Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 7 7 / 2 0 1 0

(Sección 1ª)

La Laguna, a 10 de diciembre de 2010.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Agüimes en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la modificación del contrato administrativo de obra suscrito entre el Ayuntamiento de Agüimes y la entidad mercantil D., S.A. correspondiente a la obra denominada "Auditorio de Agüimes (Teatro y Escuela de Música)" (EXP. 864/2010 CA)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de la Villa de Agüimes, es la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento de modificación del contrato administrativo de obras "Auditorio de Agüimes (Teatro y Escuela de Música)".

La legitimación para la solicitud de Dictamen, su carácter preceptivo y la competencia del Consejo para su emisión se derivan de los arts. 12.3 y 11.1.D.c) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias en relación con el art. 109.1.d) básico, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

II

1. La Junta de Gobierno Local, en sesión celebrada el 26 de diciembre de 2006, adjudicó definitivamente la obra "Auditorio de Agüimes (Teatro y Escuela de Música)" a la empresa M., S.A., si bien el contrato fue resuelto por acuerdo del mismo órgano adoptado en sesión celebrada el 17 de diciembre de 2007.

---

[*] **PONENTE: Sr. Lazcano Acedo.**

Con fecha 21 de julio de 2008, la Junta de Gobierno Local adjudica a la entidad D., S.A. la continuación de la citada obra, con un plazo de ejecución de 18 meses, ampliado posteriormente a 23 meses, y un importe 6.069.189,79 euros.

El contrato fue formalizado en documento administrativo en la misma fecha, suscribiéndose el Acta de comprobación del replanteo el 12 de agosto de 2008.

2. El 4 de mayo de 2010 la Dirección Facultativa de la obra solicita autorización para el inicio del expediente de modificación contractual fundamentado en la aparición de causas nuevas o imprevistas al tiempo de ejecutar el proyecto y que se detallan en la Memoria justificativa.

3. La Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 17 de mayo de 2010, previo informe técnico municipal, adoptó el siguiente Acuerdo: *Aprobar el proyecto modificado del "Auditorio de Agüimes Teatro Municipal, con el visto bueno de la Dirección Facultativa y supervisado por el Arquitecto de este Ayuntamiento, (...), con un presupuesto de 7.987.090,97 euros*.

El presupuesto aprobado supone que el modificado asciende a la cantidad de 1.917.901,18 euros, que supone una desviación en exceso del importe neto contratado del 31,60%, según el citado informe.

4. Consta seguidamente el informe favorable de Intervención de 10 de junio de 2010 y finalmente el informe jurídico del siguiente día 16 del mismo mes y año, en el que se indica el procedimiento a seguir.

5. Con fecha 22 de junio de 2010 se solicitó el preceptivo pronunciamiento de este Consejo, emitiéndose el Dictamen 542/2010, de 27 de julio, en el que se concluyó que el procedimiento de modificación del contrato administrativo suscrito no se considera conforme a Derecho, en los términos expuestos en sus Fundamentos III y IV.

Estos Fundamentos son del siguiente tenor literal:

III

1. El procedimiento de modificación contractual en este caso tramitado no es conforme a Derecho, por cuanto, dado el tenor literal del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 17 de mayo de 2010, éste se encuentra definitivamente aprobado, habiéndose realizado con posterioridad trámites que debieron llevarse a cabo antes de la aprobación definitiva, incluida la solicitud de Dictamen de este Consejo, cuyo pronunciamiento ha de recaer sobre la

Propuesta de Acuerdo de Modificación, no sobre un Acto ya adoptado [art. 195.3.b) LCSP].

El Acuerdo municipal debió ser de inicio del expediente de modificación, dando lugar a los trámites posteriores legalmente establecidos y sólo una vez culminado el procedimiento con la Propuesta de Acuerdo y recabado y emitido el Dictamen de este Consejo, procedería la aprobación de la modificación contractual.

El procedimiento pues no ha sido correctamente tramitado, ni resulta procedente en las condiciones señaladas la solicitud de Dictamen a este Consejo. En todo caso, habrían de retrotraerse las actuaciones, a los efectos de que por el órgano competente se adopte nuevo acuerdo de inicio del procedimiento y tramitar éste en las condiciones legalmente exigidas (arts. 202 y 217 LCSP), tras la pertinente declaración de nulidad del Acuerdo de referencia.

IV

1. Sin perjuicio de lo señalado y por lo que se refiere al fondo del asunto, la modificación se ampara en la causa prevista en el art. 101 TRLCAP, debiendo aplicarse el art. 202 LCSP, en cuya virtud el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público y para atender a causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. En todo caso estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato ni incurrir en los límites contemplados en el párrafo 2 del precepto citado. Lo que no ocurre en este supuesto.

