, salvo que no excedan del 20% del precio, cuya ejecución podrá confiarse entonces al contratista principal.

Del relato del objeto de este segundo modificado -admitiendo por la fuerza de los hechos la necesidad de su tramitación- se desprende que lo que se denominan unidades desglosadas del modificado nº 1, alguna de las cuales fueron también previstas en el proyecto original, no responden ciertamente a lo que se denominan causas técnicas imprevistas, pues como se ha venido indicando fueron perfectamente previstas en su momento sólo que por razones presupuestarias y de otra índole su ejecución fue pospuesta a la cobertura de un segundo modificado; sin contar con que la modificación responde no a causas técnicas imprevistas, sino a defecto o imprevisión del proyecto. La diferencia de medición entre la prevista en el modificado anterior y la realmente ejecutada, o bien se trata del abono de obra ejecutada y no abonada en su momento, o bien se trata de un exceso de unidades de obra previstas en el modificado nº 1 y que ahora se trata de compensar su realización (lo que técnicamente no es modificación de contrato, art. 151 RCE), o bien podría consistir en objeto de un posible modificado tanto si las unidades de cimentación estando previstas aumentaron su número, como no estándolo se estimó necesaria su incorporación, a consecuencia de la sustitución del terraplén por el viaducto. No tendría desde luego tal naturaleza la ejecución del desvío provisional, que sería técnicamente una obra accesoria o complementaria, salvo que se acredite lo contrario. Las modificaciones de los ejes en planta y alzado si fueron consecuencia

necesaria de la construcción del viaducto pueden ser en efecto objeto del proyecto modificado. Sí, por el contrario, su introducción -como se dice- se hizo con el fin de 'mejorar' los mismos, en puridad sería una obra accesoria o complementaria. Finalmente, las necesidades nuevas no previstas inicialmente tienen la condición de obra accesoria o complementaria, en los términos fijados reglamentariamente, concepto que se matiza por el grado de conexión o dependencia con la obra a la que se complementa.

Dicho esto, mediante informe de 18 de marzo de 1995, al que antes hemos hecho referencia, parece ser que la sustitución del terraplén por el viaducto, unido a la singularidad de la obra y al entorno industrial por el que transcurría, obligó con carácter general al reforzamiento de las condiciones estructurales y elementos de seguridad de la propia vía, a fin de prevenir o evitar las consecuencias de un posible accidente con consecuencias catastróficas, tal y como por otra parte fue advertido por la C.C. a la empresa adjudicataria de las obras. Es por ello por lo que en el informe de referencia se justifican las modificaciones introducidas por tal género de consideraciones, haciéndose especial mención a la iluminación, semaforización y vallas antivandálicas de la indicada vía a las que expresamente se las excluye del concepto de obra accesoria o complementaria, pues -se informa- tales elementos concurrentes en la vía pública no tienen por objeto darle un nivel ordinario de seguridad -el propio de una vía pública de la naturaleza de la afectada- pues responden a una sobreexigencia añadida de seguridad por las razones anteriormente indicadas. En tal tesitura, y por los condicionantes a los que se ha anudado la redacción del modificado, no parece forzado sostener que tales elementos se encuentran en conexión directa con la función a la que sirve la vía pública, que se halla sustancialmente condicionada por el entorno industrial por el que transcurre, razón por la que deben entenderse tales elementos como integrantes de la obra principal en el sentido de que son imprescindibles para que la obra sea completa; es decir, que esté en condiciones de destinarse al servicio público, de forma tal que sin tales elementos complementarios de seguridad -como en algún momento se dice en el expediente- tal vía pública no podría ser abierta al tráfico, debiendo destacarse al respecto la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 1987, en la que se considera la mejora de la seguridad de las carreteras como tarea europea que debe desarrollarse en un marco de cooperación y colaboración entre la Comunidad Europea y los distintos Estados, con respeto al marco de distribución constitucional de competencias en cada caso.

C O N C L U S I Ó N

El proyecto de modificado analizado por este Consejo, tramitado, en principio, de acuerdo con las previsiones legales que resultan de aplicación, presenta, no obstante, los reparos formulados y las deficiencias jurídicas sustantivas que fueron señalados en los Fundamentos II y III.