

Dictamen nº: **261/10**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **28.07.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 28 de julio de 2010, sobre consulta formulada por el Vicealcalde de Madrid (por delegación del Alcalde mediante Decreto de 1 de septiembre de 2008), a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f.1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en relación con expediente de modificación número 3 del contrato de obras “Rehabilitación del Palacio de Comunicaciones para dependencias del Ayuntamiento de Madrid y Espacio Cultural” adjudicado a la U.T.E. integrada por las empresas A y B (en adelante la contratista).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de junio de 2010 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud urgente de dictamen preceptivo formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior el 22 de junio de 2010, acerca de la petición procedente del Ayuntamiento de Madrid, firmada por su Vicealcalde relativa al expediente de modificación número 3 del contrato de obras de rehabilitación del Palacio de Comunicaciones para dependencias del Ayuntamiento de Madrid y Espacio Cultural.

Admitida a trámite con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 236/10, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34 apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Ha correspondido su ponencia a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, quien firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 28 de julio de 2010.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

Mediante Decreto del Concejal de Gobierno de Hacienda y Administración Pública de fecha 2 de febrero de 2006 (folios 14 y 15), previa supervisión del proyecto con fecha 31 de enero de 2006 –en cumplimiento del artículo 128 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio–, se aprobó el proyecto de ejecución de las obras de “Rehabilitación del Palacio de Comunicaciones para dependencias del Ayuntamiento de Madrid y espacio Cultural” por importe de 67.308.404,28 euros.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la contratación de las referidas obras fue aprobado por Decreto del Concejal de Gobierno de Hacienda y Administración Pública de fecha 28 de abril de 2006 (folio 19), para su adjudicación por procedimiento abierto, mediante concurso con un presupuesto base de licitación de 67.308.404,28 euros, IVA incluido y un plazo de ejecución de treinta meses. Por Decreto del Concejal de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, de 24 de abril de

2006, se acordó la improcedencia de aplicar la revisión de precios a este contrato.

Previa fiscalización por la Intervención General con fecha 5 de mayo de 2006 (folios 25 y 26), la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, al superar los límites de gasto plurianual, mediante Acuerdo de 11 de mayo de 2006 (folio 28), autorizó la celebración del contrato y aprobó el gasto correspondiente, y su distribución en 4 anualidades.

Por Decreto de 28 de julio de 2006 del Concejal de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, se adjudica el contrato a la Unión Temporal de las Empresas A y B, por un importe de 48.791.862 €, IVA incluido, distribuido por anualidades del siguiente modo: 1.100.000 € en el año 2006; 10.300.000 € para el año 2007; 35.000.000 € para el año 2008; y 2.391.862 € para el año 2009. El contrato se formalizó en documento administrativo el 6 de septiembre de 2006 (folios 126 a 129), previendo un *plazo de ejecución* de 26 meses y medio, que comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar la comprobación del replanteo, la cual se llevará a cabo en el plazo máximo de un mes desde la fecha de formalización del contrato.

El acta de comprobación del replanteo se levantó el 3 de octubre de 2006. Durante la ejecución del contrato se produjo la suspensión temporal parcial de las obras, decretada el 24 de julio de 2007 (folio 231), por la necesidad de trasladar la oficina principal de Correos a otro local, cuyas obras de acondicionamiento —a cargo de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A.— no habían comenzado en esa fecha, lo que imposibilitaba el traslado de la oficina. Como consecuencia de ello se hizo necesario modificar la programación de las obras y efectuar diversos reajustes de anualidades, mediante sendos Decretos del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública de fechas 27 de julio de 2007, 17 de abril de 2008 y 31 de diciembre de 2008 (folios 244, 258 y 276). El

18 de noviembre de 2008 se acordó el levantamiento de la suspensión (folio 264).

Por Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública de fecha 24 de febrero de 2009 se aprobó una primera modificación del contrato sin incremento en el precio del mismo, consistente en incluir en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, recepciones parciales de la obra ejecutada (folios 279 a 295).