Como ha señalado el Consejo de Estado (Dictamen 1041/1992, entre otros) y se ha reiterado por este Consejo (Dictamen 212/2009, entre otros) la Administración Pública no goza de una voluntad libre para modificar el proyecto técnico de una obra, por lo que deben darse y justificarse los presupuestos exigidos por el Ordenamiento, ya que si faltan quedarían defraudados los principios inspiradores de la contratación administrativa. Por ello, han de quedar acreditadas en el expediente las nuevas necesidades surgidas o las causas no previstas al momento de la contratación, de tal forma que por medio de la modificación contractual no se ampare simplemente un cambio de criterio de la Administración en relación con la obra proyectada. Ha de justificarse igualmente la improcedencia de iniciar una nueva licitación, en orden a garantizar la no vulneración de los principios de libertad y concurrencia.

6. Con fecha 6 de septiembre de 2010 tuvo entrada en este Consejo nueva solicitud de Dictamen sobre la modificación del contrato administrativo de obras de referencia. Recayó en esta ocasión el Dictamen 738/2010, de 8 de octubre, en que se concluyó en la no conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución por las siguientes razones:

2. La nueva tramitación del procedimiento en los términos señalados no puede ser considerada conforme a Derecho.

La Administración actuante ha procedido a declarar la nulidad del Acuerdo de aprobación de la modificación contractual sin llevar a cabo el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, al tratarse el acto administrativo aprobado de un acto declarativo de derechos para el contratista. Ello implica la tramitación del mencionado procedimiento (art. 102 en relación con el 62.1 LRJAP-PAC), en el que habrá de justificarse la causa de nulidad que se considere concurrente, con carácter previo a cualquier actuación relativa a la modificación contractual.

3. Por otra parte, y sin perjuicio de lo indicado anteriormente, cabe señalar que en el nuevo procedimiento no se ha dado audiencia al contratista.

Por lo que se refiere al contenido de la modificación, se estima procedente reiterar lo ya señalado por este Consejo en su anterior Dictamen recaído sobre este asunto en relación con la necesidad de una clara justificación de las causas nuevas o imprevistas que la motivan, pues la modificación no puede amparar un simple cambio de criterio de la Administración respecto al proyecto aprobado, lo que parece deducirse de la Memoria que se acompaña en relación con determinadas unidades de obra (cambio de alicatados, por ejemplo, ni imprevisiones del Proyecto original, como es el caso de las mejoras por cuestiones de estabilidad o la solera de hormigón armado y pavimento en el perímetro del edificio).

III

1. En la nueva documentación remitida a este Consejo a los efectos de su preceptivo Dictamen constan las siguientes actuaciones posteriores a la emisión del citado Dictamen 738/2010:

- Informe de la Dirección facultativa de la obra relativo a los reparos efectuados por este Consejo en relación con la justificación de la modificación propuesta.

- Informe jurídico acerca de la tramitación a seguir, en el que se sostiene que el Ayuntamiento deberá solicitar un único Dictamen al Consejo Consultivo sobre las dos cuestiones planteadas: informe previo para la declaración de oficio de la nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, al considerar que ha sido dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido [art. 62.1.e) LRJAP-PAC] y remisión de una nueva propuesta de modificación del contrato.

- Certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local adoptado en sesión celebrada el 8 de noviembre de 2010, incorporando en él, íntegramente el contenido del anterior informe a efectos de motivación, se acuerda solicitar Dictamen único al Consejo Consultivo sobre las dos cuestiones planteadas y se declara expresamente la conservación, en aplicación del art. 66 LRJAP-PAC, de determinados actos de trámite producidos en el procedimiento de modificación contractual (actas de aceptación y conformidad de la empresa, informe de intervención e informes jurídicos y de la Dirección Facultativa).

2. La Propuesta de Resolución (informe jurídico) no se ajusta en su contenido a lo que al efecto dispone el art. 89.3 LRJAP-PAC pues no contiene propiamente la decisión a adoptar, si bien en forma de propuesta. No obstante, de su contenido se infiere la voluntad administrativa de declarar nulo el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local por el que se aprobó la modificación contractual, fundamentada en la causa prevista en el art. 62.1.e) de la citada Ley, al haberse dictado este acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, como ya puso de manifiesto este Consejo.

