

Expediente: 43/2019

Objeto: Modificación del contrato de obras de sustitución de arterias de abastecimiento de fibrocemento del casco urbano de Bera.

Dictamen: 46/2019, de 25 de noviembre

DICTAMEN

En Pamplona, a 25 de noviembre de 2019,

el Consejo de Navarra, integrado por don José Luis Goñi Sein Presidente Accidental, doña Socorro Sotés Ruiz, Consejera-Secretaria y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejero,

siendo ponente don José Iruretagoyena Aldaz,

emite por unanimidad de los asistentes el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Solicitud y tramitación de la consulta

El día 7 de octubre de 2019 tuvo entrada en este Consejo de Navarra escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre la propuesta de modificación del contrato de ejecución de las Obras de “Sustitución de arterias de abastecimiento de fibrocemento del casco urbano de Bera”, solicitado por el Ayuntamiento de Bera.

I.2ª. Antecedentes de hecho

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

1.- El 14 de noviembre de 2018, el pleno del Ayuntamiento de Bera procedió a la aprobación del proyecto de obras denominado “Sustitución de

arterias de abastecimiento de fibrocemento del casco urbano de Bera” (en adelante, el Proyecto), redactado por los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, don... y don...

2.- Mediante Resolución 219/2018, de 15 de noviembre, del Alcalde del Ayuntamiento de Bera, se inicia el expediente de contratación de las obras incluidas en el Proyecto, mediante procedimiento abierto sin publicidad comunitaria.

3.- El presupuesto de licitación se cuantificaba en 243.610,41 euros, IVA excluido, estableciendo un plazo de ejecución de cuatro meses y tres años de garantía a contar desde la recepción de las obras.

4.- El Pliego regulador de la contratación de las obras del proyecto establecía los elementos esenciales definidores de los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual entre el Ayuntamiento de Bera y el contratista adjudicatario. En concreto, por lo que al objeto del presente dictamen interesa, el punto 15, bajo el epígrafe de “Plan de Seguridad y Salud”, establecía que:

“De conformidad con lo establecido en el Real Decreto 1627/1997 sobre Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud en las obras de construcción, la persona contratista deberá presentar el Plan de Seguridad y Salud (dos ejemplares) con el contenido mínimo establecido en el mencionado Real Decreto y basado en el Estudio que acompaña al proyecto. Así mismo, deberán seguirse en todo momento las indicaciones del personal encargado de la coordinación en materia de seguridad y salud, designado por el Ayuntamiento... La iniciación del contrato quedará subordinada a la aprobación del Plan de Seguridad y Salud por el Ayuntamiento, previo informe favorable del mismo emitido por un técnico competente...”

Este plan se presentará en el plazo máximo de quince días naturales a contar desde la adjudicación del contrato y deberá ser aprobado por el Ayuntamiento, con anterioridad al inicio de las obras”

Por su parte, el punto 20.1 del Pliego regulaba los “derechos de la persona contratista”, estableciéndose, entre otros, que el contratista tendrá derecho a ejercitar “la resolución del contrato por las causas recogidas en el artículo 232 de la LFCP”.

En el punto 20.2.1, referente a las “obligaciones de la persona contratista”, se establecía, entre otras, la de “desarrollar el contrato del modo dispuesto en la contratación u ordenado posteriormente por el Ayuntamiento a través de la Unidad gestora del contrato o/y el/la Responsable del contrato”, y la de “aceptar las modificaciones del contrato que se acuerden de conformidad con lo establecido en la LFCP”.

En el mismo sentido, el punto 22 del Pliego, “Modificaciones del Contrato”, precisaba que “una vez perfeccionado el contrato, podrán efectuarse modificaciones al mismo en los supuestos y con arreglo a los procedimientos establecidos en los artículos 114 y sucesivos de la LFCP”.

En el apartado 26 del Pliego, relativo a la extinción del contrato, se indicaba que “la extinción por resolución requiere la tramitación del expediente contradictorio que se establece en el artículo 160.3 de la LFCP”, añadiendo el Pliego, en su punto 26, que “serán causas de resolución del contrato cualquiera de las contempladas en la LFCP y, además, la reiteración de faltas graves o muy graves podrá suponer resolución del contrato”.

