



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 200/2008

(Sección 2ª)

La Laguna, a 2 de junio de 2008.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la modificación nº 3 del contrato de las obras de remodelación de la Plaza de España y su entorno en Santa Cruz de Tenerife, Ámbito I (EXP. 195/2008 CA)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Cabildo Insular de Tenerife, es la Propuesta de Resolución del Consejo de Gobierno Insular por la que:

Primero: Se aprueba el proyecto modificado nº 3 del *“proyecto de remodelación de la Plaza de España y su entorno en Santa Cruz de Tenerife”*

Segundo: Se modifica el contrato de las obras comprendidas en el proyecto *“Remodelación de la Plaza de España y su entorno en Santa Cruz de Tenerife, Ámbito I”*.

Tercero: Se requiere a la contratista para que reajuste en 166.177,57 € la garantía definitiva.

Cuarto: Se procede a la formalización de las modificaciones del contrato de obras.

Quinto: Se modifica el contrato de asistencia técnica suscrito con la Unión Temporal de Empresas H.D.M.A., S.L. - V.G.H., S.L. (en adelante, UTE) por importe de 272.765,15 euros.

* **PONENTE:** Sr. Fajardo Spínola.

Sexto: Se requiere a la UTE para que reajuste en 10.910,61 euros la garantía definitiva.

Séptimo: Se proceda a la formalización de las modificaciones del contrato de asistencia técnica.

2. El presupuesto de adjudicación del contrato de obras del proyecto original ascendió a 14.541.205,78 euros. El contrato ha sido modificado dos veces. La segunda incrementó el presupuesto de adjudicación a 15.228.509,24 euros. Esta modificación en trámite conlleva un aumento de 4.154.439,32, lo que eleva el presupuesto de adjudicación a la cifra de 19.382.948,56; lo que representa un incremento del 33,28% del precio primitivo del contrato.

3. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (LCSP) ya en vigor, dispone en su disposición transitoria primera: "Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior".

El presente contrato se adjudicó el 6 de febrero de 2006, fecha anterior a la entrada en vigor de la citada Ley 30/2007. La modificación de un contrato atañe al régimen de su cumplimiento. Por consiguiente, ésta se ha de regir por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

4. El art. 59.3 TRLCAP dispone que será preceptivo el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos de:

"b) Modificaciones del contrato cuando la cuantía, aisladas o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio del primitivo contrato y éste sea igual o superior a 6.010.121,04 euros".

El art. 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, exige el Dictamen preceptivo del Consejo Consultivo sobre la modificación de los contratos administrativos en los casos previstos en la normativa general de contratación administrativa.

5. Se trata de la modificación de un contrato cuyo precio original es superior a 6.010.121,04 euros y el importe de aquélla es superior al 20% de aquél. Por consiguiente, de los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la citada Ley del Consejo Consultivo en relación el primer precepto con el art. 59.3.b) TRLCAP, se derivan la preceptividad

del Dictamen, la competencia del Consejo para emitirlo y la legitimación de la Presidencia del Cabildo para solicitarlo.

II

La tramitación del modificado suscita las siguientes observaciones:

A. El procedimiento se inicia con la recepción del proyecto modificado redactado por la Dirección facultativa. No ha existido la memoria explicativa del Director facultativo que expresa las circunstancias no previstas en el proyecto que justifique la desviación [art. 101.3 a) TRLCAP], ni la solicitud del Director facultativo de la obra dirigida al órgano de contratación instando la autorización para iniciar el procedimiento de modificación ni, por ello, se ha otorgado dicha autorización (art. 146.3 TRLCAP).

B. El trámite de audiencia al contratista que exige el art. 146.3.b) TRLCAP no se ha cumplido. No puede considerarse cumplido dicho trámite por el hecho de que al pie del documento "Mediciones y Presupuesto del Modificado nº 3" figure una firma ilegible bajo el rótulo "la contratista" sin expresar quién es la persona que firma en representación de la contrata ni en virtud de qué poderes ostenta esa representación.

