

10. MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO DE OBRA ADJUDICADO PARA UNA AUTORIDAD PORTUARIA

Modificación de un contrato de obra adjudicado para una Autoridad Portuaria. Examen de la procedencia de dicha modificación desde la perspectiva jurídico-privada (al someterse los contratos de las Autoridades Portuarias al Derecho privado en cuanto a sus efectos y extinción) y desde la perspectiva jurídico-pública (al someterse la adjudicación de dichos contratos a los principios de publicidad y concurrencia) *.

ANTECEDENTES

1. El Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, en sesión celebrada el 12 de noviembre de 2002, resolvió adjudicar el contrato de obras para la ejecución del proyecto «Prolongación del Dique Reina Sofía» a la Unión Temporal de Empresas formada por «A», «B», «C» y «D.». El referido contrato se formalizó el 26 de diciembre de 2002, suscribiéndose el acta de comprobación del replanteo el 30 de diciembre siguiente.

2. Iniciada la ejecución del contrato y accediendo a los requerimientos formulados por diversas Administraciones Públicas –que habían solicitado a la Autoridad Portuaria de Las Palmas la paralización de las obras y el estudio de alternativas al proyecto–, el Consejo de Administración de la citada Entidad pública adoptó, en sesión celebrada el 10 de octubre de 2002, el siguiente acuerdo:

«Autorizar al Presidente para negociar con la UTE adjudicataria del contrato las modificaciones técnicas y jurídicas necesarias que permitan:

1.º Que la prolongación del Dique Reina Sofía sea la estricta y necesaria para abrigar los muelles de León y Castillo, en cualquier circunstancia de mar, sin cambiar la tipología del dique.

2.º Que las condiciones de acceso de embarcaciones sean lo más amplias posibles, no empeorando las condiciones actuales.

* Dictamen de la Abogacía General del Estado de 29 de octubre de 2004 (ref.: A. G. Fomento 15/04). Ponente: Luciano J. Mas Villarroel.

3.º Respeto de los derechos adquiridos por los adjudicatarios del contrato.

4.º Adecuación técnica y jurídica utilizada en la modificación contractual, al fin perseguido: el interés público.

5.º Respeto al ordenamiento jurídico y a las funciones y competencias reconocidas al Ente Público Puertos del Estado por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (modificada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre), particularmente en lo que se refiere a la aprobación técnica de la modificación que se acuerde [art. 26.1.d)].

6.º Acometer las modificaciones con la celeridad necesaria que permita no suspender las obras actualmente en ejecución en ningún momento.

Una vez realizadas estas negociaciones, la propuesta de modificación del contrato acordada será sometida, previo informe de la Abogacía del Estado acerca de su viabilidad jurídica, al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria de Las Palmas para su ratificación.»

3. De acuerdo con los oportunos estudios, la modificación del contrato reseñado en el apartado 1 supondría la reducción de las obras de prolongación del «Dique Reina Sofía» en unos 704 metros (al pasar de 1.192 metros previstos a 488 metros) y una correlativa disminución del presupuesto económico de ejecución del contrato del 46,38 por 100, pasando de 72.148.605,85 euros, a 38.685.059,88 euros. El resto sobrante del precio del contrato hasta completar el importe de la adjudicación, es decir, 33.463.545,98 euros, se abonaría a la Unión Temporal de Empresas adjudicataria por construir la obra denominada «Dique de la Esfinge», situado en la Península del Nido, previsto en el plan de inversiones vigente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas autorizado por el Ente público Puertos del Estado.

4. A petición del Presidente de la Autoridad Portuaria de Las Palmas y en relación con la posibilidad de negociar con la Unión Temporal de Empresas adjudicataria del contrato la modificación reseñada en el apartado anterior, subsistiendo el mismo vínculo contractual, la Abogacía del Estado en Las Palmas emitió, el 27 de febrero de 2004, un informe en el que se formula la siguiente conclusión:

«Esta Abogacía del Estado, de acuerdo con las consideraciones jurídicas expuestas, informa favorablemente la posibilidad de negociar con la UTE adjudicataria del contrato de la obra Prolongación del Dique Reina Sofía una modificación del proyecto técnico en los términos expuestos en el escrito de petición del presente informe.»

5. Solicitado informe a la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento por el Presidente del Ente público Puertos del Estado, a propósito de la conformidad a Derecho de la modificación del repetido contrato,

10 dicha Abogacía del Estado lo evacuó el 28 de septiembre de 2004, formulando la siguiente conclusión:

«Esta Abogacía del Estado considera que no resulta ajustada a Derecho la modificación que la Autoridad Portuaria de Las Palmas pretende introducir en el contrato para la prolongación del “Dique Reina Sofía”.»