5.- Mediante Resolución 233/2018, de 14 de diciembre, del Alcalde del Ayuntamiento de Bera, se adjudicó el contrato de obras de sustitución de arterias de abastecimiento de fibrocemento del casco urbano de Bera a la mercantil..., en la cantidad de 228.993,79 €, más IVA, estableciéndose que el contrato debería formalizarse en el plazo de siete días naturales, contados desde la fecha de terminación del plazo de 10 días al que se refiere el artículo 101.2 de la LFCP.

6.- El 10 de enero de 2019 se procedió a la formalización del contrato entre el Ayuntamiento de Bera y el adjudicatario. En el documento de formalización la empresa adjudicataria se comprometía a la ejecución de las obras con estricta sujeción al Pliego regulador aprobado por el Ayuntamiento, añadiendo, la cláusula séptima, que ambas partes “se someten para lo que no se encuentre establecido en el Pliego, a los preceptos de la Ley Foral 6/1990, de la Administración Local de Navarra en materia de contratación, a la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos y, en

general, a las de las demás disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa que sean de aplicación al presente contrato, así como a los preceptos que regulan las normas tributarias de obligado cumplimiento”.

7.- El 14 de enero de 2019, el adjudicatario del contrato, presentó ante la Sección de Relaciones Laborales y Prevención de Riesgos del Servicio de Trabajo del Gobierno de Navarra el “plan de trabajo para la sustitución de arterias de abastecimiento en el casco urbano de Bera”, programa de trabajo que fue informado, con fecha 22 de enero de 2019, por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Navarra y, el 20 de marzo de 2019, por el Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra, con el siguiente contenido:

“Valorado el Plan de Trabajo presentado por la empresa..., para la sustitución de arterias de abastecimiento en el casco urbano de Bera, se informa:

- *Que dicho plan **NO** se ajusta a lo dispuesto en el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto, debido a que:*
- *La propia naturaleza del trabajo determina el dejar enterrada, en su mayor parte, la antigua red de abastecimiento que serviría como soporte de la nueva. A este respecto, dicho R. D., en su art. 4. Límite de exposición y prohibiciones, concretamente en el punto 2 establece: “Sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones normativas relativas a la comercialización y a la utilización de amianto, se prohíben las actividades que exponen a los trabajadores a las fibras de amianto en la extracción del amianto, la fabricación y la transformación de productos de amianto o la fabricación y transformación de productos que contiene amianto añadido deliberadamente”.*

Se considera que la antigua red de abastecimiento va a sufrir una transformación (realización de 164 cortes e introducción de la conducción de polietileno) para poder albergar la nueva red proyectada, transformación prohibida por el propio R.D.

- *Por otra parte, los trabajos que se pretenden realizar consisten en la sustitución de la vieja red de abastecimiento por una nueva red. Esto significa que la vieja red ha llegado al fin de su vida útil.*

- *En este sentido, el Reglamento (CE) nº 1907/2006 del Parlamento europeo y del Consejo, de 18 de diciembre, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH), establece que el uso de artículos que contengan fibras de amianto que ya estaban instalados o en servicio antes del 1 de enero de 2005 se seguirá admitiendo hasta su eliminación o el fin de su vida útil.*
- *Además, el dejar enterradas las tuberías de fibrocemento, por cuyo interior discurría la nueva canalización de abastecimiento, supondría que durante la realización de futuras intervenciones (trabajos de mantenimiento, realización de nuevas acometidas, etc.), consideradas actuaciones en instalaciones con amianto, fueran mucho más complejas de ejecutar ya que no bastaría con hacer cortes de la tubería, por lo que podrían implicar mayor exposición a fibras de amianto por parte de los trabajadores.*

A este respecto, caben destacar, la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, art. 15, apartados a), c) y f) y el R. D. 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo; art. 4.”

8.- El 21 de marzo de 2019, el Director del Servicio de Trabajo del Gobierno de Navarra dicta la Resolución nº 106/2019, por la que:

“con arreglo a la documentación que consta en el expediente y a los informes emitidos, el Plan de Trabajo NO cumple con lo establecido en el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto y por tanto resulta procedente denegar el Plan de Trabajo objeto del presente expediente...”

