

Dictamen n.º: **171/10**
Consulta: **Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte
y Portavoz del Gobierno**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **23.06.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 23 de junio de 2010, sobre consulta formulada por Excmo. Sr. Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 13.1.f) 4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre modificación del contrato de obras de construcción de la Tercera Ciudad Deportiva “Espartales” Fase I, de Alcalá de Henares, adjudicado a la empresa A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 27 de mayo de 2010 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen firmada por el Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deporte y Portavoz de Gobierno, sobre la modificación del contrato antes referido. Admitida a trámite dicha solicitud, se le procedió a dar entrada con el número 161/10, comenzando a partir de tal fecha el plazo para la emisión del dictamen, en aplicación del artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Su estudio ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excma. Sra. Consejera Rosario Laina Valenciano, que

firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 23 de junio de 2010.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente resultan de interés los siguientes hechos:

1.- El Ayuntamiento de Alcalá de Henares convocó a través del consorcio urbanístico Espartales Sur un concurso abierto de ideas de arquitectura para la construcción de la tercera ciudad deportiva Municipal de Alcalá de Henares en el año 2001. La actuación objeto del concurso se desarrollaría en una parcela de propiedad municipal perteneciente al Plan Parcial “Los Espartales Sur” con una superficie de 171.806,05 m².

El fallo del concurso se produjo en mayo de 2001, encargándose a los arquitectos ganadores del mismo la redacción del proyecto básico de la primera fase. Así el Ayuntamiento de Alcalá de Henares en sesión de la Junta de Gobierno Local de 30 de diciembre de 2005 acordó la adjudicación a dichos arquitectos, mediante procedimiento negociado sin publicidad de la *“Redacción de la documentación técnica del Plan Especial, Estudios Previos, áreas funcionales de los espacios cubiertos de uso relacionado con el agua, administraciones, servicios centrales, instalaciones polideportivas, vallado perimetral, y espacios descubiertos de uso relacionado con el agua a desarrollar sobre la parcela de la III Ciudad Deportiva “Espartales” de Alcalá De Henares”*, El Plan Especial Los Espartales Sur, objeto del encargo anteriormente reseñado fue aprobado definitivamente el 19 de septiembre de 2006.

Una vez redactadas las ordenanzas del Plan Especial, se procedió a la elaboración del proyecto de ejecución, que fue supervisado por la Oficina de Supervisión de Proyectos de la entonces Consejería de Cultura y Deportes, que emite informe favorable, el 17 de enero de 2007.(folio 003 -003 del expediente administrativo).

2.-Con fecha 4 de julio de 2007, el Consejero de Deportes dirige un escrito al Alcalde de Alcalá de Henares en el que se solicita se estudie la cesión de terrenos a la Comunidad de Madrid, al objeto de realizar las obras de la Ciudad Deportiva (folio 4B.1 del expediente administrativo). En respuesta a esta solicitud, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento acordó en sesión de 17 de julio de 2007 ceder mediante mutación demanial a la Comunidad de Madrid una parcela de titularidad municipal afectada a la construcción de la primera fase de la Ciudad Deportiva, comunicándolo a la Comunidad de Madrid mediante escrito del día siguiente (folio 4D 001 del expediente administrativo).

Esta cesión se recogería en la Orden de la Consejería de Hacienda de 21 de abril de 2008, que obra al folio 21B-002 del expediente administrativo.

3.- Siguiendo con el desarrollo del proyecto, el Consejero de Deportes de la Comunidad de Madrid aprobó, mediante Orden de 22 de enero de 2008, el proyecto de ejecución de las obras de construcción de la tercera ciudad deportiva “Espartales” Fase I en Alcalá de Henares, con un importe de licitación de 24.999.058,24 €.

Esta fase primera comprende las instalaciones deportivas previstas en los terrenos situados en su mayor parte del Área Este del sector.

Para llevar a efecto las obras se convocan tres concursos mediante su publicación en el BOCM del 29 de abril de 2008: la construcción de la obra, que es el contrato respecto de cuya modificación se solicita el presente dictamen, la Dirección por Arquitecto Superior, y la Dirección de Ejecución y Coordinación en materia de seguridad y salud.

4.- Tal y como se indica en informe de fecha 20 de octubre de 2008 de la Dirección General de Deportes (folio 105-001 del expediente administrativo), ante la complejidad del proyecto, en mayo de ese mismo año 2008, es decir con carácter previo a la adjudicación del contrato, se

encarga a una empresa especializada en control de proyectos y obras de edificación la realización de los trabajos de control del proyecto de construcción de la Ciudad Deportiva. El informe encargado se divide en cuatro apartados, relativos a la revisión de la documentación geotecnia y de las soluciones de cimentación, que se emite el 12 de junio de 2008, al control de proyecto de la estructura, que se emite el 3 de julio, al control de las especificaciones de proyecto relativas a las unidades de arquitectura, que es emitido el 24 de julio de 2008 y sobre la revisión del proyecto de instalaciones, que se emite el día 31 del mismo mes, esto es, antes de la adjudicación del contrato.

Se ponen de relieve una serie de deficiencias, y en concreto y por lo que se refiere a las relacionadas con las causas de modificación del contrato, se señala: *“De acuerdo con las comprobaciones realizadas y los resultados obtenidos, que han sido comentados en el anterior apartado de este informe, podemos indicar que en general el proyecto de instalaciones debería adaptarse al Código Técnico de la Edificación dado que, aunque se indica que se ha seguido dicha norma, los cálculos se han realizado de acuerdo a normas anteriores”* (folio 103-020 del expediente administrativo).

Asimismo en relación con las condiciones de seguridad de los materiales elegidos para la realización de las obras se pone de manifiesto en el informe de 3 de julio de 2008 que no se indica nada respecto del tratamiento anticorrosión de la chapa de la estructura metálica del edificio, lo que resulta capital dado su contacto con el agua y teniendo en cuenta su compatibilidad con las eventuales medidas en materia de protección de incendios (folio 101-029 del expediente).

En relación con estos informes de control, la Dirección General de Deportes emite a su vez informe a modo de conclusión, con fecha 20 de octubre de 2008, incorporado a los folios 105-001 a 04 del expediente

administrativo, en el que se resumen las deficiencias detectadas en el proyecto inicial. En concreto se manifiesta que “ *a la vista de todo lo expuesto, el proyecto de ejecución referido en el encabezamiento de este informe, debería sufrir una modificación en profundidad para adaptarlo a todas las recomendaciones recogidas en los informes emitidos por B y, además solucionar todas las omisiones que contienen los distintos documentos del citado proyecto*”

Por su parte, el contrato de obras de construcción de la tercera ciudad deportiva “Espartales” Fase I en Alcalá de Henares, fue adjudicado mediante Orden del Consejero de Deportes de 19 de agosto de 2008, a la empresa A, por el precio de 18. 799. 291, 79 €, con carácter plurianual, distribuyéndose la ejecución del mismo en cuatro anualidades del 2008 al 2011 (folio 081-004 del expediente administrativo).

Debe señalarse que en el pliego de cláusulas administrativas correspondiente a la licitación del contrato de obras, se contempla la modificación del mismo en su cláusula 28 (folio 080-023).

Una vez constituida la correspondiente garantía por importe de 751.971,67 €, el 4 de septiembre de 2008 se firma el contrato entre la adjudicataria y la Comunidad de Madrid (folios 087-del 003 al 007 del expediente administrativo), procediéndose a la comprobación del replanteo el día 2 de octubre de 2008.