En concreto, se estima que dicha modificación resulta contraria a los principios de publicidad y concurrencia, los cuales resultan de obligado cumplimiento en la contratación por las Autoridades Portuarias (art. 35.2 de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y art. 10 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones). En la Ley 48/1998, tales principios se recogen por transposición de las Directivas comunitarias, por lo que el expediente de modificación también resultaría contrario a lo establecido en ellas.

La vulneración de los principios de publicidad y concurrencia se ha producido, se estima, porque el efecto derivado del expediente de modificación no es una simple novación del contrato originario, sino el encargo al adjudicatario para que ejecute dos contratos sustancialmente distintos del que inicialmente se licitó. Para obtener este efecto, la Autoridad Portuaria debería convocar un nuevo concurso.

6. Ante la disparidad de criterio entre la Abogacía del Estado en Las Palmas y la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, esta última, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 del Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, formula consulta a la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Para la adecuada resolución de la cuestión planteada es necesario, ante todo, determinar el régimen jurídico al que, habida cuenta de las fechas de licitación y adjudicación de las obras de que se trata, debía ajustar su actividad contractual la Autoridad Portuaria de Las Palmas.

Con fundamento en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPMM) –art. 35, apartados 1 y 2–, y en las previsiones de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, este Centro Directivo examinó en un informe de 26 de febrero de 1996 (ref. A. G. Servicios Jurídicos Periféricos 12/1995) el régimen de contratación de las Autoridades Portuarias, estableciendo las siguientes conclusiones:

«Primera. Las Autoridades Portuarias están incluidas en el ámbito de aplicación subjetiva delimitado por el artículo 1.3 de la Ley 13/1995,

de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, por concurrir en aquéllas los requisitos exigidos por los apartados *a)* y *b)* de dicho precepto.

Segunda. Por razón de la actividad que les está encomendada, las Autoridades Portuarias están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, siéndoles, por tanto, de aplicación la disposición transitoria sexta.2 de la Ley 13/1995.

Tercera. Como consecuencia de lo anterior, y hasta tanto se produzca la incorporación a la legislación española del contenido de la Directiva 93/98/CEE, las Autoridades Portuarias continuarán rigiéndose en su actividad contractual por lo dispuesto en el artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, lo que se traduce en la aplicación del ordenamiento jurídico privado, aunque sujetándose a los principios de publicidad y libre concurrencia propios de la contratación administrativa.

[...]»

Promulgada la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 14 de julio de 1993, y la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, este Centro Directivo emitió, el 8 de marzo de 1999 y a propósito del régimen jurídico al que debe someterse la contratación de las Autoridades Portuarias (y del Ente Público Puertos del Estado), un informe (ref. A. G. Servicios Jurídicos Periféricos 1/99) en el que se formularon las siguientes conclusiones:

«Primera. Los contratos celebrados por el Ente Público Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias que en principio estén incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, pero cuyos importes sean inferiores a los establecidos en el artículo 8 de dicha Ley, se regirán por el ordenamiento jurídico privado, de acuerdo con lo previsto en los artículos 24.2 y 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, si bien deberán someterse en todo caso, conforme a los mismos preceptos, a los principios de publicidad y concurrencia, salvaguarda del interés general y homogeneización del sistema de contratación en el sector público.

Segunda. Los contratos celebrados por Puertos del Estado y por las Autoridades Portuarias que estén incluidos en el ámbito de aplicación de la citada Ley 48/1998, conforme a sus artículos 3 y 5, y cuyos importes sean iguales o superiores a los señalados en el artículo 8 de la citada Ley estarán sometidos a los procedimientos de adjudicación y demás extremos regulados por la misma y, en lo no previsto por ella, al ordenamiento jurídico privado.»

