

<p>Expediente: 7/2012 Objeto: Modificación de contrato de obras de “Plan Navarra 2012. Actuación prioritaria: variante Irurita-Elizondo”. Dictamen: 18/2012, de 20 de abril</p>
--

DICTAMEN

En Pamplona, a 20 de abril de 2012,

el Consejo de Navarra, compuesto por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don Julio Muerza Esparza, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

La Presidenta del Gobierno de Navarra, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo de Navarra el 23 de marzo de 2012 recaba, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1, en relación con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, del Consejo de Navarra (en adelante, LFCN), la emisión del preceptivo dictamen en relación con el expediente de modificación del contrato de obras “Plan Navarra 2012. Actuación prioritaria: variante de Irurita-Elizondo”.

El dictamen fue solicitado por el Consejero de Fomento y Vivienda, mediante Orden Foral 38/2012, de 16 de marzo, en la que asimismo se declara la urgencia del expediente a los efectos previstos en el párrafo segundo del artículo 22 de la LFCN, en cuyo cumplimiento este Consejo de Navarra evacua su dictamen en el menor tiempo posible.

I.2ª. Antecedentes de hecho

De la documentación remitida a este Consejo resultan los siguientes hechos relevantes:

1.- Por Orden Foral 109/2009, de 10 de diciembre, de la Consejera de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, se adjudicaron las obras de "PLAN NAVARRA 2012. Actuación prioritaria: variante de Irurita-Elizondo", por un importe de 11.079.776,64 € y con un plazo de ejecución de 18 meses. El día 14 de enero de 2010, la Consejera de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, actuando en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y don ..., como representante de la "UTE ...", suscribieron el contrato de obras, con sujeción al proyecto, pliego de cláusulas administrativas particulares y demás documentos contractuales que las partes aceptaron.

2.- El Servicio de Caminos y Construcción emitió, con fecha 27 de julio de 2011, un informe en el que proponía la modificación del contrato con un incremento económico de 1.681.175,44 €, y un aumento del plazo de ejecución de siete meses. La propuesta estaba motivada por la necesidad de:

- Ajustes del perfil longitudinal del tronco para disminuir el volumen de material de terraplén procedente del préstamo, como consecuencia de la clasificación de marginal de los materiales de los desmontes.
- Cambio de in-situ a prefabricado de los pasos inferiores 1, 2 y 3.
- Modificación del viaducto 1 disminuyendo el número de vanos y aumentando la longitud de la luz del vano central, por el que discurre la regata Artesiaga, para evitar que existan pilas en el cauce. Cambio de pilas in-situ por pilas prefabricadas, y sustitución del cargadero flotante que constituye el estribo 2, por un estribo con cimentación directa.

- Modificación del viaducto 2 disminuyendo el número de vanos y aumentando la longitud de la luz del vano central por el que discurre el río Baztán, para evitar que existan pilas en el cauce. Cambio de pilas in-situ por pilas prefabricadas, y sustitución del cargadero flotante que constituye el estribo 2, por un estribo con cimentación directa.
- Modificación del viaducto 3 disminuyendo el número de vanos y aumentando la longitud de los mismos. Cambio de pilas in-situ por pilas prefabricadas, y sustitución del cargadero flotante que constituye el estribo 2, por un estribo con cimentación pilotada.
- Sustitución del material para formar explanada tipo E-2.
- Incremento de medición en la reposición de servicios afectados de telefonía y fibra óptica. Nuevas unidades en restitución de líneas eléctricas.
- Aparición de 19 nuevas afecciones no detectadas en el proyecto de construcción.
- Sustitución de la iluminación convencional, por otra con LEDs y placa solar.
- Aumento de mediciones varias.
- Regularización del IVA repercutible, dado que las obras fueron adjudicadas con un tipo de gravamen del 16% y, desde el mes de julio de 2010, el tipo de gravamen de IVA aplicable es el 18%.

En el informe se explican detenidamente las causas que han dado lugar a la necesidad de la modificación del contrato, consistentes, entre otras, en la imposibilidad de aprovechar materiales procedentes de excavaciones, por ser de diferente naturaleza y composición de los previstos en el proyecto. En definitiva, el informe consideraba que los motivos de la modificación no eran imputables al contratista y que, habiendo prestado éste

su conformidad a la modificación del contrato, resultaba procedente aprobar el proyecto modificado y el nuevo programa de trabajos con el aumento de gasto correspondiente.