5.- Una vez adjudicado el contrato consta otro informe de control sobre el proyecto, elaborado en octubre de 2008 (no consta la fecha exacta, ni tampoco la fecha del encargo), a solicitud de la Dirección General de Deportes por la empresa C (folios 106-001 a 117). Igual que en el caso del informe de control del proyecto, consta en el expediente un informe de la Dirección General de Deportes de octubre del 2008, también en este caso sin fecha, sobre el estudio de gestión, idoneidad, y viabilidad económico financiera del proyecto (folios 107- 001 a 010).

En este informe se resumen una serie de deficiencias puestas de manifiesto en el informe elaborado por la empresa antes indicada, en concreto por lo que se refiere a las distancias entre dependencias, inadecuación de las dimensiones de la zona de aguas y sus vestuarios, inadecuación de las instalaciones de administración, así como de la zona médica, concluyendo que *“con un redimensionamiento de espacios, usos, accesos, y filtros de usuarios podría incidirse muy notablemente en los costes de la explotación del Complejo, en la obtención de más del doble de los ingresos estimados con el actual modelo, obtener mayor inversión privada en la Ciudad Deportiva que ayude a financiar la obra, lograr que el Ayuntamiento obtenga asimismo una compensación por la gestión indirecta del servicio a través de un tercero y por último lograr la máxima de que la “la máxima cantidad de ciudadanos accedas a la práctica deportiva y su uso haga la infraestructura viable y sostenible en el tiempo a través de unas tarifas muy accesibles y de gran valor”. Esto es un hecho que se puede garantizar realizando los oportunos cambios en el modelo, dado que la demanda sobre el Centro y el índice de absorción podrían rondar un incremento del 100% en ambos sentidos”* (folio 107-001 a 010 del expediente administrativo).

TERCERO: En relación con la concreta modificación contractual sometida a informe debemos destacar los siguientes hechos:

1.-Con fecha de entrada en el registro de la Consejería de Deportes, de 20 de noviembre de 2008, los arquitectos encargados de la Dirección Superior de las obras objeto del contrato, solicitan la modificación del mismo (folios 108-001 a 013), fundamentando dicha solicitud en los siguientes motivos:

- La cesión de los terrenos del Ayuntamiento a la Comunidad de Madrid y la consiguiente titularidad de las obras por parte de la misma, determinó la necesidad de solicitar licencia para la ejecución completa de

las obras, momento en que se comprobó la necesidad de adaptar el proyecto a las exigencias del nuevo Código Técnico de la edificación que se aprobó el 28 de marzo de 2006, al ser aplicable éste a los edificios para cuya construcción no se hubiese solicitado la correspondiente licencia. Respecto de esta causa la solicitud de modificación recoge de forma pormenorizada, todas las normas técnicas a las que habría que adaptar las obras, principalmente en materia de seguridad.

- Una parte de la edificación vuela sobre la vía pública que es de titularidad municipal, pero al haberse cedido los terrenos a la Comunidad de Madrid y no haberse documentado en el convenio dicha servidumbre, el cuerpo final de la edificación quedaría sobre otra parcela de propiedad municipal, lo que obliga a modificar el proyecto.

2.-De acuerdo con lo anterior y previo informe favorable de la Dirección General de Deportes, de fecha 20 de noviembre de 2008, que obra al folio 109-001 del expediente administrativo, el Consejero de Deportes, mediante Orden de 26 de noviembre de 2008, acuerda el inicio del expediente de modificación del contrato de obras, en la que además de recoger los motivos que justificaban la modificación puestos de manifiesto en la solicitud anteriormente reseñada, señala como una tercera causa de la modificación propuesta, *“Asimismo el proyecto modificado deberá incluir una reordenación del programa deportivo al objeto de su adecuación a las nuevas necesidades surgidas y como consecuencia del importante incremento demográfico producido en la zona”* (folio 110-001 del expediente administrativo).

La indicada Orden se notifica a los contratistas de los tres contratos adjudicados para llevar a efecto las obras de construcción de la Ciudad Deportiva.

La tercera causa de modificación propuesta, que no venía recogida en la solicitud de la Dirección Superior de la Obra, se concreta en el informe de

la Oficina de Supervisión de Proyectos, Obras e Instalaciones de 19 de enero de 2009, en:

- ampliación del aforo del pabellón deportivo para adecuación a las exigencias de la normativa deportiva de competiciones oficiales de fútbol sala, baloncesto y balonmano.
- modificación del centro de natación en la variación del número de vasos, playas y zonas de spa y sauna.

3.-En el seno del expediente de modificación del contrato, se emite informe preceptivo por el Servicio Jurídico de la entonces Consejería de Cultura, Deporte y Turismo, con fecha 20 de abril de 2009. Dicho informe considera que una modificación del alcance de la propuesta constituye indudablemente un cambio notorio del objeto del contrato y rebasa los límites materiales propios de la modificación de los contratos, considerando asimismo que no concurren necesidades nuevas o circunstancias imprevistas que justifiquen el ejercicio del *ius variandi* por la Administración (folios 112-002 a 006 del expediente administrativo).

4.-Continuando con la tramitación de la modificación del contrato, con fecha 13 de julio de 2009, la Oficina de Supervisión de Proyectos emite un informe favorable al proyecto modificado, por considerar que las modificaciones propuestas sí que obedecen a necesidades nuevas o causas imprevistas, de manera que el importe del presupuesto modificado ascendería a 25 millones de euros (18.799.291, 79 correspondiente al importe de la adjudicación inicial más 6.200.708,21 correspondientes al proyecto modificado), lo que supone un incremento del 32,98% (folios 113-001 a 004 del expediente administrativo).

No consta sin embargo, que se ultimara la tramitación del expediente mediante la aprobación de la modificación del contrato.

CUARTO: Es determinante poner de manifiesto cuáles han sido las actuaciones posteriores en relación, tanto con las obras objeto del contrato, como con la tramitación de la modificación sometida a dictamen en sí.

1.-Si bien como decíamos no se ha procedido a aprobar la modificación del contrato de construcción de la Ciudad Deportiva, sí que consta haberse solicitado la licencia de obras, con arreglo al proyecto modificado, habiéndose concedido la misma por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares en sesión de la Junta de Gobierno Local de 28 de julio de 2009, tal y como se certifica por el Concejal-Secretario suplente de aquélla (folios 114-001 a 006 del expediente administrativo).

2.-Con fecha 19 de octubre de 2009, la Dirección General de los Servicios Jurídicos, emite informe relativo a la tramitación del contrato de obras, en el que, tras considerar que existen deficiencias en el proyecto a ejecutar, concluye que no habiéndose aprobado la modificación del contrato, en el caso de que las obras hubieran continuado con arreglo al proyecto modificado, se podría admitir la posibilidad de continuación de la obra en salvaguarda del interés público, debiendo en todo caso justificarse en el expediente las razones de interés público que aconsejaran la ejecución del proyecto modificado (folios 116-002 a 012 del expediente administrativo).

3.-No obstante no haberse aprobado la modificación del contrato, resulta de la documentación obrante en el expediente administrativo que las obras se continuaron con arreglo al proyecto modificado, recogándose el alcance de lo efectivamente ejecutado, en un informe fechado en noviembre de 2009, efectuado por arquitecto colegiado a solicitud del IMDER, y que se contiene en los folios 117-003 a 024 del expediente administrativo. En concreto se afirma en dicho informe que *“el importe total de las certificaciones firmadas hasta la fecha por la Dirección Facultativa (certificaciones ordinarias de la nº1 , de octubre 2008, a la nº 12 , se*

septiembre de 2009,) es de 4.361.727,07 equivalentes al 23% del presupuesto de adjudicación”, adjuntándose asimismo fotografías que muestran la realidad y el alcance de la obra ejecutada hasta la fecha.