Sentadas las anteriores conclusiones, ha de entenderse que al contrato de obras de que aquí se trata le son de aplicación las previsiones de la Ley 48/1998. En efecto, se cumple tanto la condición determinante de la aplicación subjetiva de la citada ley que establece su artículo 2.1.a) –al ser la Autoridad Portuaria de las Palmas una «Entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente de cualquiera de las Administraciones Públicas incluidas en el artículo 1.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas o de sus Organismos Autónomos»–, como la condición determinante de la aplicación objetiva del referido texto legal que establece su artículo 3.b) y que, bajo la rúbrica de «actividades incluidas», dispone que «a los efectos de esta ley se consideran actividades relacionadas con el agua, la energía, los transportes, las telecomunicaciones, quedando incluidas en su ámbito de aplicación, las siguientes: [...] b) la explotación de una zona geográfica determinada para la realización de alguna de las actividades siguientes: [...] ii) puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales de los aeropuertos, puertos marítimos o interiores u otros terminales de transporte». Por otra parte, y partiendo de lo anterior, no cabe duda de que el contrato de obras de que aquí se trata está comprendido dentro de los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 48/1998 que enumera su artículo 5.a), así como que dicho contrato está incluido entre los previstos en el artículo 8.2.c) del repetido texto legal por rebasar su importe la suma de 836.621.683 pesetas.

Así las cosas, y a la vista de las conclusiones sentadas en los informes de este Centro Directivo de que se ha hecho mención antes, en particular, del segundo de dichos informes, ha de entenderse que el régimen jurídico del contrato de obras de que aquí se trata es el siguiente: 1) Dicho contrato está sometido a las reglas que sobre procedimientos de adjudicación establece la Ley 48/1998; 2) El repetido contrato está sometido, en cuanto a su régimen de fondo (efectos y extinción), al ordenamiento jurídico privado, dado que el citado texto legal no contiene previsiones sobre este extremo, es decir, no determina el carácter administrativo o privado de los contratos a que afecta; sólo cuando dichos contratos tengan una cuantía igual o superior a las establecidas en el artículo 8 se someten al régimen especial que instaura la propia Ley 48/1998 sobre publicidad y selección del contratista, así como al régimen de impugnaciones que establece en caso de infracción a lo dispuesto en ella.

II. Determinado en la forma que acaba de indicarse el régimen jurídico al que se somete el contrato de obra a que se refiere el presente informe y puesto que, según lo dicho, es aplicable al mismo el ordenamiento jurídico privado en cuanto a su régimen jurídico de fondo (efectos y extinción), no cabe duda de que, desde la perspectiva estrictamente jurídico-privada, sería admisible la modificación acordada por la Autoridad Portuaria de Las Palmas por vía de novación del contrato adjudicado por dicha Entidad Pública prestando para ello su consentimiento la adjudicataria del contrato.

En efecto, aunque el artículo 1.156 del Código Civil (CC) enumere a la novación como causa extintiva en las obligaciones, es criterio doctrinal y jurisprudencial unánime que la novación actúa también como figura modificativa y no sólo extintiva de las obligaciones y, por extensión, de los contratos; a este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede sintetizarse en las siguientes reglas o criterios:

1. «Lo normal es que exista novación modificativa no extintiva, pues esta última se configura como excepcional en los artículos 1.203, 1.204 y 1.207 del CC, y ello porque la novación no se presume nunca y debe constar de forma expresa; por lo que no puede declararse en virtud de presunciones únicamente, por muy razonables que sean –sentencia de 11 de febrero de 1965–. Por consiguiente, hay que estimar novadas de un modo puramente modificativo, no extintivo, las obligaciones en las que se expresa o tácitamente se modifican por acuerdo bilateral las condiciones primitivamente establecidas» (Sentencia de 23 de julio de 1991).

2. «Para estimar la existencia de una novación modificativa basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla, sin necesidad de constancia de carácter documental y es por ello por lo que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido también con harta reiteración y de la que son muestra las sentencias de 16 de febrero de 1983, 4 de junio y 21 de diciembre de 1985 y 10 de julio y 8 de octubre de 1986, que las cuestiones relativas a la apreciación de hechos determinantes de la novación es facultad propia de la Sala sentenciadora en la instancia» (Sentencia de 26 de enero de 1988).

3. «El concepto romano de novación está ampliado considerablemente en el Derecho español, que incluye dentro de aquél no sólo la figura tradicional de la novación extintiva, sino también la modificación convencional de las obligaciones (la llamada novación impropia o modificativa) y el deslinde entre una y otra ha de hacerse teniendo en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduzca en la obligación de tal modo que si ésta subsiste, pero varía alguna de sus condiciones principales, permitiendo el vínculo, aunque modificado, se produce la novación impropia» (Sentencia de 16 de febrero de 1983).

4. «Según tiene declarado esta Sala, en casos dudosos se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la novación modificativa y no la extintiva de la obligación» (Sentencia de 29 de enero de 1982).