Como se señala en el Dictamen del Consejo de Estado 454/1996, con cita de Dictámenes anteriores, *"con independencia de que los planos, presupuestos u otros documentos obrantes en el expediente aparezcan firmados por la representación de la entidad adjudicataria de las obras, es conveniente que se incorpore al expediente su aceptación expresa y por escrito en un documento suscrito por representante con poder suficiente. De esta manera, se evitaría el peligro de que la tramitación del entero expediente se viera reducida a la inutilidad si, acordada la aprobación del modificado, al adjudicatario optara por ejercitar su derecho a resolver el vínculo contractual"*.

C. La Propuesta de Resolución está fechada el 25 de marzo de 2008. Sobre ella recayeron con posterioridad el informe de Intervención, de la Comisión de Cuentas y del Director de la Asesoría Jurídica del Cabildo Insular. El informe de la Intervención no es favorable y formula nota de reparo. No obstante, no se realizaron actuaciones dirigidas a subsanar la omisión de trámites esenciales ni la carencia de justificación de la modificación que se señalaron en el informe del Interventor ni en consecuencia se procedió a modificar la Propuesta de Resolución.

D. En el expediente no figuran el contrato y el proyecto primitivo, cuyo examen hubiera resultado de suma utilidad para determinar si algunas de las obras contempladas en el modificado son modificaciones de obras comprendidas en aquéllos o son nuevas obras que se introducen en él. Ante la ausencia de este documento entre la escueta documentación remitida a este Consejo, tal determinación se ha basado en el análisis de la descripción de las obras objeto de la modificación pretendida.

III

1 a 3. ¹

4. La Propuesta de Resolución no justifica ni alude al motivo que obliga a adjudicar las obras del proyecto modificado al contratista del contrato original. Ese motivo se expresa en un informe obrante en el expediente cuya reproducción se omite, pero que concluye estimando "más conveniente al interés general mantener vigente el contrato de obras actual".

5. De la descripción de las obras que pretenden ejecutarse se deduce que la relación con el contrato originario no es igual para todas.

Así, claramente se indica en la documentación incluida en el expediente que algunas traen causa de la aparición, después de iniciadas las obras, de circunstancias nuevas que resultaba imposible prever por parte de los técnicos autores del proyecto, y menos por las partes del contrato, pues sólo se han desvelado cuando se profundizó bajo la superficie en ejecución de aquéllas. En este grupo fácilmente resultan clasificables las que habrán de emprenderse en torno al reaparecido muro Castillo de San Cristóbal, o las que derivan del hallazgo de parte del antiguo puerto.

Un segundo grupo es el de obras no previstas en el proyecto inicial, por censurable imprevisión o insuficiencia técnica del proyecto, pero que en el desarrollo de las obras previstas se ha evidenciado la necesidad de su concreción, rectificación o mejora. Aquí cabe incluir las de acabado de los pabellones (la inconcreción de cuyos usos reclama adaptaciones del proyecto original), modificaciones de la red de baja tensión, del saneamiento, de la fontanería y de los pavimentos.

Finalmente, de las obras que enseguida se describen puede afirmarse que su ejecución no es indispensable para alcanzar el resultado previsto en el contrato originario, de tal suerte que su realización, independientemente de su conveniencia

¹ Texto suprimido al ser mera descripción de hechos y/o trámites.

y oportunidad, lo que no corresponde a este Consejo ponderar, es indiferente a los fines del contrato originario. Se trata, pues, de obras independientes, sin conexión necesaria con las inicialmente previstas. Aquí cabe incluir la reconstrucción de la antigua portada del siglo XVIII que sirvió de entrada a la Alameda del Duque de Santa Elena (“atendiendo a cierta voluntad popular y política”), el nuevo alumbrado urbano (“con claras reminiscencias étnicas”), los juegos infantiles (“por petición municipal”), las de implantación de la jardinería vertical, o la “decisión” de restaurar el Monumento “Triunfo de la Candelaria” y la fuente de la plaza. En cuanto al nuevo revestimiento del Monumento a los Caídos, de la documentación incorporada al expediente no cabe deducir si se trata de un cambio de unas unidades de obras por otras (un tipo de revestimiento por otro, previsto en el contrato originario), o si se trata también de una obra independiente; desde luego, en el expediente no se atribuye la modificación a nuevas circunstancias relativas a los cimientos del edificio, descubiertas al perforar en la plaza, sino a elementos del edificio que siempre han estado a la vista (revestimiento), por lo que puede afirmarse que si en el contrato originario no se incluyó la sustitución de éste, tales obras también son independientes del proyecto inicial.