Asimismo en el informe se concluye que *“el proyecto modificado, desarrolla el programa deportivo planteado por los Servicios Técnicos Municipales desde el origen de la propuesta de construcción de la Ciudad Deportiva en sus puntos fundamentales, al seguir conteniendo un área de piscina con vasos cubiertos y al aire libre, al norte; un polideportivo cubierto, al sur; un aparcamiento en superficie para no menos de 180 vehículos, al oeste; zonas verdes integradas en la edificación y Pistas de Deporte al aire libre al oeste”*, de manera que el proyecto modificado no introduce cambios sustanciales en el programa deportivo principal del proyecto inicial.

Debe destacarse del indicado informe que afirma que lo invertido no es susceptible de aprovecharse para un edificio distinto del definido en el proyecto modificado al estar ya construida una parte importante del volumen del Complejo Deportivo.

Por último señala que *“teniendo en cuenta la realidad material de las obras ejecutadas, si bien la defensa de la libre y pública licitación en los contratos públicos pudiera plantear la resolución del contrato de obras, los perjuicios que este planteamiento originaría al interés público, serían de una envergadura suficiente como para tenerlos en consideración, y que supondría la pérdida no sólo de los recursos ya invertidos en la obra certificada por la Dirección Facultativa, sino además los costes derivados de una paralización en una fase tan avanzada de la obra.*

Hay que resaltar que al ser de madera laminada la estructura del espacio que albergará la piscina cubierta y estar prácticamente montada, como se puede observar en las fotografías que se adjuntan al presente Informe, una paralización de los trabajos sine die tendría como

consecuencia su degradación irreparable al quedar desprotegida a la intemperie”

4.-Debe señalarse que en diversas ocasiones, la Intervención Delegada ante la Vicepresidencia Primera, Consejería de Cultura y Deporte y Portavocía del Gobierno, reparó los documentos contables que fueron sometidos a su intervención. En concreto con fecha 5 de noviembre de 2009 se reparan 5 documentos contables OK (folios 187-001a004); en fecha 20 de noviembre de 2009 se reparan 11 documentos contables OK (folio 188-001); el 2 de diciembre de 2009 se reparan otros seis documentos contables OK (folios 189-001a004); el 22 de febrero de 2010 se reparan otros 7 documentos (folios 190-001a002); y por último, con fecha 1 de marzo de 2010, se reparan otros 6 documentos contables (folios 191 y 192). La razón común a que obedecen estos reparos es la de que tales certificaciones correspondían a obras del proyecto modificado que, como hemos señalado más arriba, no estaba aprobado.

5.-Sentado lo anterior y de acuerdo con lo indicado en el informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, se prosigue con la tramitación del expediente de modificación del contrato, con la manifestación de la conformidad a la misma realizada por la contratista con fecha 1 de marzo de 2010 (folio 119-001 del expediente administrativo), y justificando, mediante un informe del Jefe de Área de Proyectos y Obras sobre las circunstancias de carácter técnico que avalarían la modificación del contrato de fecha 2 de marzo de 2010, que *“dado el ritmo actual de las obras y los trabajos ejecutados al día de la fecha, sería inasumible, económica y técnicamente, cualquier actuación que no fuera la continuación de las obras conforme al proyecto modificado que se encuentra en tramitación”* (folio 120-001). Este informe se completa con otro de la misma fecha en el que se concreta que el coste total estimado de la resolución del contrato y una nueva licitación del mismo ascendería a 14.013.065,22 €.- (folio 122- 001y 002).

En desarrollo de la tramitación del expediente de modificación del contrato, se emite la correspondiente memoria por la Directora Gerente del IMDER, con fecha 11 de marzo de 2010, en la que se propone:

“1º Convalidar las actuaciones administrativas de la modificación del proyecto y los gastos derivados de la misma, por un importe total de 6.052.301,12 €.

2º Autorizar la aprobación del proyecto técnico modificado y los gastos adicionales para la anualidad del 2011, correspondiente a la ejecución de la obra y a los honorarios de dirección de obra por importe de 6.428.374,78 €, y la modificación de los correspondientes contratos a los mismos adjudicatarios de los contratos primitivos.

3º Convalidar el gasto derivado de los honorarios correspondientes a la redacción del proyecto modificado, por importe de 495.261,64 €.” (folios 206-001 a 010 del expediente administrativo).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1. letra f) 4º de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud del Vicepresidente Primero, Consejero de Cultura y Deportes y Portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Está legitimada para recabar dictamen del Consejo Consultivo, la Comunidad de Madrid en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo

13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del referido órgano consultivo autonómico, el cual establece que: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por (...) la Comunidad de Madrid (...) sobre (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas*”.

El dictamen, que no tiene carácter vinculante, ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

El artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 octubre de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCS), aplicable a este contrato por virtud de su fecha de adjudicación como se verá en el apartado siguiente, dispone que “*3. No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de:*

b) Modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.”

De acuerdo con lo indicado en el informe de 13 de julio de 2009 de la Oficina de Supervisión de Proyectos, a que hemos hecho referencia en la exposición fáctica de este Dictamen, el incremento del presupuesto de ejecución del contrato primitivo ascendería a 6.200.708,21 €, lo que supone un incremento del 32,98%, por lo que resulta preceptiva la emisión de dictamen por este Consejo.

SEGUNDA.- Antes de entrar en el fondo del asunto sometido a este Consejo Consultivo, se debe abordar, en primer lugar, cuál es el régimen jurídico aplicable al contrato de obras que se pretende modificar, para lo

cual habrá que partir del dato de la fecha de adjudicación del contrato. Una vez establecida la legislación a la que hay que atender, deberá valorarse si se han cumplido los hitos esenciales del procedimiento.

El contrato de cuya modificación se trata se adjudicó el 19 de agosto de 2008. Luego en virtud de la Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP) –que entró en vigor el pasado 30 de abril de 2008–, *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*. Así pues dicho contrato, en cuanto a su modificación (que se inscribe dentro de los efectos del contrato), queda dentro del ámbito temporal de aplicación de la LCSP.

No desconoce este Consejo que en los distintos informes y documentos que se incorporan al expediente administrativo se considera de aplicación la normativa contenida en la LCAP, sin embargo resulta obligado discrepar de dicha conclusión, ateniéndose al tenor literal de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, tal y como indica la Junta Consultiva de contratación administrativa en su informe 43/2008.

A mayor abundamiento en relación con esta cuestión, el Consejo de Estado entre otros en dictamen de 21 junio 2007, señala que *“Es reiterada la doctrina de este Consejo de Estado (Dictámenes números 2383/2003, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 1077/2002, 527/2000 y 3437/99, entre otros muchos) que sostiene que la norma aplicable al procedimiento de modificación de un contrato y a la competencia del órgano es la vigente cuando se inicia el expediente de modificación”*. En este caso el expediente de modificación se inicia mediante Orden del Consejero de Deportes de 26 de noviembre de 2008,

por lo que también teniendo en cuenta este criterio del Consejo de Estado, resulta de aplicación el texto de la LCSP.