Admitida, a la vista de la jurisprudencia de que se ha hecho mención, la figura de la novación impropia o simplemente modificativa de una obligación preexistente, constituyendo dicha novación impropia la regla o norma general, no cabe apreciar ningún impedimento jurídico para que las partes que han dispuesto la autorregulación de sus respectivos intereses mediante el otorgamiento del oportuno contrato puedan, en aplicación del principio general de autonomía de la voluntad que sanciona el artículo 1.255 del CC,

10 introducir en dicho contrato, subsistiendo el mismo vínculo contractual, las modificaciones que tengan por conveniente novando impropriadamente de esta forma aquél.

Así las cosas, y puesto que la relación contractual que media entre la Autoridad Portuaria de las Palmas y la Unión Temporal de Empresas adjudicataria de las obras se rige, según lo indicado en el fundamento jurídico precedente por el ordenamiento jurídico-privado en cuanto a sus efectos y extinción, no habría inconveniente alguno, desde esta perspectiva jurídico-privada, en que, mediando el consentimiento de ambas partes, se modifícase el contrato de obras para la ejecución del proyecto «Prolongación del Dique Reina Sofía» en los términos pretendidos.

III. Si, según lo razonado, no existe, desde el punto de vista jurídico-privado, ningún impedimento para que válidamente se efectúe la modificación reseñada en el antecedente 3.º del presente informe, debe examinarse todavía si lo anterior es jurídicamente posible desde la perspectiva jurídica-pública que comportan las exigencias que establece la antes citada Ley 48/1998, de 30 de diciembre, respecto de los contratos sometidos a un ámbito de aplicación.

En efecto, como se ha indicado en el fundamento jurídico I del presente informe, la Ley 48/1998 no prejuzga el carácter administrativo o privado de los contratos a que afecta; ahora bien, dicho texto legal, tratándose, como es del caso, de contratos cuyos importes sean iguales o superiores a los fijados en su artículo 8, los somete a determinados procedimientos de adjudicación y selección de los contratistas, implantando, en lo que aquí importa, el mismo principio general que inspira el régimen de contratación que disciplina la entonces Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y actualmente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), cual es el principio de publicidad y concurrencia; en este sentido, el artículo 10 de la Ley 48/1998 dispone lo siguiente:

«Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia salvo las excepciones en ella previstas y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación.»

En el ámbito de la contratación pública, esto es, en el ámbito de los contratos administrativos, los principios de publicidad y concurrencia (cfr. art. 11.1 del TRLCAP) comportan una limitación o, al menos, una modulación del *ius variandi* o potestad de modificación del contrato que asiste al órgano de contratación (cfr. art. 101 del TRLCAP).

Ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo (*vid.*, por todas, sentencia de 28 de febrero de 1989, Ar. 1461, bien que esta resolución judicial no se refiere propiamente a los mencionados principios) declara improcedente el ejercicio del *ius variandi* cuando con ello se afecte a las estipulaciones

esenciales del contrato o, lo que es lo mismo, cuando por consecuencia del ejercicio de esa potestad se altere en lo sustancial el contrato. Así, en su fundamento de derecho segundo se dice lo siguiente:

«[...] por otra parte, no se ha de olvidar que, si bien el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado y su correlativo artículo 50 del Reglamento General de Contratos del Estado conceden al órgano de contratación la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, –cual es el de actual referencia–, así como resolver las dudas que ofrezca en cumplimiento, pudiendo incluso modificar, por razones de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución, sin embargo ello ha de hacerse –como dichos preceptos establecen– dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos establecidos en la citada normativa jurídica, sin que ello quiera decir que tal modificación unilateral puede afectar a las estipulaciones esenciales del contrato [...]»

Más particularmente, y ya con referencia a los principios de publicidad y concurrencia, es doctrina reiterada del Consejo de Estado que la introducción de alteraciones sustanciales en los objetos de los contratos infringe los principios de publicidad y concurrencia.

El dictamen del Alto Cuerpo Consultivo núm. 2582/1995, de 1 de febrero de 1996, con cita del dictamen núm. 1508/1993, de 10 de febrero de 1994, declara lo siguiente:

«Como viene reiterando este Alto Cuerpo Consultivo, resulta esencial 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 habría de ejecutarse y hasta suponer, en rigor, la existencia de un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación.

En análogo sentido se pronuncian, entre otros muchos, los dictámenes de 26 de septiembre de 1991, núm. 1021/1991 y 23 de enero de 1992, núm. 1629/21.

Fácilmente se comprende que la introducción de profundas modificaciones en los objetos de los contratos, sin dar lugar a ninguna licitación (al adjudicarlos al contratista que ha comenzado ya a ejecutar el proyecto original) puede lesionar los principios de publicidad y concurrencia consagrados por el legislador (arts. 13 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y 11.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas).»