Procede resaltar que no se ha otorgado trámite de audiencia al interesado con carácter previo a la formulación de la Propuesta de Resolución, lo que se ha justificado en el expediente por no producirse modificación en las partidas a las que afecta la modificación contractual en relación con las existentes en el momento en que le fue otorgada la audiencia y a las que prestó su aceptación, por lo que se considera que no se le causa indefensión. Esta circunstancia afecta no obstante al procedimiento de modificación contractual y no al de revisión de oficio, lo que en todo caso exigiría que se hubiese otorgado tal trámite a estos efectos o, de considerarlo la Administración no preceptivo, una motivación suficiente al respecto en el sentido de que tampoco en este caso se le causa indefensión. Ciertamente, puede considerarse que tal indefensión no se produce desde el momento en que tras

la declaración de nulidad es pretensión de la Administración la aprobación de la modificación contractual en los mismos términos ya inicialmente previstos.

Por lo que a la declaración de nulidad se refiere, se estima conforme a Derecho, al haberse adoptado el Acuerdo por el órgano de contratación sin la previa tramitación del procedimiento de modificación contractual, cuyos trámites se llevaron a cabo con posterioridad, como ya se señaló en nuestro Dictamen 542/2010. La ausencia de procedimiento constituye un vicio de nulidad radical, de conformidad con lo establecido en el art. 62.1.e) LRJAP-PAC.

Se estima igualmente conforme a Derecho la conservación de determinados actos, de conformidad con el art. 66 LRJAP-PAC.

3. Por lo que se refiere a la modificación del contrato de obras de referencia, se ha fundamentado en la aparición de causas nuevas o imprevistas al tiempo de ejecutar el proyecto.

Estas causas nuevas, que se detallan en la Memoria inicial del Proyecto Modificado, y que se reiteran en la propuesta técnica motivada de 29 de julio de 2010, son las siguientes:

- La cota de desmonte aumenta su profundidad debido a la existencia de terreno no apto para cimentar con la correspondiente búsqueda de terreno firme. Los diferentes niveles de cimentación generan plataformas de cimentación inestables en su talud.

- El material de relleno extraído del desmonte no es apto para la compactación, se hace necesaria la incorporación de relleno de aporte.

- Debido a lo anterior, se realizan cambios en la cimentación sustituyendo forjados sanitarios por losas de cimentación y solera, además de ser necesarios muros de hormigón ciclópeo para estabilizar plataformas de cimentación y alcanzar cotas de ejecución.

En las diferentes soluciones anteriormente descritas que integran unidades nuevas, se busca la no ejecución de unidades de proyecto que no sean necesarias para compensar la economía de la obra.

- Se conforman precios auxiliares nuevos de acero B-500 y hormigón HA-30, debido a que (según la Propuesta técnica de 29 de julio de 2010) las características del hormigón armado, según el cálculo de estructuras y siguiendo el EHE (instrucción

del hormigón estructural), no se ajustaban en su totalidad a las especificadas en la Medición y Presupuesto.

- Se generan unidades nuevas para el cumplimiento estricto de la normativa contraincendios.

- Debido al proyecto acústico se modifican varias unidades de proyecto y se generan otras nuevas, para el estricto cumplimiento del mismo.

- A propuesta de la dirección de obra se proponen cambios en pavimentos y revestimientos y acabados interiores.

- Se generan nuevas partidas de registros en falsos techos para el acceso al mantenimiento de las instalaciones.

- Se realizan cambios que suponen poco incremento económico o incremento nulo en las partidas correspondientes a los capítulos de cubiertas, mejorando el sistema de impermeabilización. Por otro lado se añaden partidas nuevas de tratamientos hidrofugantes para muros y losas de hormigón visto.

- Se modifica toda la carpintería de aluminio, compensando el cambio de color propuesto por la dirección con el tipo de carpintería propuesto por la contrata. Se añaden partidas nuevas correspondientes a unidades no contempladas en proyecto.

- Se modifican los capítulos de cerrajería y carpintería de madera en cuanto a puertas, herrajes y elementos diversos, para el estricto cumplimiento de la normativa contraincendios, vías de evacuación, emergencia y del estudio acústico.

- Se modifica la instalación de fontanería sustituyendo el sistema de descarga previsto en el proyecto para los aparatos sanitarios por un nuevo sistema de válvulas de descarga por fluxores, con la intención de contribuir a un uso racionado del agua sanitaria.

- Se realiza un cambio de montacoches proyectado por una plataforma elevadora mejorando la economía de la obra.

- Se modifica la instalación de desagües en interior de caja escénica para ceñir el proyecto al cumplimiento del estudio acústico.

- Se modifican a petición de la Dirección Facultativa diferentes luminarias.

- Se modifica el proyecto inicial de la Estación Transformadora para dar cabida a la potencia necesaria para la alimentación del edificio y futuras obras colindantes al mismo.

- Se modifican las instalaciones de climatización para el perfecto cumplimiento de la acústica del edificio, la normativa contraincendios y el correcto funcionamiento.