Una segunda modificación contractual tuvo lugar por Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, de 3 de diciembre de 2009, con un incremento en el precio de nueve millones setecientos treinta y tres mil novecientos setenta y seis euros y cuarenta y siete céntimos (9.733.976,47 €) IVA incluido (folios 296 a 346), lo que supone que el presupuesto del contrato asciende a 58.525.838,47 €. Como consecuencia de la tramitación de este modificado se acordó la suspensión temporal y parcial de las obras el 28 de octubre de 2009, que fue levantada al aprobarse la modificación. Las causas que motivaron este segundo modificado consistían básicamente, en que al iniciar los trabajos programados en el entorno exterior del antiguo Patio de Correos para sustituir los elementos añadidos ajenos a la construcción original del Palacio, aparecieron disposiciones constructivas y elementos originales ocultos imposibles de determinar previamente ni siquiera acudiendo a la documentación original o a la completa información disponible, recopilada para la redacción del concurso de ideas. Asimismo, se detectaron patologías estructurales en el entorno del patio mencionado cuya reparación fue necesario incluir en la modificación del proyecto. Igualmente se incluía en esta modificación la reestructuración de los espacios destinados a oficinas motivados por el incremento del número de puestos de trabajo y las variaciones de la RPT (Relación de Puestos de Trabajo) del Área de las

Artes y la Secretaría General del Pleno, aprobadas con posterioridad a la aprobación del proyecto de ejecución y a la adjudicación de las obras.

El 3 de febrero de 2010 se solicita autorización para la iniciación del expediente de una tercera modificación del contrato, así como la suspensión temporal y parcial de las obras. Ese mismo día se acordó la suspensión de las obras y el inicio de la tramitación del expediente de modificación número 3 (folio 352).

El presupuesto del nuevo proyecto modificado es de 83.063.477,68 €, existiendo un incremento de 24.537.639,21 € respecto del presupuesto de 58.525.838,47 € del anterior proyecto, lo que representa el 41,93 % del mismo. Ello significa que el presupuesto con este nuevo proyecto modificado (83.063.477,68 €) se incrementa respecto al presupuesto de adjudicación del proyecto primitivo (48.791.862 €) en 34.271.315,68 €, lo que supone el 70,24 % del mismo.

Consta en el expediente una Memoria justificativa (folios 354 a 361) del Subdirector General de Edificación Pública, con la conformidad de la Directora General de Patrimonio de fecha 4 de mayo de 2010, que fundamenta la necesidad de la modificación, en los siguientes extremos: *“Al iniciar las obras en la zona del Museo y Torre y en la zona del antiguo Patio de Correos (Salón de Plenos), al sustituir los elementos añadidos ajenos a la construcción original del Palacio, se ha podido tener conocimiento veraz del estado exacto del edificio, y se ha comprobado la existencia de ciertas disposiciones constructivas concretas o de algunos elementos originales ocultos que necesariamente se deben conservar, imposibles de determinar previamente, ni siquiera acudiendo a la documentación original o a la completa información disponible recopilada para la redacción del Concurso de Ideas. Por otra parte, se han detectado patologías en las cimentaciones de los pilares de la zona del Museo, en el forjado sanitario de la misma zona y en los pilares contiguos a las*

oficinas de Correos y de las Artes (en planta primera son contiguos con las oficinas de Correos y en plantas segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta son contiguos con las oficinas de las Artes), estas patologías no se pudieron detectar en las prospecciones efectuadas para redactar el proyecto primitivo como consecuencia de la ocupación continuada en el uso del edificio ni tampoco se tenía conocimiento de ellas en el momento de redactar el primer proyecto modificado, puesto que no se habían iniciado los trabajos que las pusieron de manifiesto en el momento de la aprobación de dicha modificación del proyecto. Las patologías de los pilares contiguos a las oficinas de Correos y de las Artes se han detectado al sustituir las bajantes embebidas en ellos que presentaban roturas muy antiguas que a su vez han afectado a los núcleos metálicos de los pilares (los pilares están formados por un núcleo constituido por perfiles metálicos empesillados rodeados por sus cuatro caras de pie y medio de ladrillo macizo”.