En el dictamen núm. 79/1993, de 1 de abril de 1993 se dice, en el mismo sentido, lo siguiente:

«Como ha recordado el Consejo en numerosos dictámenes, la legislación sobre contratos del Estado limita la potestad de la Administración para modificar proyectos de obras y, como consecuencia de tal

modificación, el contrato mismo. Concretamente, el artículo 149 del Reglamento General de Contratación del Estado dispone que la Administración sólo podrá acordar modificaciones en el proyecto de obras cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al elaborar el proyecto...

El sometimiento a cauces estrictos del *ius variandi* de la Administración tiene su razón de ser precisamente en las salvaguardas del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración pueda variar tales condiciones en determinadas circunstancias y por razones de interés público llevan a admitir el citado *ius variandi* de la Administración pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar, como se dice, la indebida alteración del referido principio de licitación pública. La adjudicación al contratista originario de la ejecución de proyectos modificados comporta de esta manera una excepción a la exigencia de concurrencia pública en la adjudicación de los contratos administrativos y como tal debe ser interpretada...»

Recalcando la idea de que no es posible introducir, por vía del ejercicio del *ius variandi*, modificaciones de tal entidad que se equiparen a un contrato nuevo, deben traerse a colación los dictámenes núms. 5473/1990, de 28 de junio de 1990 y 1254/1993, de 21 de octubre de 1993.

En el primero de dichos dictámenes se dice:

«Las causas de celeridad y economía que explican y amparan la derogación parcial del principio de concurrencia en que consiste la prerrogativa de modificación unilateral del contrato pierden su razón de ser cuando aquella alteración adquiere tal magnitud que se equipara a un contrato nuevo.»

En el segundo, el Alto Cuerpo Consultivo declara:

«En el presente caso, como se deduce del contenido del proyecto, se trata en realidad de una variación en la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habrían de ejecutarse; se trata en fin de un proyecto nuevo, lo que ha de dar lugar a un expediente nuevo de contratación, y en definitiva a un contrato administrativo distinto [...] La aparición de necesidades nuevas no puede justificar la adjudicación de todo un nuevo contrato administrativo con quiebra de los principios de publicidad y concurrencia [...]»

La doctrina mantenida por el Consejo de Estado es, finalmente, la misma que sostiene la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Así, y reiterando el criterio mantenido en su informe núm. 48/1995, de 21 de diciembre, en su informe núm. 52/2000, de 5 de marzo de 2001, se dice lo siguiente:

«Dejando aparte que las modificaciones que se pretende introducir no parecen tener un encaje adecuado en el artículo 74 de la Ley de

Contratos del Estado y en el artículo 164 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, lo cierto es que, como ya declaró esta Junta en su informe de 21 de diciembre de 1995, posteriormente reproducido en el de 17 de marzo de 1999 (expedientes 48/1995 y 47/1998) hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos, puesto que “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato [...] la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce [...]”.

Pues bien, si, en relación con los contratos administrativos y a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, más concretamente, de la doctrina del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, los principios de publicidad y concurrencia a que aquellos contratos están sometidos tienen por consecuencia el efecto de impedir alteraciones sustanciales de aquellos contratos, es decir, alteraciones que por su magnitud o entidad han de equipararse a un contrato nuevo, este mismo criterio ha de entenderse aplicable a los contratos incluidos, como es del caso, en el ámbito de aplicación de la citada Ley 48/1998, desde el momento en que estos últimos han de ajustarse, por expresa prescripción legal (art. 10 de dicho texto legal) a los principios de publicidad y concurrencia, y ello aunque se trate de contratos sometidos, en cuanto a sus efectos y extinción, al ordenamiento jurídico-privado. En efecto, no tendría sentido alguno que los principios de publicidad y concurrencia impidan que se introduzcan modificaciones sustanciales (a ejecutar por los adjudicatarios de los contratos originarios que son objeto de esas modificaciones) en los contratos administrativos y, en cambio, que permitan la introducción de modificaciones de ese carácter (a ejecutar también por los adjudicatarios de los contratos originarios objeto de esas modificaciones) en contratos sometidos igualmente, pese a regirse por el ordenamiento jurídico-privado en cuanto a sus efectos y extinción, a los repetidos principios de publicidad y concurrencia; entender lo contrario y admitir que en estos últimos contratos son posibles modificaciones de ese carácter (a ejecutar por los adjudicatarios de los contratos originarios) equivaldría a desconocer y dejar sin valor alguno tales principios. En definitiva, y dicho en otros términos, el efecto o consecuencia que se derivaría de la caracterización jurídico-privada del contrato de que aquí se trata –modificabilidad del objeto del mismo, aun de carácter sustancial, por mutuo acuerdo de ambas partes– queda limitada y, en rigor, excluida por razón de las exigencias que comporta la funcionalidad de los repetidos principios de publicidad y concurrencia que, de esta forma se sobreponen a la regla, propia de toda relación contractual, de modificabi-

10 lidad del objeto del contrato por acuerdo de las partes que lo otorgaron, prevaleciendo sobre la misma.