RESUELVO:

1. Denegar el Plan de trabajo propuesto por la empresa..., para la aprobación de Plan para la sustitución de arterias de abastecimiento en el casco urbano de Bera”

9.- Con fecha 20 de junio de 2019, el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, redactor del proyecto técnico, emite informe en el que indica que, “el proyecto inicial contemplaba tres grandes actuaciones: 1) La renovación de las tuberías de agua con tecnología sin zanja en las calles Eztegara, Bidasoa, Legia, Itzea y un tramo de la Calle Illekueta, en las que se usa la

tubería actual de fibrocemento como una vaina en la que se introduce la nueva tubería de menor diámetro. 2) La renovación de las tuberías de agua con zanja abierta en la calle Alzate y en un tramo de la Calle Illekua, en las que se excava una zanja para la instalación dentro de ella de la nueva tubería. 3) La ejecución de nudos para la maniobra y control en los tramos renovados y en la conexión de estos con el resto de la red de distribución de agua de la localidad”.

El informe del técnico redactor del proyecto continua señalando que “en los dos últimos puntos, al no ser necesaria la actuación en la tubería de fibrocemento para llevar a cabo las obras reflejadas en ellos, es donde no es necesario la obtención de permisos del Servicio de Trabajo en relación a la retirada de fibrocemento. La renovación de la conducción de agua en Alzate e Illekueta, y que se ejecuta con apertura de zanja, representa un 46,03% del total del presupuesto del proyecto (...). Si se ejecuta la renovación de la conducción de agua en los tramos en zanja, hay que considerar que hay un tramo de 140 metros de longitud en la Calle Illekueta que se proyectó renovar con tecnología sin zanja. Este tramo discurre desde el portal 1, plaza de Alzate, hasta el extremo de la red en la carretera de Lizuniaga y sería necesario su renovación mediante apertura con zanja para dar continuidad al proyecto, con lo que se incrementaría el presupuesto de la obra con zanja a ejecutar en 11.404,29 €, que representa un 5,43% del total de la obra. Además, aunque en el proyecto se incluye el precio de las acometidas de la instalación de 6 metros de tubería a renovar, no se incluyó el coste de la reposición de la pavimentación ni el coste de la excavación de la zanja y posterior relleno de esos 6 metros, sino solo de 1 metro. Como es necesario, por las fugas existentes en la conducción de las acometidas, la renovación de todas las acometidas comprendidas en la Calle Alzate e Illekueta, se incrementa la medición a ejecutar de excavación, relleno de zanja con gravilla y zahorra y posterior reposición del pavimento por un importe de 23.680,78 €, que representa un 11,28% de la obra. Esta valoración se realiza en base a los precios de proyecto existentes”.

El informe del redactor del Proyecto terminaba señalando que, “por lo tanto, se valora la renovación de las conducciones de agua en zanja de la

calle Alzate (incluida la plaza) como Illekueta, así como sus acometidas, en alrededor del 62,74% del total del proyecto y se propone, por tanto, el inicio de las obras a la mayor brevedad ya que se acaba el 26 de junio de 2019, el plazo para la firma del replanteo de obra e inicio de esta, concedido por el Departamento de Administración Local del Gobierno de Navarra según la ley Foral 18/2016”.

10.- El 25 de junio de 2019, el representante de la mercantil..., convocado al acto de firma del Acta de Comprobación del Replanteo de la obra, presentó un escrito en el que indicaba que las obras reflejadas en el proyecto comprendían la renovación de 2.017 metros de tubería de fibrocemento, de los que 1.441 metros correspondían a renovación sin zanja y 576 a excavación a zanja abierta. Que según el informe de la dirección de obra, únicamente los trabajos proyectados en zanja abierta (576 metros) podían ser ejecutados y su importe comprendía el 46% del presupuesto total contratado. El restante 56% (1.441 metros) no podría ser ejecutado según lo pactado. Que la no ejecución de esta parte afectada por la prohibición del sistema constructivo por la autoridad laboral del Gobierno de Navarra implicaba, por tanto, afectar al contenido sustancial del proyecto y suponía la existencia de errores materiales superiores al 20%, porcentaje especificado como causa de resolución en la LFCP.

El escrito de la adjudicataria añadía que si se optaba por ejecutar la totalidad de las obras mediante zanja abierta aplicando los precios del proyecto, el importe de ejecución estimado sería un 57% superior respecto al presupuesto de adjudicación del contrato, porcentaje que supera ampliamente los límites establecidos en las modificaciones en la LFCP.