Con esta justificación la modificación que se propone afecta a la zona de Museo y Torre y al Salón de plenos y supone:

“1.- Refuerzo y reparación de los pilares del perímetro del Salón de Plenos a los que las roturas de las bajantes embebidas en ellos han dañado el núcleo metálico, lo que hace necesaria la reparación y refuerzo de los perfiles metálicos que lo componen en toda su altura, para ello es necesario eliminar el recubrimiento de ladrillo macizo en bandas sucesivas, reparar y reforzar los perfiles del núcleo, y volver a reponer el recubrimiento del ladrillo. Además es necesario intercalar entre cada uno de los pilares otro pilar arriostrado con cruces de San Andrés a sus vecinos existentes. La realización de estas operaciones obliga a reconstruir los paramentos perimetrales del Salón de Plenos en toda su altura, esta reconstrucción no prevista ni el proyecto primitivo ni en la primera modificación aprobada en la que se desconocía el mal estado de la estructura perimetral del Salón de Plenos incorpora revestimientos necesarios para la acústica de este.

Dado que los trabajos de reparación de la estructura perimetral han de realizarse desde el interior del Salón de Plenos y exteriormente desde las oficinas de Correos en planta Primera y desde las oficinas del Área de Gobierno de las Artes en las plantas superiores, es necesario desmontar y reponer los revestimientos de las oficinas en las zonas afectadas, asimismo hay que modificar los trazados de las instalaciones y reponerlas posteriormente en estas zonas.

2.- En la zona del Museo, se hace necesario sustituir la galería subterránea, inicialmente prevista para conducir las instalaciones, por un forjado sanitario en planta P, ello se ha evidenciado al iniciar los trabajos de la red de saneamientos ya que la galería proyectada se intercepta con la galería de saneamiento existente en el edificio, lo que no podía conocerse en el momento de redactar el proyecto. Asimismo, las nuevas necesidades de instalaciones acordes con el programa definitivo del Museo, elaborado por el Área de las Artes con posterioridad a la redacción del proyecto primitivo, obligan a reconsiderar las instalaciones iniciales.

Por otra parte, y en la línea seguida en la ejecución de esta obra de respeto a la arquitectura original del edificio, en distintas zonas de los muros originales, se opta por reubicar parte de las instalaciones en paramentos dobles, que permitan hacer visible la estructura original.

3.- La aparición de elementos estructurales y disposiciones constructivas ocultas por los revestimientos, en el espacio de restauración de planta sexta, obligan a adaptar la zona de cocina de dicha planta a los espacios y huecos resultantes. En el proyecto primitivo y en la primera modificación del mismo solo se contemplaba la realización de las tomas de agua, gas, electricidad así como los desagües, arquetas separadoras de grasas, conducto de evacuación de humos y rejillas de ventilación. Lo alambicado del espacio de la cocina ha hecho necesario definir "específicamente" los equipamientos, con el fin de poder situar con precisión las tomas, desagües

evacuación de humos etc. Al objeto de garantizar la correcta colocación del equipamiento se ha incorporado éste, como unidades nuevas en el proyecto modificado. La causa sobrevenida que hace necesario introducir el equipamiento de la cocina, es la aparición de elementos estructurales desconocidos antes de iniciar los trabajos en esa zona, que obligan a replantear la situación de tomas, desagües y ventilaciones, adaptándolas a la forma concreta de los elementos fijos del equipamiento, dado que la situación de las tomas, desagües y evacuación de humos del equipamiento, depende de los modelos concretos que se utilicen, haciendo necesario incorporarlos al presupuesto para garantizar la coincidencia de las tomas que hay que ejecutar con su posición en los equipamientos concretos".

El nuevo proyecto modificado, incorporado al expediente en ocho cd-rom, ha sido supervisado favorablemente, el 4 de mayo de 2010, por el Jefe del Servicio de Supervisión de Proyectos y verificación de Obras (folios 363 y 364) y ese mismo día recibió su aprobación por Decreto de 4 de mayo de 2010, del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública. En esa misma fecha se levantó acta de replanteo previo por el arquitecto director de las obras (folio 366) y la contratista manifestó su conformidad a la modificación propuesta (folios 367 y 368).

Con fecha 14 de mayo de 2010 se emitió, por la Dirección General de Presupuestos, informe prestando su conformidad, en términos presupuestarios, a la modificación propuesta (folios 369 y 370).

Por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid se informa favorablemente, con fecha 17 de mayo de 2010, el tercer modificado (folios 371 y 372). Asimismo, constan en el expediente documento contable de retención de crédito plurianual para los años 2010 y 2011(folio 375) y de autorización y disposición de gasto plurianual ampliado (folio 382) e informe fiscal, de 17 de junio de 2010 (folios 376 a 381).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas 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*”.

