



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 4 / 2 0 0 2

La Laguna, a 4 de febrero de 2002.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con el *Proyecto Modificado Nuevas Unidades III de las obras comprendidas en el Proyecto del Auditorio de Tenerife (EXP. 180/2001 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Por el Presidente del Cabildo Insular de Tenerife se solicita que por el Consejo Consultivo "(...) se emita el preceptivo dictamen a que se refiere el art. 60.3 apartado b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el Proyecto Modificado Nuevas Unidades III de las obras comprendidas en el Proyecto Auditorio de Tenerife (...)".

2. Es preceptivo el dictamen del Consejo por disponerlo así el art. 10.6 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias, LCC, en relación con los arts. 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, LOCE, y 60.3.b) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, a la vista de que el presupuesto de ejecución del Proyecto reformado asciende a 2.174.823.147 ptas.

3. Está legitimado para recabar el dictamen el Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, conforme con lo dispuesto en el art. 11.1 de la LCC, en la redacción dada por el art. 5.2 de la Ley 2/2000, de 17 de julio, de Medidas económicas en materia de organización administrativa y gestión relativas al personal y de establecimiento de normas tributarias.

* **PONENTES:** Sres. Yanes Herreros, Reyes Reyes y Millán Hernández.

4. La solicitud viene acompañada de los documentos relativos al Proyecto Reformado y de sus antecedentes administrativos.

5. Con las salvedades expresadas en el Fundamento siguiente, se han cumplimentado las previsiones legales de índole procedimental.

II

1. El contrato de ejecución de obras originario, al que se refiere la modificación pretendida sometida a dictamen de este Órgano Consultivo, derivada de las previsiones contenidas en el denominado "Proyecto Modificado Nuevas Unidades III de las obras comprendidas en el Proyecto Auditorio de Tenerife", fue suscrito con fecha 17 de enero de 1997.

El expediente de la modificación objeto de la consulta planteada, por su parte, debe entenderse que se inició el día 27 de julio de 2001, fecha en que se adoptó en sesión plenaria de la Corporación Insular el acuerdo de encomendar al Arquitecto Director facultativo de la obra el Proyecto modificado de referencia.

Las partes contratantes, el Excmo. Cabildo Insular de Tenerife y la Empresa adjudicataria de la obra, reflejaron en el señalado contrato concertado los antecedentes administrativos y las estipulaciones pertinentes. Entre éstas, la cláusula decimosegunda referente al régimen de modificación de obras, según el que ni el Director de la obra ni el contratista podrán introducir o ejecutar modificaciones en las obras comprendidas en el contrato sin la debida aprobación técnica de la modificación y del presupuesto resultante como consecuencia de ella, reflejada en el correspondiente acuerdo del Órgano de Gobierno competente, con el efecto de que la aprobación de estas modificaciones dará derecho al Contratista a la certificación de las mismas, de acuerdo con los precios unitarios contratados o los contradictorios que correspondan y las mediciones reales resultantes de la modificación; y la cláusula decimocuarta, específica sobre el régimen jurídico de aplicación.

Concuerdan estas determinaciones contractuales con las cláusulas 35 y 2, respectivamente, del correspondiente Pliego de Condiciones Económico-Administrativas Particulares aprobado al efecto para regir la contratación acordada, bajo la modalidad de Concurso restringido.

La verificación de la calificación del contrato formalizado confirma su naturaleza de contrato de obras de carácter administrativo, cuyo régimen jurídico quedó certeramente configurado en el mencionado Pliego de Condiciones Económico-Administrativas Particulares, que, en cuanto ley del contrato determina, en primer lugar, los condicionantes de contenido económico, jurídico y administrativo a los que han de atenerse las partes contratantes, sujetándose a las especificaciones de su clausulado. Consecuencia inmediata y directa de la expresada naturaleza del contrato es la aplicación de la previsión del art. 112 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, conforme con la que los contratos de las Entidades Locales se rigen por la legislación del Estado y, en su caso, por la de las Comunidades Autónomas, en los términos del art. 149.1.18º de la Constitución y por las Ordenanzas de cada Entidad.