La mercantil adjudicataria concluía señalando que lo anteriormente especificado es causa de Resolución del contrato a tenor de lo especificado en los artículos 114.1 y 175.d) de la LFCP que es la norma que regula este contrato.

11.- Ante tal situación el Ayuntamiento de Bera solicitó un informe jurídico que fue emitido por letrado el 18 de julio de 2019.

El citado informe, tras referenciar algunos puntos del Pliego de Condiciones y remitirse a la Resolución del Director del Servicio de Trabajo y al Informe del Ingeniero redactor del proyecto objeto de contratación, transcribe el contenido del artículo 114 de la LFCP y considera que “las modificaciones que el Ayuntamiento pretende realizar no responden al capricho y al libre albedrío municipal sino que vienen impuestas por la Dirección General de Trabajo de denegar el Plan de Trabajo presentado por la mercantil en relación con la renovación de las tuberías con tecnología sin zanja por suponer, en síntesis, una exposición al amianto vetado por el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos de riesgo de exposición al amianto”.

Se trata, por tanto, continuaba diciendo el informe, “de una modificación del proyecto que viene impuesta por un imperativo legal. Desde dicho punto de vista, la modificación responde al interés público y no afecta al contenido sustancial del contrato, al no encontrarse ante ninguno de los supuestos señalados en el artículo 114.2 de la LFCP. En cuanto a la cuantía de las modificaciones propuestas, el informe de Ingeniería... señala que «se valora la renovación de las conducciones de agua en zanja en la calle Alzate (incluida la plaza) con Illekueta, así como sus acometidas en alrededor del 62,74 % del total del proyecto», por lo que nos encontramos dentro de los límites del artículo 114.1 (que) solo veta aquellas modificaciones cuyo importe acumulado exceda del 50% del precio de adjudicación”.

En definitiva, el informe jurídico concluía señalando que, “la modificación propuesta se encuentra dentro de los límites previstos por el artículo 114.1 de la LFCP, por lo que la misma es de obligado cumplimiento para la mercantil contratista y, además, no genera derecho a indemnización”.

12.- Mediante Resolución 191/2019, de 23 de julio, del Alcalde del Ayuntamiento de Bera, se ratifica la propuesta de modificación del contrato de obras de “sustitución de arterias de abastecimiento de fibrocemento del casco urbano de Bera”, por entender que se encuentra dentro de los límites previstos por el artículo 114 de la LFCP y no se dan las causas de resolución invocadas por la adjudicataria. Igualmente, considerando que se habían

cumplido los trámites del artículo 143 de la LFCP y que el escrito de la empresa suponía su oposición a la modificación, se acordaba solicitar dictamen del Consejo de Navarra y notificar la citada Resolución a la empresa adjudicataria y a la Dirección General de Administración Local del Gobierno de Navarra dado que la obra contratada estaba incluida en el Plan de Inversiones Financieras Sostenibles.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen

La presente consulta, formulada por el Ayuntamiento de Bera a través de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra, somete a la consideración de este Consejo de Navarra el expediente y propuesta de modificación del contrato de obras de “Sustitución de arterias de abastecimiento de fibrocemento del casco urbano de Bera”, que el Ayuntamiento pretende imponer con carácter obligatorio a la adjudicataria, y que ésta se niega a aceptar al considerar que la modificación propuesta conlleva una alteración esencial del objeto del contrato en su momento adjudicado.

El artículo 14.1.j) de la LFCN establece que el Consejo de Navarra deberá ser consultado preceptivamente en “cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra o el dictamen de un organismo consultivo”.

El artículo 143.1 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en lo sucesivo, LFCP) establece que en la tramitación de los expedientes de modificación de los contratos administrativos “se incluirá el dictamen del Consejo de Navarra cuando se formule oposición por el contratista”.

Tal y como hemos indicado anteriormente, en el presente expediente la empresa adjudicataria ha manifestado su disconformidad con la propuesta de modificación contractual que con carácter obligatorio plantea el Ayuntamiento de Bera, por lo que el dictamen de este Consejo de Navarra se emite con el carácter de preceptivo.

II.2ª Marco normativo

La Comunidad Foral tiene competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia, tal y como reconoce 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 adelante, LORAFNA).