TERCERA: En materia de procedimiento, la modificación de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 194 y 195.1 de la LCSP, procediendo en virtud de este último el correspondiente trámite de audiencia y el informe del servicio jurídico. *“1. En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista.*

2. En la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 87 y 197”

Estas exigencias se han cumplido en el caso sometido a dictamen, dado que, con fecha 1 de marzo de 2010, la empresa adjudicataria prestó expresamente su conformidad a la modificación propuesta por la Comunidad de Madrid (folio 119-001 del expediente administrativo) y con fecha 20 de abril de 2009, se emitió informe por el Servicio Jurídico en la Consejería de Cultura, Deporte y Turismo.

La normativa contractual exige, asimismo, que se incorporen al expediente los documentos que acrediten la necesidad de dar respuesta a las nuevas necesidades o circunstancias imprevistas a través precisamente del modificado del contrato anterior, sin necesidad de proceder a una nueva licitación. Así se desprende inequívocamente del artículo 202.1 de la LCSP, donde se establece que *“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo*

por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”.

En nuestro caso, al expediente remitido se ha incorporado informe de la Dirección General de Deportes fechado el 20 de octubre de 2008, en el que se indica que: *“a la vista de todo lo expuesto, el proyecto de ejecución referido en el encabezamiento de este informe, debería sufrir una modificación en profundidad para adaptarlo a todas las recomendaciones recogidas en los informes emitidos por B y, además solucionar todas las omisiones que contienen los distintos documentos del citado proyecto”*

Se trata, en suma, de informes comprendidos dentro de la previsión genérica del artículo 82 de la LRJAP, que contribuyen a asegurar el acierto y fundamentación de la decisión administrativa.

De carácter igualmente necesario resulta la incorporación al expediente de modificación del contrato, y dado que el mismo origina gasto para la Administración, del certificado de la existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización de la Intervención y la aprobación del gasto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 93.3 de la LCSP y el artículo 46 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y 102 del RD 1098/2001, de 12 octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la LCAP.

En este caso, se ha unido también al folio 200-001 los certificados de retención de crédito (AD) por importe de 6.200.708,21 euros, para el presupuesto 2010, cumpliéndose así con la citada exigencia legal. Constan también unidos al expediente los certificados de retención del crédito para los contratos complementarios del de obras, esto es el de Dirección y Ejecución por arquitecto técnico, y el de Dirección por arquitecto superior (folios 200.002 y 003).

Por lo que respecta al régimen competencial de la modificación sometida a dictamen, la decisión de proceder a la modificación del contrato fue adoptada por Consejero de Deportes mediante Orden de fecha 26 de noviembre de 2008, sin embargo, el expediente de modificación iniciado de tal forma, tras la emisión del dictamen desfavorable del Servicio Jurídico en la Consejería de Cultura Deportes y Turismo, no concluyó, sin perjuicio de que se solicitaran otros informes para mejorar la propuesta inicial, y relativos a la tramitación el contrato. A pesar del lapso de tiempo transcurrido desde que se dictó la orden de inicio del expediente de modificación e incluso del cambio que supuso la unificación de la Consejería de Deportes con la de Cultura y la Vicepresidencia del Gobierno, no consta en el expediente una nueva orden de inicio del expediente de modificación contractual. Ello sin embargo, no constituye vicio o defecto alguno en la tramitación del expediente.

En cuanto a la competencia para aprobar la modificación, la misma corresponde al Gobierno de acuerdo con los artículos 21 y 64 de la Ley 1/1983, de de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, cuando atribuyen al mismo la competencia para *“q) Autorizar la celebración de contratos en los supuestos previstos en el artículo 64 de esta Ley”* que a su vez exige la autorización del Gobierno para la celebración de los contratos, y por tanto para su modificación, cuando el importe del contrato coincida con las cuantías que para la autorización de gastos la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid reserve a la autorización del Gobierno, que en el artículo 44 de la Ley 9/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2010, supone 1.500.000 euros de gastos de capital.

CUARTA.- Procede ahora examinar el fondo de la modificación llevada a cabo, comenzando por una delimitación del concepto y régimen jurídico de la figura de la modificación en sede de contratación administrativa. La

normativa en materia contractual, configura el *ius variandi* como una prerrogativa de la Administración que, por entrañar una serie de privilegios exorbitantes para aquélla que alteran el equilibrio contractual, se encuentra sometida, en cuanto a su ejercicio, a una serie de límites y exigencias formales y sustantivas cuya cumplida acreditación deberá figurar en el expediente.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de enero de 1992, RJ 628 recoge la doctrina sobre la mutabilidad de los contratos administrativos, al señalar que, *“Sin embargo, la realidad es que los contratos administrativos son, ordinariamente, acuerdos de larga duración y no exentos de complejidades a la hora de ejecutar lo convenido, por las circunstancias imprevisibles (de orden técnico o económico) que puedan aparecer: de ahí que el principio fundamental «contractus lex inter partes» venga afectado, en la contratación administrativa, por otro principio: el de la «mutabilidad del contrato administrativo», que aparece explicitado en los arts. 18, 50, 74 y 93 de la Ley de Contratos del Estado y concordantes de su Reglamento. Dentro del ámbito del principio de mutabilidad del contrato, la doctrina refleja la existencia de un áleas administrativo (modificación del contrato por acción unilateral de la Administración); de un áleas empresarial (riesgos del negocio, en los que late, en buena medida, la conducta equivocada del constructor); y de un áleas económico (debido a circunstancias externas de difícil previsión que, de producirse, pueden hacer mucho más oneroso para el contratista el cumplimiento del contrato)”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha hecho eco de esta misma doctrina, por ejemplo en su Dictamen 48/1995. Así, después de dejar sentado que: *“La modificación por mutuo consenso o bilateral del contrato resulta admisible, por aplicación del principio de libertad de pactos, tanto en los contratos administrativos, como en los privados...”*, añade a renglón seguido en el fundamento jurídico segundo:

“La conclusión sentada (...) no constituye obstáculo para que deban fijarse límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos, en el sentido de que, mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y los criterios a los que responde la adjudicación de los contratos mediante el sistema de licitación pública.

Celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por la vía de la modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y de buena fe que debe 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”.

En un contrato administrativo, en efecto, el contratista se ha obligado a prestar el servicio en los términos recogidos en los Pliegos de Cláusulas Económico-Administrativas y Técnicas, que según reiteradísima jurisprudencia, constituyen la “*Ley del contrato*”.

Pese a esa inalterabilidad inicial de las previsiones contractuales con carácter general, en aras a no proscribir el principio de libre concurrencia ni la buena fe que debe presidir la contratación de las Administraciones Públicas, la Ley permite aprobar modificaciones en los contratos, una vez perfeccionados, siempre que éstas se introduzcan “*por razones de interés público*” y obedezcan a “*causas imprevistas*”, tras haberse suprimido la antigua mención a causas nuevas de la LCAP, añadiendo además la exigencia formal de que se justifique todo ello debidamente en el expediente.