Por ello, en razón de la fecha de adjudicación del contrato originario antes señalada y a tenor de lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), el régimen jurídico correspondiente a la modificación contractual en trámite es el determinado por la normativa anterior, que regía cuando se formalizó el contrato inicial; esto es, la Ley 13/1995, de 18 de mayo (LCAP) y el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3.410/1975, de 25 de noviembre, en todo lo no derogado expresamente por la Disposición Derogatoria Única, apartado 1,b) LCAP.

La aplicación de esta normativa debe entenderse referida a todo lo concerniente al derecho sustantivo, en cuanto a las prerrogativas de la Administración, incluyendo la de modificar los contratos por razones de interés público, con sujeción a los requisitos y efectos determinados en la propia LCAP (arts. 60.1 y 3 y 102).

Pero respecto a las exigencias de orden procedimental que han de cumplirse para que pueda ser adoptado por el órgano competente el acuerdo aprobatorio de la modificación contractual, de darse los presupuestos legalmente requeridos, este Consejo es del parecer que han de observarse las que estén determinadas como necesarias en la norma legal relativa a esta materia vigente en el momento en que se incoe el procedimiento de modificación; apreciación que se sostiene razonadamente,

entre otros, en los Dictámenes nº 50, 69, 70 de 1996 y 48/1998. Por todos, en este último se hizo en este asunto el siguiente razonamiento:

"La disposición transitoria primera de la LCAP establece que los expedientes de contratación en curso en los que no haya recaído adjudicación, se regirán por esa Ley, sin que sea obligatorio reajustar a ella las actuaciones ya realizadas. De lo que se infiere que los contratos adjudicados y formalizados han de regirse por la normativa contractual vigente al formalizarse. Es decir (en el supuesto analizado), por la Ley de Contratos del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 923/1965, modificado por la Ley 5/1973, de 17 de marzo y por el RDL 93/1996, de 2 de mayo.

No obstante ello, de esta misma disposición puesta en relación con lo ordenado en la disposición transitoria segunda, Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), se deduce que, en lo que concierne a los procedimientos a seguir, la normativa a observar es la vigente en el momento de iniciarse o producirse el incidente contractual correspondiente, de modo que aquí serían aplicables las normas procedimentales sobre resolución contractual contenidas en la LCAP y su Reglamento de desarrollo."

En equivalentes términos se ha pronunciado el Consejo Consultivo de Andalucía, entre otros, en sus dictámenes nº 194/1996, de 19 de diciembre; 32/1997, de 6 de marzo; 142/1997, de 30 de octubre; 85/1997, de 26 de junio; 19/1998, de 12 de marzo; 33/1998, de 16 de abril y 110/1999, de 19 de julio.

Consecuente con lo considerado al respecto, sostenemos la procedencia de que han de efectuarse en el expediente de modificación en curso los trámites procedimentales cuya necesidad de observancia resulta de lo previsto en el art. 101.3 TRLCAP, precepto de carácter básico, dado que este Cuerpo legal entró en vigor el día 22 de junio de 2000, un año antes del inicio del correspondiente procedimiento dirigido al ejercicio de la prerrogativa que constituye el objeto de la consulta recabada.

Dicho art. 103.3 TRLCAP fija con precisión que en las modificaciones de los contratos, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones en cuantía igual o superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, siempre que éste sea igual o superior a 1.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros) (...), será preceptivo, además del informe a que se refiere el apartado 2 del

art. 59 y de la fiscalización previa, en los términos del apartado 2.g) del art. 11, el informe de contenido presupuestario (por parte de la Comisión Especial de Cuentas, en el caso de que ésta, en su caso, exista, debidamente constituida en la Entidad Local consultante, atendiendo a lo especialmente contemplado al efecto en la Disposición Adicional novena, apartado 4 del propio TRLCAP).