En el ejercicio de tal competencia, el Parlamento de Navarra ha ido aprobando diferentes textos legales que regulan la contratación pública, siendo el texto legal actualmente vigente el contenido en la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, cuya finalidad era la de adaptar los textos legales anteriores a las denominadas Directivas europeas de cuarta generación, que conforman el paquete europeo en materia de contratación pública que se recogían en la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública y en la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

La regulación de las modificaciones contractuales se encuentran recogidas en el artículo 114 de la LFCP, precepto que establece los supuestos, requisitos y límites exigidos para las modificaciones, completando la regulación el artículo 143 que regula la tramitación de los expedientes de modificación de los contratos administrativos.

Junto a estos preceptos aplicables con carácter general a todos los contratos administrativos, deberá tenerse presente la regulación específica del contrato de obras y, en concreto, por lo que al presente dictamen interesa, el artículo 175 sobre causas específicas de resolución del contrato de obras, que ha sido expresamente invocado por el adjudicatario al considerar la posible concurrencia del supuesto establecido por el apartado d), consistente en errores materiales del proyecto que afecten al presupuesto de las obras, al menos, en un 20 por 100.

En consecuencia, la decisión sobre el presente dictamen debe adoptarse con arreglo al marco normativo que se deriva de la LFCP, teniendo en consideración, a su vez, la regulación que sobre esta materia se

contiene en los artículos 203 a 207, ambos inclusive, y en el artículo 242 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que, conforme a lo establecido en su disposición final segunda, se aplicará en la Comunidad Foral de Navarra sin perjuicio de lo dispuesto en la LORAFNA.

II.3ª Tramitación del expediente de modificación contractual

El artículo 143 de la LFCP establece que “cuando sea necesario introducir modificaciones en un contrato, la unidad gestora del mismo o en su caso el director facultativo de las obras, redactará una propuesta acompañada por los informes técnicos y documentos que justifiquen, describan y valoren aquellas. De la propuesta se dará audiencia al contratista por plazo de cinco días y previa fiscalización del gasto, el órgano de contratación la aprobará de forma motivada y reajustará, en su caso, el plazo y la garantía. En dicha tramitación se incluirá el dictamen del Consejo de Navarra cuando se formule oposición por el contratista”.

En el presente asunto, el expediente de modificación contractual comenzó con el informe de la dirección de obra que, tras conocer el informe del Servicio de Trabajo del Gobierno de Navarra que no autorizaba el plan de trabajo presentado por la contrata, al no cumplir con las exigencias que impone el Real Decreto 396/2006, para la ejecución de trabajos con riesgo de exposición al amianto, y ante el interés municipal para realizar la mayor parte del proyecto de sustitución de arterias de abastecimiento en el casco urbano de Bera, planteó la modificación del contrato inicial para ajustarlo en la parte de obra para la que no era necesario el permiso de la autoridad laboral al no afectar a la tubería de fibrocemento existente.

El informe de la dirección de obra cuantificó la obra que podía ejecutarse conforme al proyecto aprobado en el 46,03 por 100 del presupuesto del contrato, a la que se añadió una modificación del proyecto, en una parte de la Calle Illekueta, que incrementaba el presupuesto en un 5,43 por 100, y la inclusión de un mayor coste como consecuencia de la necesidad de renovar todas las acometidas comprendidas entre la Calle Alzate y la Calle Illekueta, con un coste del 11,26 por ciento de la obra, lo

que suponía una ejecución del 62,74 por 100 del presupuesto total del contrato adjudicado.

Con ocasión de la citación para la firma del acto de comprobación del replanteo y autorización del comienzo del inicio de la obra, el contratista presentó escrito de oposición a la modificación al entender que lo pretendido por la dirección de la obra afectaba al contenido sustancial del proyecto y evidenciaba la existencia de errores materiales en el proyecto superiores al 20 por 100, lo que con arreglo a lo establecido en la LFCP era causa de resolución contractual.

La propuesta de modificación y el escrito de oposición del contratista fueron objeto de informe jurídico en el que expresamente se consideró ajustada a derecho la modificación propuesta y concluyó señalando que el contratista estaba obligado a su ejecución sin derecho a indemnización.

A la vista del informe, mediante Resolución de la Alcaldía de Bera se ratificó la propuesta de modificación del contrato y, ante la oposición del contratista, se ha solicitado dictamen preceptivo de este Consejo.