IV

1. A la modificación pretendida le resulta de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo art. 101.1 establece:

“1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”.

El Texto Refundido introduce otra limitación, que habrá que entender añadida a la del art. 101 que acaba de mencionarse, en el 141.d), consistente en la obligación de acudir a “contratación independiente”, incluso respecto de obras complementarias, cuando las mismas:

- puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo, sin causar inconvenientes mayores a la Administración y mientras no resulten necesarias para su ejecución.

- que no estén formadas por unidades de obra del contrato principal, o integren algunas de las de éste en cantidad inferior al 50%.

- que el importe acumulado de tales obras complementarias supere el 20% del precio primitivo del contrato.

El art. 146 TRLCAP también se refiere a la modificación, particularmente del contrato de obras, pero regula solamente la obligatoriedad o no por parte del contratista de asumir la decisión unilateral de la Administración de modificar el contrato, según las unidades de obra en que la modificación consista estuvieran o no previstas en el contrato originario. Pero, a diferencia del citado art. 101, en éste no se resuelve el supuesto de modificaciones con las que Administración y contratista están conformes, como es el caso de las aquí dictaminadas.

2. Esta legislación española en materia de contratos públicos trae causa de la regulación comunitaria, en cuyas Directivas 1993/37 y 2004/18 ya se establecen tales limitaciones al *ius variandi* de las Administraciones Públicas, incluso en los supuestos de consentimiento del contratista, precisamente en defensa del principio de libre concurrencia que tan celosamente defiende y aplica. Esta normativa comunitaria, además, resulta reforzada por el criterio jurisprudencial de la excepcionalidad de la modificación sin pasar por licitación previa de las obras que se pretende añadir, según el cual "deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas" (STJCE de 14 de septiembre de 2004, Asunto C-385/02; en el mismo sentido SSTJCE de 2 de junio de 2005, Asunto C-394/02; de 18 de mayo de 1995, Asunto C-57/94; y de 28 de marzo de 1996, Asunto C-318/94).

3. Este criterio estricto en la aceptación de modificaciones que supongan la incorporación de nuevas obras no previstas es, desde hace mucho tiempo, el defendido por los Dictámenes del Consejo de Estado, para evitar el fraude que ello podría significar al principio de libre concurrencia, cerrando el acceso a otros posibles contratistas (Dictamen de 5 de diciembre de 1984, Recopilación de Doctrina Legal, 1984, nº 139). Para el supremo órgano consultivo del Estado, no bastaba con hacer más o menos vagas alusiones al interés de la modificación, sino que deberá motivarse adecuadamente que su ejecución es precisa para poder entregar las obras del proyecto primitivo al uso o servicio público (Dictamen Consejo de Estado nº 42.492, de 15 de diciembre de 1983), pues se trata (la de modificar) de una posibilidad tasada (Dictámenes CE de 10 de enero de 1991 y de 30 de julio de 1992).

En cuanto al requisito de que se trate de “necesidades nuevas o causas imprevistas”, habrá de aplicarse una interpretación restrictiva de estos dos presupuestos de hecho (Dictamen nº 54.444, de 31 de octubre de 1990). Por ello, el concepto de obra nueva se manifiesta como un auténtico límite de la potestad de alterar el contenido de los contratos una vez suscritos, incluso en el caso de consentimiento del contratista, pues según el Dictamen 79, de 1 de abril de 1993, “es evidente, por lo demás, que la admisibilidad de tales modificaciones no puede depender exclusivamente de la voluntad del propio adjudicatario, toda vez que, aún siendo ésta necesaria cuando se produzcan modificaciones que representen una variación en más o en menos del 20 por ciento del contrato, no puede servir en cambio de argumento para admitir cualquier variación pues, como ha quedado expuesto, no solamente está en juego en tales casos el propio interés del adjudicatario, sino el principio mismo de licitación pública”. En fin, en la Memoria del Consejo de Estado de 1990, elevada al Gobierno, se afirma: “En todo caso, y con las salvedades legales y reglamentarias no cabe frustrar los principios de publicidad y concurrencia por una desmesurada amplitud en la calificación de las obras como de modificación o de mero complemento de las inicialmente proyectadas, llegando a comprender, entre ellas, las que debieran ser consideradas como obras nuevas y, por tanto, objeto de proyectos independientes y contratación separada”.