Así, el artículo 202.1 de la LCSP, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en un intento de poner coto a los abusos a que se prestaba el expediente de la novación contractual, únicamente permite modificar aquéllos para atender a “*causas imprevistas*” –no se habla ya de “*necesidades nuevas*”–, y sin que en ningún caso la modificación afecte a los “*elementos esenciales del contrato*”. En concreto el citado artículo establece que: “*Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato*” añadiendo su párrafo segundo que “*La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual.*”

Es decir, que el contrato, aún a pesar de la modificación, ha de seguir siendo reconocible. La imposibilidad de modificar el contrato para atender a “*necesidades nuevas*” obliga a los gestores administrativos a redactar con especial precaución toda la documentación preparatoria del contrato, en la que, entre otros extremos, deberán consignarse con todo detalle “*las necesidades a satisfacer*”, dado que, fuera de éstas, la Administración no podrá introducir cambios en el contrato, y deberá abrir un nuevo expediente de contratación. En efecto, el artículo 22 de la Ley 30/2007 obliga a que “*...la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación*”.

De esta forma la modificación contractual es permitida, si bien no de forma indiscriminada, sino justificada y sometida a ciertos límites, que podrían ser clasificados como límites cuantitativos y límites sustantivos.

El estudio de estos límites y su respeto en el presente caso, se revela indispensable para concluir si la modificación contractual propuesta por la Administración consultante resulta procedente, cuestión que será objeto de análisis en las siguientes consideraciones.

QUINTA.-Respecto de los límites cuantitativos, es unánimemente aceptado por la doctrina que tales límites establecidos *ex lege* no son limitaciones legales a la *potestas variandi* en sí misma considerada, sino limitaciones a la potestad de imponer las modificaciones al contratista. Así se pronuncia el Consejo de Estado en Dictámenes 216/1997 (recordando un antiguo Dictamen de 13 de mayo de 1982) y 1820/2000 de 15 de junio: *“La existencia de un proyecto reformado que supere el 20%, no supone necesariamente la ruptura del vínculo contractual, si las partes aceptan su subsistencia, tomándose en cada caso la decisión administrativa más conveniente para el interés general.*

En la modificación contractual sometida a dictamen, aún superándose el 20% del precio primitivo del contrato, en tanto ha sido formalmente aceptada por el contratista, nada impide, en este sentido, la viabilidad de la modificación propuesta.”

SEXTA.-El análisis de los límites, que podríamos denominar sustantivos, nos lleva a distinguir los siguientes:

- Obra complementaria o variación de la voluntad administrativa.
- Causas imprevistas debidamente justificadas en el expediente.
- Interés público comprometido.

Se advierte que los límites legislativamente establecidos para la procedencia de la modificación contractual se fijan a través de conceptos jurídicos indeterminados (causas imprevistas e interés público) que indefinidos “*a priori*”, solo admiten una solución justa al caso concreto. Para ello contamos como principal fuente de interpretación con la doctrina y los dictámenes del Consejo de Estado. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo, son casi inexistentes en la materia, por una cuestión de índole procesal, y es que los mismos se encuentran constreñidos por el *petitum* de las partes, que en la generalidad de los casos se contrae a la obtención por parte del contratista de la debida compensación derivada de la modificación adoptada, no haciendo cuestión de su idoneidad, lo que implica la ausencia de pronunciamiento judicial al respecto.

Procede pues examinar cada uno de estos límites por separado, junto con la interpretación doctrinal y del Consejo de Estado y su incidencia en el caso objeto de dictamen.

SÉPTIMA.- La figura del contrato modificado no puede dar cabida a obras complementarias, como así se desprende del propio artículo 202.1 segundo párrafo de la LCSP que señala: “*No tendrán la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, que deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en los artículos 155 b) y 158 b).*”

La diferenciación entre las modificaciones de los contratos de los supuestos que como decimos pueden ser consideradas como obras

independientes, es una cuestión importante desde la óptica de la exigencia de preservar los principios básicos de la contratación pública, de libre concurrencia, transparencia y publicidad (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, As. Succhi di Frutta), puesto que la modificación no puede encubrir una obra distinta de la inicialmente contratada, de forma que con la misma se manifieste una variación de la voluntad administrativa sobre la obra a ejecutar.

Por su parte el Consejo de Estado en su Memoria del año 1990, se pronuncia de forma rotunda a este respecto indicando que *“En todo caso y con las salvedades legales y reglamentarias no cabe frustrar los principios de publicidad y concurrencia (artículo 13 de la Ley) por una desmesurada amplitud en la calificación de las obras como de modificación o de mero complemento de la inicialmente proyectadas, llegando a comprender, entre ellas, las que debieran ser consideradas como obras nuevas y, por tanto, objeto de proyectos independientes y contratación separada”*

Es decir nos encontramos ante un auténtico obstáculo a la modificación contractual, ante el que el Consejo de Estado se muestra inflexible porque entiende que de encontrarse ante una obra complementaria, se produce un cambio de la voluntad contractual con respecto a la obra licitada que supone una quiebra de los principios de libre y pública licitación ante que la que no son oponibles ni razones económicas ni perjuicios por retraso de obras, siendo exponente de tal doctrina los Dictámenes 79 de 1 de abril de 1993 y 1254 de 21 de octubre de 1993.

“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.”

Concluido que en presencia de una obra complementaria la potestad de modificación contractual resulta improcedente, se hace necesario analizar los criterios para definir este tipo de obra. En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado con carácter general que para diferenciar entre obras complementarias que deberían ser objeto de una nueva licitación para preservar los principios antedichos, y modificaciones de obras de un contrato preexistente hay que utilizar tres criterios de distinción: a) la posibilidad de utilización separada de las nuevas obras; b) su necesidad en relación con el proyecto inicial, estimándose que la obra complementaria es conveniente, pero no necesaria para entregar al uso o servicio público la obra principal y c) las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución separada e independiente (Dictámenes, entre otros, de 15 de diciembre de 1983; 29 de noviembre de 1984; 24 de julio de 1985 y 2 de abril de 1992). En el control de la concurrencia de dichos criterios de distinción, los informes técnicos incorporados al expediente, juegan un papel determinante.

En el caso del contrato de obras sometido a dictamen, es claro que las unidades de obras modificadas no son susceptibles de contratación, ni de utilización independiente, resultan necesarias para que la obra sea entregada al uso público y están íntimamente ligadas con el proyecto inicial. Así se pone de relieve en el informe técnico encargado a un profesional independiente de noviembre de 2009. Efectivamente en el mencionado informe se da cuenta de que el proyecto modificado no introduce cambios sustanciales en el programa deportivo principal del proyecto inicial. Así se indica en dicho informe que *“En el proyecto modificado se mantienen las instalaciones Deportivas fundamentales y significativas que estructuraban desde un principio el programa original de la Ciudad de Deportiva. En este sentido puede entenderse que el proyecto modificado es una adaptación a los nuevos condicionantes*

derivados del cambio de titularidad de los terrenos y de un mejor conocimiento de la gestión de Centros Deportivos”.

Por otro lado, de los informes de control elaborados por la empresa B, se desprende que las modificaciones propuestas, no pueden contemplarse de forma aislada puesto que afectan a los propios elementos estructurales, prácticamente de la totalidad de la obra, en tanto en cuanto en gran medida se deben al incumplimiento de las exigencias del Código Técnico de la Edificación, en cuestiones tales como sustitución de unos materiales por otros, o seguridad contra incendios. Así este informe refleja de forma indubitada, que las modificaciones afectan a la generalidad del proyecto, sin que puedan identificarse unidades de obra susceptibles de modificación independiente: *“De acuerdo con las comprobaciones realizadas y los resultados obtenidos, que han sido comentados en el anterior apartado de este informe, podemos indicar que en general el proyecto de instalaciones debería adaptarse al Código Técnico de la Edificación”.*

Es cierto que además se han considerado otras cuestiones como la redistribución en el terreno de los edificios proyectados y sus dimensiones, debido a la falta de disposición de las parcelas y a recomendaciones de tipo deportivo, pero también lo es que estas modificaciones no son susceptibles, de ser consideradas de forma independiente respecto del diseño original de las construcciones, siendo en esencia el mismo proyecto inicial el que subyace bajo el modificado propuesto.