A tal efecto deberán incorporarse previamente al expediente correspondiente a la modificación los documentos señalados en los apartados a), b) y c) del art. 101.3 TRLCAP, con el contenido que en estos apartados se indican, documentación no obrante en el expediente remitido a este Consejo.

El mandato sobre el cumplimiento de lo determinado en la referida norma legal se completa con la precisión que también contiene el precepto que analizamos al señalar que lo establecido en este apartado será también de aplicación en las modificaciones consistentes en la sustitución de unidades objeto del contrato por unidades nuevas cuyo importe de adjudicación sea igual o superior a 1.000.000 de pesetas y las modificaciones afecten al 30 por 100 o más del precio primitivo del contrato, independientemente de las repercusiones presupuestarias a que dieran lugar las modificaciones.

En el caso que motiva la emisión de este dictamen, es indudable que se dan los presupuestos que determinan la procedencia de recabar los informes preceptivos señalados, al rebasarse en la modificación pretendida los porcentajes legalmente establecidos para los supuestos contemplados por el precepto legal examinado.

La finalidad garantista que persigue la referenciada norma legal al establecer como preceptivos y relevantes dichos informes, que han de pronunciarse precisamente sobre la procedencia de la modificación a la vista de los documentos exigidos, que han de incorporarse al expediente, con el contenido prefijado en la propia norma, pone de relieve la necesidad de adecuación del procedimiento al cumplimiento de estos trámites especialmente requeridos, con la eventual consecuencia de invalidez derivable del acto que se dicte, si se prescindiera del cumplimiento de tales trámites, lo que este Consejo se ve en la necesidad de advertir.

2. En su literalidad la solicitud de dictamen se formula respecto al "Proyecto Modificado Nuevas Unidades III de las obras comprendidas (...)". Formulación

equivoca resultado de la confusión conceptual entre el soporte técnico de una modificación contractual y la modificación misma. Esta circunstancia conduce a desvirtuar el cometido de este Organismo que es exclusivamente el pronunciarse sobre la cuestión de si la modificación contractual -que implícitamente ha de entenderse que se propugna- se ajusta al Ordenamiento Jurídico, o más concretamente de si queda debidamente justificado en el expediente la concurrencia de los presupuestos legales que fundamenta la modificación contractual. Derivado de lo anterior, es que la documentación a analizar para efectuar dicho pronunciamiento, se refiere solamente al Proyecto Reformado, es decir al soporte técnico de la modificación contractual y no a la modificación en sí misma considerada.

A este respecto, ha de recordarse que la aprobación del proyecto modificado es un acto intermedio del expediente que no debe sustituir el acuerdo del órgano de la contratación aprobando la novación objetiva del contrato, y su repercusión económica, es decir, el pronunciamiento definitivo y detallado en que se motive explícitamente la decisión de la concreta modificación contractual. Acuerdo éste que en rigor debiera ser el objeto de la consulta a este Organismo.

III

1. Mediante el principio de inalterabilidad del contrato de obras se garantiza que la ejecución de las obras se ejecuten con arreglo al pliego de cláusulas administrativas y al proyecto que sirve de base al contrato. La Ley, no obstante, permite el "ius variandi" siempre que éste se ejerza con acatamiento de determinados requisitos y límites.

La potestad modificadora del contrato encuentra, en suma, su primer límite en el deber de no alterar sustancialmente su objeto. La modificación no puede generar un contrato nuevo, lo que no impide que el objeto del contrato pueda modificarse, siempre que la modificación no desvirtúe su naturaleza o identidad.

El proyecto de modificación Unidades III, de la obra Auditorio de Tenerife, no altera la identidad del contrato ni el fin perseguido. Se mantiene el propósito de realizar una obra arquitectónica singular de diseño propio, símbolo de la nueva arquitectura, manteniéndose su destino, de auditorio, ampliándolo a los fines del servicio público, a otras demandas, como de uso sinfónico, danza, ópera, conciertos, etc., por lo que se trata de una obra consustancial al proyecto inicial y no con

carácter general y sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, de una obra complementaria o accesoria.