Analizada la tramitación dada al presente expediente puede considerarse que, en términos generales, se han cumplido los trámites esenciales para la adecuación procedimental de la propuesta de modificación contractual conforme a lo establecido por el artículo 143 de la LFCP. Así, en efecto, el expediente se inició mediante informe de la dirección de obra que exponía las razones que hacían necesaria la modificación y en el que se efectuaba la nueva valoración de la obra a la luz de las modificaciones introducidas. De la propuesta de modificación tuvo conocimiento el contratista que formuló por escrito su oposición, de modo que se ha cumplimentado el trámite preceptivo de audiencia del contratista y sus alegaciones, así como la propuesta de modificación de la dirección, han sido objeto de informe jurídico que validó la misma con carácter previo a que por el Alcalde de Bera, en su condición de órgano de contratación, aprobase la modificación, sometiendo su eficacia y validez al previo dictamen de este Consejo de Navarra.

El informe previo del órgano de fiscalización no resulta necesario, en este caso, dado que lo que conlleva la modificación es una reducción del importe del contrato para el que previamente se disponía de la necesaria consignación presupuestaria.

En definitiva, se han cumplido los trámites esenciales del procedimiento de modificación contractual al que se refiere el presente expediente.

II.4ª Improcedencia de la imposición obligatoria al contratista de la modificación contractual pretendida

La normativa reguladora de la contratación administrativa autoriza a la Administración para modificar el contrato, siendo la modificación obligatoria para el contratista siempre que se produzca dentro de los límites y con arreglo a los requisitos y garantías establecidos por su norma reguladora. El “ius variandi” o prerrogativa de modificación unilateral de los contratos que se atribuye a la Administración tiene su justificación en la necesaria protección del interés público inherente al contrato administrativo.

Este Consejo de Navarra viene manteniendo en sus dictámenes (entre otros: dictámenes 57/2010 y 18/2012) que 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 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.

El artículo 114.1 de la LFCP atribuye a la Administración la facultad de modificar los contratos públicos, exclusivamente, por motivos de interés público, y para introducir las variaciones estrictamente indispensables para

responder a la causa objetiva que las haga necesarias, sin que tales modificaciones puedan afectar a su contenido sustancial; concepto que se concreta en el apartado 2 del artículo 114 de la LFCP. Conforme a dicho apartado, se entiende que la modificación afecta al contenido sustancial cuando: a) la modificación introduzca condiciones que, de haberse fijado inicialmente, hubieran permitido la selección de candidatos diferentes, o la aceptación de una oferta distinta o hubieran atraído a más participantes al contrato, b) se altere el equilibrio económico en beneficio del contratista, c) se amplíe al ámbito de aplicación del contrato, y d) dé lugar a la sustitución del contratista en circunstancias diferentes a las previstas en la LFCP.

De entre las distintas causas que pueden afectar al contenido sustancial del contrato, la única que podría entrar en juego en el presente caso sería la de considerar que si se hubiera ajustado el objeto sometido a contratación al resultado que ahora se pretende podrían haberse presentado más licitadores o haberse aceptado una oferta diferente a la aprobada. Ciertamente, la modificación que se pretende aprobar conlleva la desaparición de la parte del proyecto que consistía en la “renovación de las tuberías de agua con tecnología sin zanja en las Calles Ezteraga, Bidasoa, Legia, Itzera y en un tramo de la Calle Illekueta, en la que se utilizaba la actual canalización de fibrocemento como una vaina en la que se introducía la nueva tubería de menor diámetro”. Esta parte del proyecto representaba, a la vista del informe del redactor del proyecto, el 53,97 por 100 del presupuesto total de la obra objeto de contratación. La forma de ejecutar esa parte mayoritaria del proyecto, mediante tecnología sin zanja, pone de manifiesto la existencia de un mayor grado de complicación en su ejecución que la que conlleva la simple apertura de zanja para sustituir la antigua canalización por otra nueva. Así, también se pone de manifiesto del informe del Instituto de Salud Pública y Laboral de Navarra que fundamentó la Resolución del Director del Servicio de Trabajo, cuando señalaba que “la propia naturaleza del trabajo determina el dejar enterrada, en su mayor parte, la antigua red de abastecimiento que serviría de soporte de la nueva... Se considera que la antigua red de abastecimiento va a sufrir una transformación (realización de 164 cortes e introducción de la conducción de

polietileno) para poder albergar la nueva red proyectada, transformación prohibida por el propio R.D.”