Se puede por tanto concluir que el proyecto modificado no recogía una obra susceptible de tratamiento independiente respecto de la contemplada en el proyecto primitivo, por lo que la posibilidad de modificar es viable en relación con este aspecto.

OCTAVA.- El fundamento en causas imprevistas, constituye el segundo límite a la potestad de modificar los contratos, como así precisa el artículo 202.1 LCSP: *“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de*

contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente”. Nos hallamos de nuevo ante, uno de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”, concretamente el de “causas imprevistas” y resulta de especial importancia establecer, por su implicación en el caso objeto de dictamen, si ese concepto puede dar cobertura a los errores cometidos a la hora de elaborar o supervisar por la Administración, el proyecto que sirve de base a la obra contratada. De aceptar esa interpretación, la inadecuación al proyecto configuraría un presupuesto válido para la procedencia de la modificación.

Del relato fáctico de los hechos se desprende que el ejercicio de la potestad de modificar se motivó en inicio, en deficiencias del proyecto, puesto que, tal como estaba concebido en origen, no cumplía las exigencias del Código Técnico de la Edificación, por lo que a condiciones de seguridad de los edificios proyectados se refiere (folios 9 a 14 del documento 208 del expediente administrativo), ni posibilitaba la construcción de algunos de los edificios proyectados en cuanto invadían el vuelo de una vía pública, sin previsión de constitución de servidumbre en el proyecto inicial dado que al momento de su redacción no se contemplaba la asunción del proyecto por la Comunidad de Madrid y la mutación demanial sobre las parcelas afectadas que se acordaron con posterioridad, ni parecía razonable su gestión en cuanto a su configuración como Centro Deportivo de uso público, tanto desde un punto de vista económico como de oferta equilibrada, por inadecuación a las necesidades reales derivadas del importante crecimiento demográfico en la zona.

Las señaladas deficiencias del proyecto inicial, se hallan debidamente justificadas en el expediente administrativo, a través de informes emitidos por especialistas (B y C) a requerimiento de la propia administración consultante, requerimiento que en algún caso es anterior a la fecha de adjudicación del contrato de obras. Dichos informes vienen a abundar en

las importantes razones de interés público que, no ya aconsejan, sino que impiden el desarrollo de la obra de acuerdo con las prescripciones del proyecto inicial, y revelan al propio tiempo que la Administración no extremó la diligencia que le es exigible y que de mediar, la hubieran conducido a retrasar la adjudicación del contrato, para comprobar, a la luz de los informes solicitados, si efectivamente se ajustaban a la realidad las manifestaciones realizadas en el proyecto inicial en el sentido de que la obra cumplía las prescripciones del Código Técnico de Edificación, extremo este que quedó desmentido en el informe de B (folio 103-020 del expediente administrativo) y que se constituye en la principal causa de la modificación contractual que se dictamina.

No obstante ello, también del relato fáctico de los hechos, resulta patente la diversidad de causas alegadas para motivar la modificación. Por un lado, el proyecto inicial podía adolecer de defectos o errores técnicos explicables por una mutación de ciertas normas acaecida en el proceso de elaboración del proyecto. Por otra parte, la asunción del proyecto de Ciudad Deportiva por la Comunidad de Madrid generó situaciones impensables cuando ese proyecto se concebía como municipal. Finalmente, aparecen, con el discurrir del tiempo, unas posibilidades de reorientación del proyecto inicial, como la ampliación del aforo del pabellón deportivo para adecuarlo a competiciones oficiales de distintos deportes o los cambios del centro de natación, que pueden considerarse errores en el planteamiento originario de la Ciudad Deportiva, pero no defectos o errores del proyecto realizado con arreglo a ese planteamiento originario “*stricto sensu*”.

El Consejo de Estado en Dictamen 1867/2008 de 20 de noviembre, ante la presencia de una multiplicidad de causas de modificación del contrato, de las cuales no todas son estrictamente imprevisiones del proyecto, ha considerado procedente la modificación contractual, realizando una interpretación amplia del citado concepto, integrando dentro del mismo, “*circunstancias que debieron ser suficientemente*

ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración (aspectos relativos a optimización de recursos, ahorro energético y de agua, motivos de durabilidad de los materiales, mejoras funcionales, o incluso algunas relativas a las instalaciones de los laboratorios, etcétera) ”.

Considerando que nos encontramos ante lo que en un sentido amplio se considera inadecuación del proyecto inicial, se revela esencial el análisis de si las causas imprevistas pueden conferir cobertura a los errores en el proyecto que sirve de base a la obra contratada.

La controvertida cuestión se aborda por la generalidad de la doctrina adoptando un claro posicionamiento en favor de la tesis afirmativa, tal y como en este sentido recoge el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de febrero del 2000, RJ 2000/318: *“La doctrina científica ha defendido, entre los privilegios de la Administración contratante, la potestad de modificar el contrato -«ius variandi»-, cuando así lo exija el interés público, cuyas exigencias, al servicio de la comunidad, no pueden quedar constreñidas por las cláusulas del contrato. De esta forma, un error inicial de la Administración contratante posteriormente detectado, o un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, o la adopción de medidas generales que, aunque no varíen directamente el objeto del contrato, inciden sobre él, permiten la posterior modificación del contrato para adaptarlo a las nuevas exigencias.”*

Esa misma línea era seguida por el Consejo de Estado, aceptando las modificaciones planteadas sobre la base de errores en el proyecto, aún cuando se advertía de la necesidad de que la Administración extremara el rigor y el celo en la elaboración inicial para evitar posteriores modificaciones. Podemos citar como exponente de dicha postura el Dictamen 257/1992 de 29 de junio: *“A este respecto conviene recordar que es de gran trascendencia que con carácter previo a la redacción de*

proyectos se llevan a cabo los estudios geológicos, geotécnicos y de materiales necesarios para evitar en lo posible las posteriores modificaciones de obra...,... Con independencia de la observación anterior, el Consejo de Estado nada tiene que objetar a las razones de interés público reseñadas por los órganos preinformantes a propósito de la continuación del contratista en la ejecución de las obras”. En esta misma línea pueden citarse los Dictámenes 1021/1991, de 1 de octubre y 51278/1988, de 4 de febrero.

El Consejo de Estado, evoluciona a partir del año 2000 en esta línea interpretativa, manteniendo una postura algo más exigente en cuanto a considerar como causas habilitantes de la modificación, las deficiencias en el proyecto originario. Así, sigue admitiendo las citadas modificaciones si resultan necesarias para el interés público, y para el caso de que dicha necesidad no concorra, mantiene posturas diferentes en atención a las circunstancias del caso. Exponente de este cambio es el dictamen 583/2001, de 29 de marzo, en el que el Consejo de Estado manifiesta: *“Por lo que ahora interesa, lo recién expuesto se traduce en que el poder de modificación no puede utilizarse para salvar posibles deficiencias o imprevisiones técnicas contenidas en el proyecto. Y no cabe confundir como ha tenido ocasión de resaltar este Consejo en numerosas ocasiones, las necesidades nuevas o causas imprevistas con las simples imprevisiones derivadas de una inadecuada redacción del proyecto, ya se deba a defectos en su propia elaboración o en los datos que sirvieron para su redacción misma”.*

Sin embargo, en el Dictamen 1970/2003, relativo a la Modificación nº 3 del contrato de Obras denominado "Construcción del edificio de nueva planta para Teatro en el Real Sitio de San Lorenzo de El Escorial", admitió dicha modificación basada en deficiencias del proyecto por entender que suponía una mejora de las características de la obra pareciendo indispensable para su conclusión.