3.- La Orden Foral 10/2011, de 4 de agosto, del Consejero de Fomento y Vivienda, aprobó la modificación del contrato de las obras de "PLAN NAVARRA 2012. Actuación prioritaria: variante de Irurita-Elizondo", contando con la previa autorización del Gobierno de Navarra.

4.- Mediante escrito de 1 de marzo de 2012, la representación de la empresa contratista solicitó la concesión de una prórroga en la ejecución del contrato basándose en que, debido a que el déficit de tierras real de la obra era muy superior al contemplado en el proyecto, había sido necesario tramitar el "Proyecto de ampliación de zona de préstamo y vertedero para las obras del PLAN NAVARRA 2012. Actuación prioritaria: variante de Irurita-Elizondo", y, como consecuencia de dicha tramitación, hubieron de paralizarse los trabajos de movimiento de tierras hasta el 18 de octubre de 2011.

5.- La solicitud de prórroga fue informada favorablemente por el Servicio de Construcción, y concedida por Orden Foral 29/2012, de 2 de marzo, del Consejero de Fomento y Vivienda.

6.- Un nuevo informe del Servicio de Construcción, fechado el 7 marzo 2012, indica que se han producido desprendimientos en dos taludes de las obras de la variante de Irurita-Elizondo, que habían sido ejecutadas de acuerdo a lo especificado en el proyecto. En uno de ellos es necesario "tenderlo al 2,50H / 1V, para descargar peso", con "realización posterior de costillas drenantes equidistantes seis metros entre sí, con una profundidad en cabeza de 2 metros y 0,50 en el pie, y construcción de un contrafuerte de escollera en la base del deslizamiento, que quede cimentado a un metro de profundidad y otro metro de alzado". La medida para estabilizar el segundo "consistirá en tender el talud al 3H / 1V para descargar peso, realización posterior de costillas drenantes equidistantes 10 metros entre sí, con una profundidad en cabeza de 2 metros y 0,50 en el pie, ejecución de una berma de 3,50 metros con un cunetón revestido para evacuar el agua de las

costillas, y construcción de un forro de escollera de 2 metros de altura con un talud de 3H / 2V". Se dice en el informe que "la modificación propuesta está motivada por un error del proyecto en la definición de los taludes de desmonte".

En consecuencia, se propone aprobar la modificación del contrato con un incremento económico de 410.091,75 €. La propuesta cuenta con la fiscalización positiva de la Intervención Delegada, fechada el 12 marzo 2012.

Se ha incorporado también al expediente el proyecto de Orden Foral por el que se aprueba el "Proyecto modificado para estabilización de taludes en los pk 3+310 y pk 5+060, margen izquierda en la variante de Irurita-Elizondo", la modificación del contrato de las obras "PLAN NAVARRA 2012. Actuación prioritaria: variante de Irurita-Elizondo" y el gasto de 410.091,75 €, que se financiará, en su caso, con cargo a la partida 610006/61100/6010/453218 de la línea "Plan Navarra 2012-79. Variante Irurita-Elizondo" del presupuesto del año 2012.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta, formulada por el Consejero de Fomento y Vivienda y remitida a este Consejo de Navarra por mediación de la Presidenta del Gobierno de Navarra, conforme a lo establecido por el artículo 19 de la LFCN, somete a nuestra consideración el expediente y el proyecto de Orden Foral de modificación del contrato de obras denominado "PLAN NAVARRA 2012. Actuación prioritaria: variante de Irurita-Elizondo", con un incremento económico de 410.091,75 €, con el fin de corregir determinados desplazamientos de dos taludes que habían sido ejecutados por el contratista de acuerdo con el proyecto inicial.

El presupuesto inicial de ejecución de la contrata ascendió a 11.079.776,64 € y, antes de la modificación que ahora se propone, ha sido ya aprobada otra cuyo coste ascendió a 1.681.175,44 € más 470.743,26 € por la regularización del tipo impositivo del IVA.