IV. Partiendo de la anterior premisa, resulta obligado examinar si la modificación pretendida del contrato de obras para la ejecución del proyecto «Prolongación del Dique Reina Sofía» entraña una alteración sustancial del mismo, ya que, de ser ello así, no sería jurídicamente admisible tal modificación que, en consecuencia, resultaría no ajustada a Derecho.

A juicio de este Centro Directivo, y atendiendo a una ponderación de conjunto de tal modificación, el anterior interrogante merece una contestación afirmativa, entrañando efectivamente esa modificación una alteración sustancial.

En efecto, la modificación del contrato supone:

1. La minoración o reducción de las obras de prolongación del «Dique Reina Sofía». Así, la prolongación de este dique, originariamente prevista en 1.192 metros, queda reducida a 488 metros, lo que supone una minoración superior al 50 por 100.

2. La ejecución de un dique distinto del previsto en el contrato originario cual es el «Dique de La Esfinge», situado en un emplazamiento diferente –Península del Niño–.

Así las cosas, parece indudable que la modificación pretendida es una alteración esencial, tanto en el aspecto cuantitativo (por consecuencia de la magnitud o entidad de la reducción de la longitud del «Dique Reina Sofía») como en el aspecto cualitativo (por cuanto que no puede reputarse como una modificación de escasa entidad la construcción, por parte del adjudicatario del contrato, de un dique no contemplado en el contrato, como es el «Dique de La Esfinge», situado, además, en un emplazamiento diferente). En cuanto a esto último, es decir, que se trata de una alteración sustancial desde el punto de vista cualitativo, este aserto no queda desvirtuado, en opinión de este Centro Directivo, por la afirmación de que el nuevo dique («Dique de La Esfinge») es una obra de idéntica tipología que la del «Dique Reina Sofía», afirmación que se sustenta en la consideración de que la ejecución de ese nuevo dique consiste, al igual que la ejecución del «Dique Reina Sofía», en el empleo de cajones cimentados a la cota -26 y de 24 metros de manga, razón por la que sólo aparecen en el modificado seis nuevos precios contradictorios. En efecto, como acertadamente se dice en el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, lo que concreta o singulariza una obra no es la técnica constructiva ni tampoco los materiales que en ella se hayan de utilizar, sino el proyecto que la define o concreta; pues bien, basta tener en cuenta que, si al hecho de que la longitud del «Dique Reina Sofía» se reduce en más de un 50 por 100, se añade que en el proyecto y contrato originario no se preveía la construcción de un segundo dique («Dique de La Esfinge»), no podrá negarse que se produce una modificación o alteración sustancial en el aspecto –cualitativo– de definición o determinación del objeto del contrato.

Tampoco desvirtúa el criterio, implícito en cuanto se lleva dicho, de que los principios de publicidad y concurrencia quedan conculcados por consecuencia de la modificación del contrato que se pretende la consideración de que dicha modificación no da lugar a la asunción, por parte de la Autoridad Portuaria de Las Palmas, de un nuevo o mayor compromiso de gasto (al reducirse la longitud del «Dique Reina Sofía, de 1.192 metros a 488 metros, el coste de ejecución de esta obra pasa de 72.148.605 euros –importe de la adjudicación– a 38.685.059,88 euros, destinándose la diferencia entre ambas cantidades –33.463.545,98 euros– a la construcción, por la misma empresa adjudicataria, del segundo dique, es decir, del «Dique de La Esfinge»).