4. Esta limitación del *ius variandi* demuestra que el interés público prevalente en las modificaciones de los contratos de obras es la publicidad, la transparencia, la no discriminación y la concurrencia en su adjudicación, porque sólo respetando estos principios se pueden alcanzar y servir adecuadamente los concretos intereses públicos que pretende satisfacer cada contrato de obras en particular.

V

En la modificación propuesta hay obras nuevas que responden a circunstancias imprevistas: las que habrán de emprenderse en torno al reaparecido muro Castillo de San Cristóbal, o las que derivan del hallazgo de parte del antiguo puerto. Respecto de tales obras, cabe modificar el contrato en los términos que pretende la Propuesta de Resolución.

Igualmente pueden ser objeto de la modificación aquellas otras no previstas en el proyecto inicial, pero que en el desarrollo de las obras previstas se ha evidenciado la necesidad de su concreción, rectificación o mejora. Aquí cabe incluir las de acabado de los pabellones (la inconcreción de cuyos usos reclama adaptaciones del

proyecto original), y las modificaciones de la red de baja tensión, del saneamiento, de la fontanería y de los pavimentos. También presenta el carácter de obras determinadas por circunstancias técnicas imprevistas la modificación de las redes de saneamiento ante el cambio del régimen y carácter de las lluvias y la modificación de la red de baja tensión determinada por la anterior. También merece esta calificación la necesidad de más perforaciones de pozos de captación de agua marina, determinada por la naturaleza del suelo.

Todas las demás modificaciones incluidas en la Propuesta de Resolución no responden a circunstancias técnicas imprevistas, sino a cambios de criterio estético o a nuevos juicios de conveniencia o de oportunidad, pero no a ninguna necesidad nueva. Cuando el Texto Refundido habla de necesidad nueva, se refiere a una necesidad que no haya podido ser considerada al momento de redactar el proyecto y con anterioridad a su adjudicación. Por necesidad nueva se entiende una necesidad que haya nacido con posterioridad a la adjudicación del contrato. No pueden ser consideradas necesidades nuevas aquellas que obedecen a juicios de oportunidad, conveniencia o de mero embellecimiento. Por consiguiente, deben ser objeto de una nueva licitación. La ejecución de tales obras, como se ha señalado, no es indispensable para alcanzar el resultado previsto en el contrato originario, de tal suerte que su realización, independientemente de su conveniencia y oportunidad, lo que no corresponde a este Consejo ponderar, es indiferente a los fines del contrato originario. Se trata, pues, de obras independientes, sin conexión necesaria con las inicialmente previstas. Aquí cabe incluir la reconstrucción de la antigua portada del siglo XVIII que sirvió de entrada a la Alameda del Duque de Santa Elena (“atendiendo a cierta voluntad popular y política”), el nuevo alumbrado urbano (“con claras reminiscencias étnicas”), los juegos infantiles (“por petición municipal”), las de implantación de la jardinería vertical, o la “decisión” de restaurar el Monumento “Triunfo de la Candelaria” y la fuente de la plaza. En cuanto al nuevo revestimiento del Monumento a los Caídos, de la documentación incorporada al expediente no cabe deducir si se trata de un cambio de unas unidades de obras por otras (un tipo de revestimiento por otro, previsto en el contrato originario), o si se trata también de una obra independiente; desde luego, en el expediente no se atribuye la modificación a nuevas circunstancias relativas a los cimientos del edificio, descubiertas al perforar en la plaza, sino a elementos del edificio que siempre han estado a la vista (revestimiento), por lo que puede afirmarse que si en el contrato originario no se incluyó la sustitución de éste, tales obras también son independientes del proyecto inicial.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución es parcialmente conforme a Derecho, no resultando jurídicamente fundado extender la modificación a aquellas obras descritas en el cuerpo del Dictamen que carecen de conexión necesaria con el contrato inicial, por lo que respecto de ellas procede acudir a nueva licitación independiente.