El artículo 16.1.i) de la LFCN establece que el Consejo de Navarra deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un organismo consultivo, que se refieran a la modificación de concesiones y contratos, cuando la cuantía de los mismos, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20% del precio de adjudicación del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas, es decir a 6.010.121,04 euros.

A su vez, el artículo 107.1 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP) establece que en la tramitación de los expedientes de modificación de contratos se incluirá el dictamen del Consejo de Navarra cuando sea preceptivo de acuerdo con su legislación específica.

El precio de adjudicación de este contrato es superior al límite legalmente establecido y el coste de la modificación, unido al de la que se autorizó anteriormente, asciende a 2.562.010,45 €, cifra que es mayor del 20% de los 11.079.776,64 € por los que el contrato fue inicialmente adjudicado.

En consecuencia, el Consejo de Navarra emite, en este caso, dictamen con carácter preceptivo.

II.2ª. Marco normativo

La Comunidad Foral de Navarra tiene competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia, tal como establece el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (en lo sucesivo, LORAFNA).

En el ejercicio de dicha competencia, el Parlamento Foral aprobó la LFCP, que constituye el texto legal de referencia más específico para la emisión de este dictamen.

II.3ª. Análisis del expediente y la propuesta de modificación del contrato de obras

La normativa reguladora de la contratación administrativa autoriza a una de las partes, a la Administración, para modificar el contenido contractual, siendo tal modificación obligatoria para el contratista, siempre que se produzca dentro de los límites y con arreglo a los requisitos y garantías establecidas por dicha normativa. El “ius variandi” o prerrogativa de modificación unilateral de los contratos atribuida a la Administración obtiene su justificación en la necesaria protección del interés público inherente al contrato administrativo.

El artículo 105 de la LFCP establece que, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en las prestaciones que lo integran por motivos de interés público, siempre que concurren circunstancias imprevistas y dichas prestaciones no puedan separarse del proyecto o contrato inicial sin causar graves inconvenientes al interés público, sin que en ningún caso el importe acumulado de las modificaciones exceda del 50% del precio de adjudicación del contrato.

Tal como dijimos en nuestro dictamen 57/2010, de 22 de noviembre, esta prerrogativa de que goza la Administración para modificar los contratos administrativos no es absoluta, sino que por el contrario se trata de una prerrogativa excepcional y reglada que únicamente puede ejercitarse cuando se den los requisitos subjetivos, objetivos, cuantitativos y procedimentales establecidos en cada momento por la normativa reguladora de la contratación administrativa. Así se desprende del precepto citado y lo viene reconociendo expresamente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo cuando afirma que “...el derecho de modificación con que cuenta la Administración..., no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese «ius variandi», en todo caso requiere una singular motivación de hecho («necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas», dice el artículo 149 del Reglamento

de Contratación) que, de no existir, impide la alteración del contrato o de sus pliegos de condiciones regidos por el principio «ne varietur» (STS de 11 de abril de 1984).

En similares términos se ha pronunciado el Consejo de Estado, tanto en la Memoria del año 1990, como en numerosos dictámenes relativos a consultas sobre modificación de contratos (dictamen 1834/1995), al advertir la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar, los proyectos de obras, de forma que sólo excepcionalmente haya de acudir a la ulterior modificación objetiva del contrato, pues de lo contrario prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto del tipo de obras que habían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación. En suma, entiende el Consejo de Estado que “deben introducirse en las prácticas administrativas insertas en el marco del giro o actividad contractual de la Administración, las adecuadas previsiones para que la técnica del proyecto reformado y, consiguientemente, de la novación objetiva del contrato, obedezca a su razón de ser, se constriña a la excepcionalidad y no sea la práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues, de lo contrario, se encubrirían contrataciones que no observaran los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores del sistema de contratación administrativa”.

En definitiva, la prerrogativa de modificación unilateral de los contratos administrativos debe aplicarse en sus estrictos términos, posibilitando, por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente, la adaptación del contrato a causas imprevistas o necesidades nuevas acontecidas en el devenir de su ejecución, no siendo mecanismo adecuado para alterar, por razones de oportunidad o conveniencia, el objeto y las prestaciones inherentes al contrato inicial, ya que en tales casos sería necesario la tramitación de un nuevo expediente dando cumplimiento a los principios de igualdad de trato, publicidad, transparencia y concurrencia que deben presidir, por imperativo normativo, las actuaciones de los poderes públicos adjudicadores.