El principio de concurrencia y, como principio instrumental del mismo, el principio de publicidad persiguen no sólo la finalidad de garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la Administración, sino también proteger los intereses económicos de la Administración suscitando la máxima competencia posible: al promoverse la competencia, y como efecto propio de ello, la Administración podrá conseguir normalmente la ejecución de los contratos por precios inferiores. Siendo ésta la funcionalidad de los principios indicados, éstos no han de quedar referidos propiamente al objeto de cada contrato y a su precio, ya que, siendo dicho precio el elemento definidor, en el plano económico, de la obra, es el conocimiento de dicho precio lo que permite a los interesados evaluar sus posibilidades de competir por adjudicación y ejecutar el contrato (siendo lo razonable y previsible que cuanto más reducido sea el precio mayor será el número de empresas que estarán en condiciones de acudir al oportuno procedimiento de selección de contratistas). Así las cosas, la exigencia de que los principios de publicidad y concurrencia queden referidos al objeto de cada contrato y, por esta vía, al precio del mismo, se justifica, como indica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los informes de la misma de que se ha hecho referencia, en la consideración de que, una vez sacado a licitación un contrato y adjudicado éste, los licitadores distintos del adjudicatario podrían haber modificado sus proposiciones sin hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produjo. Partiendo de lo anterior –referencia de los repetidos principios al objeto y precio de cada contrato–, no puede desconocerse, como se indica en el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Fomento, que, dando lugar la modificación que se pretende a la ejecución de dos obras –«Dique Reina Sofía» y «Dique de La Esfinge»– y puesto que el precio de cada una de estas obras (38.685.059,88 euros el «Dique Reina Sofía» y 33.463.545,98 euros el «Dique de La Esfinge») es inferior al precio que se publicó (el del contrato originario, 72.198.605,85 euros) no puede descartarse que si se hubiese convocado un procedimiento de selección de contratistas para cada una de esas dos obras por separado, otras empresas distintas de las que en su día licitaron por el contrato originario se habrían presentado en esos procedimientos de selección, e incluso los licitadores distintos del adjudicatario podrían haber modificado sus

10 proposiciones si hubieran conocido la modificación que se propone, todo lo cual conduce a entender que la modificación que se pretende realizar no resulta conforme con las exigencias que postulan los repetidos principios de publicidad y concurrencia.

Llegados a este punto, queda por examinar si la anterior conclusión queda desvirtuada por la invocación del principio de salvaguarda del interés del organismo a que se refiere el artículo 35 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, precepto que, al señalar los principios a los que han de ajustarse en una actividad contractual las Autoridades Portuarias, enumera, junto a los principios de publicidad y concurrencia, el de salvaguarda del interés de la Entidad Pública.

En relación con esta cuestión, en el informe de la Abogacía del Estado en Las Palmas se dice lo siguiente:

«En el caso concreto que ahora nos ocupa, el respeto al principio de salvaguarda del interés del organismo exige encauzar jurídicamente la modificación del proyecto inicialmente adjudicado por la vía de la novación objetiva impropia del vínculo contractual existente, sin convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación. Sólo así se protegen adecuadamente los intereses de la Autoridad Portuaria, que optimizaría el precio del contrato que mereció la consideración de mejor oferta presentada (y que, no lo olvidemos, supuso una baja del 16,51 por 100 respecto del presupuesto de licitación –baja que ha de entenderse asimismo trasladada a la ejecución de las obras de la segunda fase del Dique de La Esfinge–) y que evitaría el pago de una eventual indemnización de daños y perjuicios a la UTE adjudicataria por desistimiento parcial del contrato.»

A juicio de este Centro Directivo, y aun siendo *prima facie* atendible la argumentación empleada por la Abogacía del Estado en Las Palmas, el principio de «salvaguarda del interés del organismo» no permite amparar la modificación que se pretende, y ello en razón de las consideraciones que seguidamente se exponen.

En primer lugar, no cabe apreciar una antítesis entre los principios de publicidad y concurrencia, de una parte, y el principio de salvaguarda del interés del organismo, de otra parte, en términos tales que este último principio permita llegar a un resultado contrario a dichos principios de publicidad y concurrencia y proscrito por éstos, cual es la modificación o alteración sustancial del contrato. En efecto, los principios de publicidad y concurrencia se orientan, en realidad, en la misma dirección del principio de salvaguarda de los intereses económicos, ya que, como se ha dicho antes, esos dos primeros principios tienen también por objeto proteger los intereses económicos de la Administración: al dar lugar estos principios a que se suscite la máxima competencia posible, y como efecto propio de ello, la Administración conseguirá normalmente la ejecución de los contratos por precios inferiores. Deben, pues, interpretarse los principios de

publicidad y concurrencia y el principio de salvaguarda de los intereses económicos del organismo como principios integrados en una regla única, y no como principios distintos que recíprocamente se excluyan o limiten. No cabe, por tanto, contraponer los principios de publicidad y concurrencia y el principio de salvaguarda de los intereses económicos y resolver dicha contraposición dando primacía a este último.