- Se añaden partidas en el capítulo del acondicionamiento escénico imprescindibles para la puesta en funcionamiento del edificio, compensándolas económicamente con otras partidas incluidas en presupuesto que no se ejecutarán. Por otro lado se realizan partidas nuevas dentro del mismo capítulo propuestas a la propiedad por la dirección facultativa del acondicionamiento escénico, relacionadas con la instalación de cine, ventilación de la caja escénica y partidas necesarias para el correcto funcionamiento del propio acondicionamiento escénico.

- Por orden de la Dirección Facultativa y la Propiedad se ejecutan una serie de partidas nuevas correspondientes a unidades de estructura, albañilería, pavimentos, red de pluviales y fecales, acometidas de agua, saneamiento e hidrantes, con la finalidad de dejar el edificio con las condiciones más óptimas para su futura puesta en marcha.

- Dado que los alrededores del auditorio no están urbanizados y para mejor conservación de los materiales de fachada, ya ejecutada, se urbanizará (solera de hormigón armado y pavimento) en todo el perímetro del edificio una franja de un ancho suficiente.

- Por último, se hace un reajuste de mediciones atendiendo a la revisión pormenorizada del proyecto y a las modificaciones planteadas, añadiendo los precios de las nuevas unidades, cuyo comparativo se adjunta.

Este Proyecto reformado tiene, según la Memoria, una variación económica en aumento de precio de ejecución material de 1.975.930,30 euros respecto al proyecto adjudicado, lo que supone un aumento del 32,5%. Por lo que se refiere al plazo de ejecución de la obra, se propone una prórroga de cinco meses sobre los dieciocho meses inicialmente acordados.

3. La modificación se ampara en la causa prevista en el art. 101 TRLCAP, en cuya virtud el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

Como ha señalado el Consejo de Estado (Dictamen 1041/1992, entre otros) y se ha reiterado por este Consejo (Dictamen 212/2009, entre otros) la Administración Pública no goza de una voluntad libre para modificar el proyecto técnico de una

obra, por lo que deben darse y justificarse los presupuestos exigidos por el Ordenamiento, ya que si faltan quedarían defraudados los principios inspiradores de la contratación administrativa. Por ello, han de quedar acreditadas en el expediente las nuevas necesidades surgidas o las causas no previstas en el momento de la contratación, de tal forma que por medio de la modificación contractual no se ampare simplemente un cambio de criterio de la Administración en relación con la obra proyectada.

Como ya se ha señalado en los anteriores Dictámenes de este Consejo recaídos sobre este asunto, en la documentación que integra el expediente y singularmente en la Memoria del Proyecto modificado, sólo se contiene una relación del conjunto de partidas de obra que sufre variación por los motivos de supresión, aumento o disminución de medición o por introducirse como nuevas al no estar contempladas en el proyecto primitivo. No se justifica sin embargo, en los términos legalmente exigidos, las *necesidades nuevas o causas imprevistas* que motivan la modificación contractual, extremos éstos que en todo caso han de justificarse debidamente en el expediente a los fines de determinar su conformidad a Derecho.

La Propuesta técnica motivada de fecha 29 de julio de 2010 y el informe técnico de la Dirección Facultativa de 26 de octubre de 2010 explicitan las razones que motivan las diversas modificaciones que se proponen, de las que resulta, en la mayoría de las ocasiones, que se deben a un cambio de criterio sobre determinadas unidades de obra que si bien pueden contribuir a la mejora de la misma no parecen responder a las exigencias legales, en tanto que se trata de aspectos que se pudieron prever en la redacción originaria del proyecto. En este sentido, si bien las modificaciones necesarias para conseguir una adecuada cimentación pueden deberse a causas imprevistas, al advertirse la existencia de terreno no apto para cimentar, sin embargo otras parecen responder, bien a imprevisiones del proyecto original o bien a un cambio de criterio, tales como las características del hormigón armado, el cumplimiento de la normativa contra incendios o las obras en el perímetro del edificio (solera de hormigón armado y pavimento, debido a que los alrededores del auditorio no están urbanizados), el cambio de alicatados, de sistemas de descarga de los aparatos sanitarios o el cambio de proyecto de la estación transformadora, entre otras.

En cualquier caso, determinadas obras, justificadas como necesarias, podrían tener cobertura en lo prevenido para obras complementarias en el art. 155.b) LCSP.

Se estima por todo ello que no se ha justificado suficientemente las necesidades nuevas o causas imprevistas que motivan la modificación.

C O N C L U S I Ó N

No se considera ajustada a Derecho la totalidad de las causas invocadas de modificación del contrato administrativo de obras "Auditorio de Agüimes (Teatro y Escuela de Música)", según se razona en el Fundamento III.3.