La LFCP contempla dos supuestos diferentes de modificación contractual. El artículo 105.3 regula la modificación de las unidades comprendidas en el contrato, estableciendo que serán obligatorias para el contratista las modificaciones que supongan aumento, reducción, supresión o sustitución de unidades de obra contratada, siempre que la sustitución se realice entre unidades comprendidas en el contrato. En el supuesto de supresión o reducción de unidades, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna, sin perjuicio de que pueda instar la resolución del contrato cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una reducción de más del 20% del importe de adjudicación [artículo 124.1.i) de la LFCP].

Por su parte, el artículo 105.4 de la LFCP regula la modificación del contrato de obra por aumento o sustitución de unidades comprendidas en el contrato y el importe de las mismas exceda del 20% sin superar el 50% del precio de adjudicación del contrato, indicando que, en tales casos, se ejecutarán por los precios unitarios derivados de la licitación, siempre que exista conformidad del contratista en la prosecución del contrato en estos términos.

En cualquier caso, las modificaciones contractuales en las que el incremento del gasto no sea superior al 10% del precio de adjudicación del contrato deben tramitarse con arreglo al procedimiento establecido por el artículo 107 de la LFCP, según el cual la unidad gestora del contrato o el director facultativo de las obras redactará una propuesta acompañada por los informes técnicos y documentos que justifiquen, describan y valoren las modificaciones. De la propuesta se dará audiencia al contratista por plazo de cinco días y, previa fiscalización del gasto, el órgano de contratación la aprobará mediante resolución motivada en la que se reajustará, en su caso, el plazo y la garantía.

De lo expuesto, se deriva que el denominado “ius variandi” de la Administración para modificar los contratos administrativos se configura como una prerrogativa excepcional que sólo puede ser ejercitada por imperiosas razones de interés público, ante la aparición de necesidades nuevas o causas imprevistas que no supongan una alteración sustancial de

las condiciones esenciales del contrato, causas que deberán quedar plenamente acreditadas en el expediente que deberá tramitarse con pleno respeto al procedimiento que la legislación contractual establece en garantía de su correcta y estricta aplicación. Así lo viene recordando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo cuando proclama que “ciertamente el ejercicio del ius variandi de la Administración no permite alterar sustancialmente el objeto ni las condiciones esenciales del contrato; esta restricción, que resulta lógica, es fundamentalmente una garantía para el contratista, tratando de evitar la imposición unilateral por la Administración de unas condiciones absolutamente distintas a las que regían las condiciones de licitación al tiempo de su adjudicación” (STS de 19 de febrero de 2008).

Otro requisito esencial inherente a las modificaciones contractuales es el referente a su aspecto temporal. Este factor opera en un doble sentido. El Consejo de Estado ha remarcado entre las exigencias de carácter formal a que deben someterse los expedientes de modificación contractual, la del tiempo al indicar (dictamen 1834/1995) que “...la modificación de los contratos está sujeta a unas solemnidades en su aprobación que se constituyen como esenciales, de tal forma que, para llegar a la novación contractual y a la ejecución de las obras objeto del proyecto modificado hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente establecido. Entre tales exigencias se encuentra la del tiempo, toda vez que la novación objetiva que comporta un modificado de obras está sujeta a unos límites temporales, como se deriva de la prohibición explícita impuesta a la Administración y al contratista de introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato, sin la debida aprobación, así como del presupuesto correspondiente.”

La intervención del Consejo de Navarra en los expedientes de modificación contractual, en virtud de la normativa reguladora sobre contratación pública y de la función consultiva que le atribuye su norma reguladora, ha de diseñarse en tintes claramente garantistas, lo que determina que su intervención ha de ser previa a la decisión administrativa

sometida a consulta y preceptiva en aquellos casos en los que su intervención se configure con tal carácter.