En el pliego de condiciones del contrato de obra se contempla, por la singularidad de la obra y su destino, la eventualidad de su modificación cuya viabilidad queda condicionada a la aprobación técnica de la modificación y del correspondiente presupuesto, que concurren en el presente caso.

El art. 102.1 de la LCAP establece que "una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón del interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente".

En el proyecto modificado III, Auditorio, se constata la concurrencia de interés público, fundamento de la potestad revisora de la Administración, por cuanto se mantiene el interés de servicio a la comunidad que se pretende obtener con la modificación de la obra al ampliarse a otras actividades o manifestaciones musicales, como la ópera, con nuevas perspectivas acústicas, espacios plataformas, etc. La alteración de las circunstancias originariamente tomadas en consideración en el momento de contratar, es viable siempre que con ella se satisfaga el interés general.

El "ius variandi" que debe fundarse en el interés público se justifica, adecuadamente, en el expediente, expresándose las razones y causas de la modificación, como se recoge en la memoria explicativa en la que se señalan circunstancias no previstas, así como las necesidades nuevas, por razón de la readaptación del edificio, y por la ampliación de las actividades, no sólo a auditorio, sino también a teatro, ópera, conciertos, etc., que exige disponer de nuevas instalaciones diferentes de las inicialmente proyectadas.

La no previsión de estos nuevos fines, como la modificación del sistema constructivo, lucernario, bielas, variación de mediciones, etc., responde a circunstancias imprevistas.

Sin que se aprecie negligencia alguna ni error no admisible, tampoco se considera arbitraria, ni con ella, dada la singularidad constructiva de la obra, se pretende alterar el principio de concurrencia general de licitadores, al no desnaturalizarse su objeto, modificándose sus elementos no esenciales pero sin alterar la identidad del contrato.

Tampoco se conculca la Directiva 93/37/CEE.

2. No obstante, en el Proyecto de Modificado, Nuevas Unidades III, se observa que algunos aspectos que se invocan como nuevos han sido ya objeto de modificaciones anteriores, como la ampliación de la caja escénica (3 de abril de 1998); cambio estructural de la sobrecubierta del Auditorio (18 de diciembre de 1998); colocación de cerchas metálicas en la cota superior (31 de julio de 1998); nueva sala de instalaciones (10 de mayo de 1999); adecuación de acabado de pavimentos, paredes y techos (10 de mayo de 1999); etc.

Se debe resaltar que la potestad "variandi" no es ilimitada. No cabe un ejercicio reiterado y sucesivo por las mismas causas o necesidades; por el contrario, la potestad concluye con la cobertura de las necesidades o imprevistos. La potestad de variación no puede ser concebida en términos absolutos e inagotables.

Por otro lado, si bien la modificación, con carácter general, afecta a obras sustantivas propias e intrínsecas al contrato, se detecta que determinados conceptos de las Nuevas Unidades III como las mejoras de calidad de acabados, taquillas, instalación en Salas VIP, cambio de modelo de luminaria, de cerramiento, baterías, etc., suponen en realidad sustituir o mejorar unos elementos por otros, pero no añaden nada necesario o indispensable al objeto del contrato, presupuesto necesario para el ejercicio del "ius variandi".

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

1.- El expediente de modificación del contrato de obra que se dictamina, "Auditorio de Tenerife, Nuevas Unidades III", debe integrarse con los informes, trámites y actos a los que se alude en el Fundamento II.

2.- Concorre la razón de interés público legalmente requerida para efectuar las modificaciones propuestas o previstas del contrato de obra del Auditorio de Tenerife, sin perjuicio de las observaciones que se expresan en el Fundamento III.2 del presente Dictamen.