Se considera, no obstante improcedente la modificación contractual del mismo proyecto, valorando los sucesivos reformados que se compadecen mal con la excepcionalidad del ejercicio del *ius variandi*, en el DCE 2644/2003, relativo a la Modificación nº 4 del mismo contrato de Obras denominado "Construcción del edificio de nueva planta para Teatro en el Real Sitio de San Lorenzo de El Escorial", indicando que *“la propuesta de modificación responde más bien a las insuficiencias del proyecto inicial, circunstancia esta que, en línea con una doctrina reiterada de este Consejo de Estado, fue ya señalada en el dictamen de este Alto Cuerpo Consultivo 1.970/2003/1.103/2003, de 24 de julio de 2003, relativo a la Modificación núm. 3 de este mismo contrato, y que resulta plenamente de aplicación en la propuesta de modificación ahora sometida a consulta. En efecto, ha de afirmarse que la presente propuesta de modificación es, en buena medida, al igual que las precedentes, “el resultado de los defectos e imprevisiones del proyecto inicial, y se refiere, por tanto, a circunstancias que debieron ser suficientemente previstas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración, de ahí que convenga recordar la necesidad de extremar el celo tanto en la elaboración de los proyectos de obras como en su replanteo previo y supervisión técnica, de forma que sólo muy excepcionalmente haya que recurrir a su ulterior modificación y, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados de obras o a la aprobación de proyectos de obras complementarias; pues, de lo contrario, se podrían encubrir prácticas viciosas que vinieran a frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas”.*

Ante tal situación y considerando que la obra no puede desarrollarse conforme a los términos inicialmente establecidos que se han revelado profundamente incorrectos, la cuestión estriba en decidir si para subsanar tales imprevisiones debe exigirse un nuevo contrato o si para ello puede

acudirse al reformado del proyecto (ya realizado en el presente caso) y la consiguiente modificación del contrato existente que implica la permanencia del mismo contratista.

Siendo el interés público el punto de referencia obligado de la contratación administrativa, como de toda la actuación pública, ha de ser desde el conocimiento de la dimensión de la lesión que al mismo le produzca la ruptura del vínculo contractual, abordado en la siguiente consideración, desde el que obtengamos la solución.

NOVENA.-El presupuesto para el válido ejercicio del *ius variandi* durante la vigencia del contrato es el interés público. La ley exige siempre, en efecto, que esté comprometido el interés público (art. 194 y 202. 1 LCSP: “por razones de interés público”). Se trata, pues del presupuesto de hecho determinante de la potestad enunciado mediante un concepto jurídico indeterminado y que juega en un doble sentido, en tanto presupuesto de la modificaciones propuestas y de la continuidad del vínculo contractual.

El interés público, resulta claro que concurre como fundamento en la modificación propuesta, tal y como ha sido objeto de análisis en la anterior consideración, pero también resulta obvio que la satisfacción del mismo se hubiera conseguido acudiendo a un nuevo expediente de contratación, sin merma de los principios de publicidad y concurrencia en la contratación administrativa. La defensa del citado interés, se revela necesaria en el mantenimiento del vínculo contractual, dadas las especiales circunstancias que han concurrido en el desarrollo de la obra pública objeto de contratación, y que este Consejo Consultivo no puede dejar de considerar, pues el trabajo jurídico que le corresponde se proyecta necesariamente sobre situaciones reales y no sobre supuestos fácticos abstractos.

Se ha de tener en cuenta que el tan citado interés público, sufre tanto si se mantiene el vínculo contractual, por lesión de los principios de licitación

libre y pública que ha de regir la contratación administrativa, como si se opta por su ruptura en cuanto que el retraso de la obra y los perjuicios económicos derivados de la misma, van a ser sufridos a la postre por la colectividad.

Poner en la balanza en el presente caso, la lesión que respecto del interés público produce la adopción de una u otra decisión, resulta determinante para concluir lo más conveniente para éste, tal y como en este sentido manifiesta el Consejo de Estado en Dictamen 54.300 de 21 de junio de 1990: “ *...La opción entre el mantenimiento del contrato o su resolución debe acordarse por la Administración atendiendo al interés público en juego. Dicho interés no se refiere en estos casos al objeto de de contratación, sino al mantenimiento de la relación contractual..... Para resolver dicho extremo este Consejo entiende que si el precio del contrato inicial resultara menos oneroso para la Administración que la formalización del nuevo contrato quedaría justificado el mantenimiento de éste.*”

Como ya se ha relatado en los hechos, las irregularidades que han acompañado el desarrollo del presente contrato, hace que nos encontremos ante obras ejecutadas en un 40% en el mes de marzo de 2010 tal y como resulta de la memoria elaborada para la modificación del contrato, por lo que la paralización de las mismas, implícita en la adjudicación de un nuevo contrato, redundaría en pérdidas importantes respecto de elementos ya contruidos que no toleran el paso del tiempo tal y como se desprende del informe de noviembre de 2009 emitido por experto independiente a requerimiento de la Administración consultante. En el mismo sentido, el informe del Jefe de Área de Proyectos y Obras del IMDER, sobre las circunstancias de carácter técnico que avalarían la modificación del contrato, de marzo de 2010, afirma: “*dado el ritmo actual de las obras y los trabajos ejecutados al día de la fecha, sería inasumible, económica y técnicamente, cualquier actuación que no fuera la continuación de las*

obras conforme al proyecto modificado que se encuentra en tramitación” y valorando el coste total estimado de la resolución del contrato y una nueva licitación del mismo en 14.013.065,22 €, cuyo ahorro es una evidente cuestión de interés público, sobre todo en el escenario económico en que debe desenvolverse actualmente la actividad administrativa.

Verificada la importante lesión que al interés público produciría la ruptura del vínculo contractual en el momento actual, y dadas las especiales circunstancias que concurren, resulta claro que éste, en cuanto presupuesto de ejercicio de la prerrogativa de modificación contractual, se sirve acordando el mantenimiento del vínculo y la permanencia del mismo contratista. A esta conclusión llega este Consejo Consultivo, estimando que ha de aconsejar lo que es jurídicamente preferible y admisible en la precisa y determinada situación real del caso que motiva su dictamen.