En orden al control de la legalidad que debe realizarse en el ejercicio de la función consultiva en los expedientes de modificación contractual, el primer análisis ha de ser el propio de la legalidad formal, es decir, de la tramitación del expediente de modificación contractual para comprobar que éste se ha ajustado al procedimiento legalmente establecido, que se configura como requisito imprescindible para su corrección. Habrá que comprobar, por tanto, si en el expediente administrativo se han respetado los trámites establecidos en el artículo 107 de la LFCP, a saber:

- a) Propuesta de la unidad gestora del contrato o del director facultativo de las obras, acompañada por los informes técnicos y documentos que justifiquen, describan y valoren las modificaciones.
- b) Audiencia al contratista por plazo de cinco días.
- c) Fiscalización del gasto.
- d) Dictamen, en su caso, del Consejo de Navarra.
- e) Aprobación mediante resolución motivada del órgano de contratación, en la que se reajustará, en su caso, el plazo y la garantía.

Desde un punto de vista sustantivo, habrá que analizar si la modificación pretendida se fundamenta en ineludibles razones de interés público, no en meras razones de oportunidad o conveniencia, motivadas por nuevas necesidades o causas no previsibles al momento de formalización del contrato, causas que deberán quedar debidamente explicitadas en el expediente administrativo e igualmente habrá que comprobar que la alteración derivada de las modificaciones pretendidas no afecten a las condiciones esenciales derivadas del contrato inicial. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1998, para determinar si se está en presencia de una modificación de las condiciones esenciales "hay que atender a la posible utilización separada de las nuevas obras, a su

necesidad en relación con el proyecto inicial y a las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución independiente, así como a la interrelación física entre las obras y la necesidad de su introducción para llevar a buen fin el proyecto, con la mayor satisfacción posible de los intereses generales.”

De la relación de antecedentes efectuada más atrás se desprende que se ha dado cumplimiento, en este caso, a las exigencias procedimentales legalmente establecidas. La propuesta de modificación está suscrita, el 7 marzo 2012, por el Jefe de Sección de Obras III y lleva el visto bueno de la Directora del Servicio de Construcción. En dicha propuesta se explican los motivos por los que es necesario modificar el contrato que consisten, resumidamente, en que se han producido desprendimientos en los taludes de las obras que habían sido ejecutados de acuerdo a lo especificado en el proyecto, por lo que la modificación propuesta se debe a un error del proyecto en la definición de los taludes de desmonte. Las incidencias se describen con detalle y se dice cuál es el tipo de obras que se ha de ejecutar para resolverlas, se determinan las unidades de obra y los precios contradictorios recogidos en el proyecto modificado, así como la relación valorada final, las repercusiones respecto al plazo y la conformidad del contratista.

Consta también en el expediente un escrito firmado por el gerente de la UTE ..., en el que manifiesta la conformidad con el "proyecto modificado para la estabilización de taludes en los pk 3+310 y pk 5+060, margen izquierda en la variante de Irurita Elizondo", con los precios contradictorios que en él se contienen, así como con el incremento total de 410.091,75 € (IVA incluido), y asume la responsabilidad derivada de la redacción del proyecto modificado.

Al pie de la propuesta de la modificación figura la conformidad de la Intervención Delegada, por lo que ha de entenderse cumplimentado el requisito de fiscalización del gasto.

La tramitación del expediente se ajusta, por tanto, a la legalidad vigente.

En cuanto a los aspectos sustantivos de la modificación, este Consejo de Navarra considera que se cumplen las exigencias del artículo 105 de la LFCP. Resulta indiscutible, a la vista de los informes técnicos obrantes en el expediente, que las modificaciones responden a razones de interés público, que las circunstancias que las provocan no se previeron en el proyecto inicial y no están ocasionadas por un defectuoso cumplimiento por parte del contratista. También resulta del expediente que las nuevas prestaciones no pueden separarse del proyecto o contrato inicial sin causar graves inconvenientes al interés público y que el importe acumulado de las modificaciones experimentadas por el contrato no excede del 50% del precio inicial de adjudicación.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra informa favorablemente la propuesta de modificación del contrato de obras "PLAN NAVARRA 2012. Actuación prioritaria: variante de Irurita-Elizondo".

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.