De ello se desprende, a juicio de este Consejo de Navarra que en el nivel de hipótesis que requiere el precepto, sea razonable considerar que, de haberse sacado a licitación un proyecto para la ejecución del proyecto exclusivamente mediante la apertura de zanjas para la sustitución de la antigua conducción, podrían haberse presentado más licitadores y haberse aceptado ofertas diferentes a la que resultó aprobada, ya que esa forma de ejecución del contrato requiere menor complejidad, menores exigencias técnicas y, por lo tanto, puede conllevar mejores propuestas económicas.

Por otra parte, el apartado 8 del artículo 114 de la LFCP establece unos límites que deben respetarse, aun cuando la modificación pretendida no afecte de modo sustancial al contenido contractual y aun cuando existan motivos de interés público que justifiquen la modificación. El primer límite es la exigencia de que las circunstancias sobrevenidas que justifiquen la modificación fueran imprevisibles para una entidad adjudicataria diligente, requisito que tampoco consideramos que concorra. En efecto, la causa de la modificación es la imposibilidad de realizar el contrato en los términos en los que el proyecto lo contemplaba, ya que era contraria a la normativa establecida por el Real Decreto 396/2006, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto. Una entidad adjudicataria diligente debió haber tenido en cuenta tal exigencia y su inobservancia puede considerarse, igualmente, tal y como invoca el adjudicatario, un error del proyecto que, al afectar a más del 20 por 100 del presupuesto del contrato, sería causa de resolución al amparo de lo establecido por el artículo 175.d) de la LFCP.

Por otra parte, hay que analizar si, tal y como invoca el Ayuntamiento de Bera, el contratista viene obligado a aceptar y ejecutar cualquier modificación siempre que el importe acumulado de las modificaciones, aisladas o en su conjunto, no excedan del 50 por 100 del importe de adjudicación.

Es cierto, tal y como ya hemos señalado, que el Pliego regulador del contrato en su punto 22 admitía la posibilidad de introducir modificaciones en el contrato por su remisión al artículo 114 de la LFCP y que el precepto establece que el importe acumulado de todas las modificaciones no podrá exceder en ningún caso del 50 por 100 del importe de la adjudicación.

Ahora bien, el artículo 114, en su apartado 3.b), no solo establece que la posibilidad de modificación del contrato se encuentre recogida en el Pliego, sino que además exige que el Pliego lo exprese de forma clara, precisa e inequívoca y que, además, determine el alcance y límites, con expresa imposición del porcentaje del importe de adjudicación del contrato al que como máximo puede afectar la modificación, exigencia que no se cumple en el pliego al que se refiere el presente dictamen.

Ante tal situación se debe acudir, como derecho supletorio, a la legislación de contratos del Sector Público que se recoge en la Ley /2017, de 8 de noviembre y que contiene una regulación más pormenorizada sobre las modificaciones contractuales que la que establece la LFCP, diferenciando con precisión entre modificaciones previstas en el pliego y modificaciones no previstas.

El artículo 204.1, que regula las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, limita tales modificaciones al 20 por 100 como máximo del precio inicial del contrato. Por su parte, el artículo 205 regula las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas, en las que junto a otro tipo de requisitos y exigencias se establece que esas modificaciones, cumpliendo los requisitos que el precepto establece, no podrán suponer una alteración en la cuantía del contrato que aislada o conjuntamente con otras modificaciones supere el 50 por 100 del precio inicial del contrato, IVA excluido.

Pero para tales casos, el artículo 206 establece los límites de obligatoriedad de las modificaciones para el contratista, estableciendo que en los supuestos contemplados en el artículo 205 las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias cuando impliquen aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20

por 100 del precio inicial del contrato, añadiendo que cuando la modificación no sea obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del contratista, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.

En definitiva, a juicio del Consejo de Navarra, conllevando la modificación contractual pretendida por el Ayuntamiento de Bera una modificación que supera el 20 por 100 del precio inicial del contrato, para su efectividad era necesario el consentimiento y aceptación del contratista y ante su negativa procede la resolución del contrato.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra informa desfavorablemente la propuesta de modificación de las obras de “Sustitución de arterias de abastecimiento de fibrocemento del casco urbano de Bera”, pretendida por el Ayuntamiento de dicha localidad.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.