En la misma línea, el Consejo de Estado, en casos de gran similitud al ahora planteado, después de apreciar y valorar el perjuicio que para el interés público comporta la concurrencia de circunstancias como el grado de ejecución avanzado de las obras, y la falta de tramitación del adecuado procedimiento, dictaminó la procedencia de la modificación propuesta. Podemos citar al respecto el dictamen del Alto Cuerpo Consultivo 1834/1995 (puesto de manifiesto en el informe del Servicio Jurídico de 19 de octubre de 2009), y 3371/1996 de 28 de noviembre de 1996, en el que manifiesta: *“No obstante la idoneidad técnica de las modificaciones propuestas, ello no impide poner de relieve que la Administración debe, en todo caso, extremar el rigor a la hora de observar las prescripciones técnicas en las fases de elaboración del proyecto originario de obras o, como ocurre en el presente caso, en la aprobación del proyecto formulado por el licitador -y potencialmente adjudicatario-, caso de tratarse de un sistema de selección de “concurso de proyecto y obra”(…) Este Consejo de Estado percibe, a la vista de las actuaciones obrantes en el expediente, que si bien las previsiones técnicas de la modificación proyectada comportan*

una mejora en las características básicas de la obra, tal y como aprecian unánimemente los órganos técnicos preinformantes, ello no impide subrayar que la mayoría de las modificaciones, aun siendo necesarias, son el resultado de las deficiencias advertidas en el proyecto inicialmente aprobado y de circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias cumplimentadas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración(...) En definitiva, entiende este Cuerpo Consultivo que, de la apreciación conjunta de las actuaciones practicadas, se deriva la necesidad de asumir la modificación de las antedichas previsiones técnicas del proyecto inicial y la improcedencia de la resolución del vínculo contractual, habida cuenta la conformidad de la empresa contratista o, por lo menos, la ausencia de manifestación expresa oponiendo la pretensión resolutoria del vínculo contractual, y los eventuales efectos perjudiciales -posible aumento del coste e interrupción de las obras, así como demora en la fecha de terminación y de apertura al tráfico- que dimanarían de la extinción y consiguiente constitución de un nuevo vínculo contractual

Finalmente, no puede pasar por alto este Consejo de Estado las circunstancias especialmente graves que han jalonado el proyecto modificado sometido a consideración, dado que las obras cuya modificación se tramita se estaban ejecutando como se infiere del informe del Inspector General, de fecha 8 de mayo de 1995, obrante en el expediente, y pone de relieve el informe emitido por la Intervención General, siendo muy presumible que a la fecha de hoy puedan encontrarse totalmente ejecutadas o en un avanzado estado de ejecución.

Debe señalarse a este respecto, 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, primero, y de la

novación, después, hay que seguir, por sus trámites y en su orden, el procedimiento legalmente instituido.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, después de haber modificado su línea interpretativa estimando que no siempre cabe incluir dentro de las causas imprevistas las deficiencias en el proyecto inicialmente aprobado, accede a la modificación propuesta y justificada en dichas deficiencias por entender que resulta necesaria para el interés público. Así podemos citar el reciente Dictamen del Consejo de Estado 933/2009 de 9 de julio de 2009:” *No se opone a ello el Consejo de Estado, teniendo en cuenta que concurre además una "razón de interés público" para dicha modificación, habida cuenta de que si se procediese a la resolución del contrato y a una nueva licitación, no se obtendría ninguna ventaja desde el punto de vista técnico, ya que el contratista adjudicatario tendría que realizar las obras en los mismos términos previstos en el proyecto reformado, y se incurriría en un gasto superior al que deriva de la modificación del contrato, a consecuencia del aumento de los costes derivado del aplazamiento en el tiempo de la nueva licitación.*

Ahora bien, el Consejo de Estado debe subrayar que la modificación proyectada, aunque sea necesaria, deriva en alguna medida de defectos o imprevisiones del proyecto inicial, en cuanto responde a circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración. Así, no puede pasarse por alto que el estudio geotécnico previo a la redacción del proyecto está fechado en el año 2000, siete ejercicios antes de la adjudicación del contrato, ni que el estudio de permeabilidad realizado en el año 2007 evidenciaba ya un aumento del nivel freático que quizá hubiera aconsejado la elaboración de un nuevo estudio geotécnico antes de la adjudicación del contrato. Del mismo modo, no parece que las necesidades nuevas derivadas del desmontaje del arco

ojival de la fachada para su posterior recolocación fueran de difícil previsión en el momento de redacción del proyecto inicial.”

Cabe también extractar el Dictamen Consejo de Estado 1867/2008 de 20 de noviembre de 2008: “.....*A partir de ello, los órganos técnicos y administrativos preinformantes consideran que está justificada la modificación del contrato. No se opone a ello el Consejo de Estado, teniendo en cuenta también la existencia de un interés público en la modificación de referencia, tal y como ha quedado justificado en el expediente y, en particular, en cuanto responden a requerimientos y necesidades manifestados por el Instituto Nacional de Toxicología o desde la Subdirección General de Nuevas Tecnologías del Ministerio de Justicia. Ahora bien, el Consejo de Estado debe subrayar que la modificación propuesta, aunque sea necesaria, deriva en alguna medida de defectos o imprevisiones del proyecto inicial, en cuanto responde a circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración (aspectos relativos a optimización de recursos, ahorro energético y de agua, motivos de durabilidad de los materiales, mejoras funcionales, o incluso algunas relativas a las instalaciones de los laboratorios, etcétera).*”

En la misma línea el Dictamen del Consejo de Estado CE 2092/2006 de 21 de diciembre de 2006: “*La modificación tiene por objeto solucionar las deficiencias apreciadas en el proyecto de obras en su día elaborado a fin de asegurar el sostenimiento del túnel de Fuentebuena, lo que evidencia la existencia de un interés público bastante para amparar la modificación proyectada. (.....) No puede, por último, este Consejo dejar de hacerse eco de lo expresado por el Consejo de Obras Públicas en el sentido de que el modificado a que se refiere el presente expediente es consecuencia de la defectuosa redacción del proyecto de obras. Más cuando, en relación con los trabajos en túneles y taludes, la situación se ha repetido en varias ocasiones*

según ha podido verificar este Consejo a la hora de despachar expedientes análogos al ahora informado. Debe, pues, reiterarse la recomendación, ya hecha en anteriores ocasiones, de que los proyectos se redacten con el grado de minuciosidad y calidad precisos para evitar situaciones que son previsibles; que perturban la normal ejecución de los trabajos públicos; que pueden incidir o, incluso, alterar las reglas de la competencia al variar sustancialmente los contratos; y que, de ordinario, tienen graves consecuencias económicas para la Hacienda Pública.”

A la luz de todo lo anterior, este Consejo Consultivo entiende, que en la situación a la que se ha llegado, concurre el interés público habilitante de la modificación sometida a dictamen, debiendo poner de manifiesto que las importantes irregularidades observadas en el desarrollo de la obra, requieren de la Administración actuante la adopción de medidas tendentes a la exigencia de las responsabilidades administrativas en que se hubiera podido incurrir en los términos de la Disposición Adicional 22.2 de la LCSP, así como de las derivadas de la deficiente redacción del proyecto de obras originario, de acuerdo con lo establecido en el art. 286 de LCSP.

Resta por último resaltar, tal y como viene repitiendo hasta la saciedad el Consejo de Estado, la necesidad de que la Administración extreme el rigor en la fase preparatoria de los contratos, de forma que solo muy excepcionalmente se haya de recurrir a su ulterior modificación. En el presente caso si la Administración consultante se hubiera atendido a norma ya explicitada en la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, en el sentido de que los contratos de obras *“deben ser normalmente de gestación pausada y, por el contrario, de ejecución rápida”*, se hubiera evitado la incoación del presente procedimiento de modificación, que ha de constituir siempre una excepción en el régimen normal de adjudicación de obras públicas, por la merma que puede suponer en las garantías jurídicas que han de presidir la actuación administrativa en materia de contratación pública.

CONCLUSIÓN

Procede la aprobación de la modificación del contrato de obras de construcción de la Tercera Ciudad Deportiva “Espartales” Fase I, Alcalá de Henares, de acuerdo con las consideraciones efectuadas en el cuerpo del dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3. 7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 23 de junio de 2010