En segundo lugar, y teniendo en cuenta que en estos supuestos de modificación esencial del contrato es necesaria, como indica la doctrina del Consejo de Estado a que se ha hecho referencia, la incoación de un nuevo expediente de contratación y la adjudicación de un nuevo contrato, previa resolución (o desistimiento parcial) del contrato originario, no cabe duda de que de ello se siguen perjuicios al interés público (consecuencias económicas derivadas de la resolución del contrato originario o desistimiento parcial). Ahora bien, como tiene declarado reiteradamente el Consejo de Estado (*vid*, por todos, dictámenes 1254/1993, de 21 de octubre de 1993 y 4350/1997, de 6 de noviembre de 1997) «por lo que se refiere a los perjuicios y efectos contraproducentes que el interés público pueda ocasionar el hecho de ser necesario adjudicar un nuevo contrato, previa resolución del anterior, debe señalarse que tales perjuicios son connaturales a la propia Ley de Contratos del Estado y se justifican en el interés general que la Ley trata de proteger, como es el de la libre y pública licitación en los contratos administrativos». Pues bien, si en el ámbito de las Administraciones Públicas sometidas en su actividad contractual a las previsiones del TRLCAP esos perjuicios al interés público –resultantes como se ha dicho de la necesidad de adjudicar un mero contrato, previa resolución del anterior– son connaturales al propio TRLCAP, es decir, resultan plenamente admisibles y se justifican precisamente en el interés general, como es el de la publicidad y concurrencia en la licitación de los contratos, esos mismos perjuicios han de resultar también admisibles en la contratación de unas Entidades Públicas, como son las Autoridades Portuarias, desde el momento en que para éstas rigen también, y de forma inexcusable, los principios de publicidad y concurrencia que son los que justifican la causación de esos perjuicios; entender lo contrario, y admitir que en el caso de las Autoridades Portuarias la evitación de esos perjuicios postula que no se proceda en la forma indicada (es decir, no incoando un nuevo expediente de contratación y, por tanto, no adjudicando, previa resolución del anterior contrato, uno nuevo) daría lugar a un tratamiento desigualitario, carente de justificación objetiva y razonable, máxime cuando en el ámbito de las Administraciones y Entidades Públicas sometidas en su actividad contractual a las prescripciones del TRLCAP –y que igualmente persiguen la satisfacción de los respectivos intereses públicos que les están encomendados– rige también el principio de salvaguarda del interés (público) que gestionan y tutelan (sea implícitamente a través de los principios de publicidad y concurrencia que, se insiste, se orientan en la misma dirección que el principio de «salvaguarda del interés de la Entidad» a que alude el artículo 35.2 de

- 10** la LPMM, sea explícitamente a través del principio de buena administración –art. 4 del TRLCAP–, homólogo del principio de «salvaguarda del interés de la Entidad»).

En tercer lugar, y finalmente, para la hipótesis, que sólo se considera a efectos dialécticos, de que, contrariamente a lo indicado, se entendiese que el principio de «salvaguarda de la Entidad» a que alude el artículo 35.2 de la Ley 27/1992 se sobrepone a los principios de publicidad y concurrencia, primando sobre éstos, no puede descartarse la posibilidad de que, habiendo supuesto la oferta de la UTE adjudicataria del contrato una baja del 16,51 por 100, si se hubiese procedido a la incoación de un nuevo expediente de contratación y a la adjudicación de un nuevo contrato con su correspondiente procedimiento de licitación, se hubieran obtenido bajas de igual cuantía (161,51 por 100) o, tal vez, mayores.

En suma, teniendo, según se ha razonado, la modificación del contrato carácter esencial, y a la vista del criterio mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, más particularmente, por la doctrina del Consejo de Estado y de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre los límites que a la posibilidad de modificar los contratos resultan de los principios de publicidad y concurrencia, entiende este Centro Directivo que la modificación, en los términos indicados en el antecedente 3.º del presente informe, del contrato de obras para la ejecución del proyecto «Prolongación del Dique Reina Sofía» no es ajustado a Derecho.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La modificación que, en los términos indicados en el antecedente 3.º del presente informe, se pretende introducir en el contrato de obras para la ejecución del proyecto «Prolongación del Dique Reina Sofía» no es ajustada a Derecho al infringir los principios de publicidad y concurrencia que sancionan el artículo 35.2 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y el artículo 10 de la Ley 48/1998, de 30 de diciembre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 14 de julio de 1993, y la Directiva 92/13/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992.