Por remisión, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pùblicas (en adelante TRLCAP) –aplicable a este contrato– dispone en su artículo 59.3 que “*(...) 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 6.010.121,04 euros*”.

De acuerdo con lo indicado en la exposición fáctica de este Dictamen, la modificación proyectada entraña un incremento del 41,93 % respecto del presupuesto del anterior proyecto modificado, y conjuntamente con la anterior modificación el presupuesto de ejecución del contrato primitivo se

ve incrementado en un 70,24%, por lo que resulta preceptiva la emisión de dictamen por este Consejo.

La solicitud de dictamen por el Ayuntamiento de Madrid se ha hecho llegar al Consejo Consultivo a través del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 6/2007 (*“Las solicitudes de dictamen de las entidades locales se efectuarán por los Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración local”*), en relación con el Decreto 77/2008, de 10 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías.

El dictamen, que no tiene carácter vinculante, ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, por entender este Consejo que no concurren razones de urgencia que justifiquen la emisión en un plazo inferior, al amparo del artículo 16 de la Ley 6/2007.

SEGUNDA.- Habiendo sido adjudicado el contrato cuya modificación se pretende, el 28 de julio de 2006, resulta de aplicación el TRLCAP, de conformidad con lo previsto en 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 30 de abril de 2008–, al establecer: *“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”*. En cuanto que la modificación se inserta dentro de los efectos del contrato, éste se rige por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

En materia de procedimiento, la modificación de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en los artículos 59, 101, y específicamente para el contrato de obras, el artículo 146 del TRLCAP,

procediendo en virtud del primero el correspondiente trámite de audiencia al contratista y el informe del servicio jurídico, al establecer aquél que: “*1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.*

Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista.

2. En la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, las 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 41 y 96”.

Estas exigencias se han cumplido en el caso sometido a dictamen, dado que, con fecha 4 de mayo de 2010 la empresa adjudicataria prestó expresamente su conformidad a la modificación propuesta, (folios 367 y 368 del expediente administrativo) y con fecha 17 de mayo de 2010, se emitió informe por la Asesoría Jurídica (folios 371 y 372).

Igualmente se ha observado lo previsto en el artículo 146.3 del TRLCAP que además de la audiencia al contratista, establece como requisito la redacción del proyecto y aprobación del mismo. En este sentido se incorpora al expediente, en 8 cd's, el proyecto de modificado número 2 (correspondiente a la modificación contractual número 3, puesto que la primera modificación no comportó reforma del proyecto inicial), que ha sido aprobado por Decreto de 4 de mayo de 2010, del Delegado del Área

de Gobierno de Hacienda y Administración Pública. Por otra parte, consta en el expediente el informe favorable de supervisión del proyecto modificado número 2, de 4 de mayo de 2010, emitido por el Jefe del Servicio de Supervisión de Proyectos y Verificación de Obras, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 128 del TRLCAP y 136 del RGLCAP. Igualmente, se ha levantado por el director de las obras, acta de replanteo previo, de la misma fecha, tal y como exigen los artículos 129 del TRLCAP y 138 del RGLCAP.

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 101.1 del TRLCAP, donde se establece que *“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razones de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”*.

En nuestro caso, al expediente remitido se ha incorporado informe técnico de la dirección facultativa de las obras, de 3 de febrero de 2010 (folios 348 a 351), y memoria justificativa del Subdirector General de Edificación Pública, con la conformidad de la Directora General de Patrimonio, de fecha 4 de mayo de 2010 (folios 354 a 361), en los que se indican las razones que justifican la realización de un proyecto modificado.

Asimismo se ha cumplimentado la exigencia de informe de contenido presupuestario, prevista en el artículo 101.3 del TRLCAP, con arreglo al cual: *“En las modificaciones de los contratos, aunque fueran sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente alteraciones en cuantía igual o superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato, siempre que éste*

sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros) con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, será preceptivo, además del informe a que se refiere el apartado 2 del artículo 59 y de la fiscalización previa en los términos del apartado 2, letra g), del artículo 11, el informe de contenido presupuestario de la Dirección General de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. A tal efecto, los órganos de contratación remitirán el expediente correspondiente a la modificación propuesta, al que se incorporarán los siguientes documentos:

- a) Una memoria explicativa suscrita por el director facultativo de la obra que justifique la desviación producida que motiva la modificación, con expresión de las circunstancias no previstas en la aprobación del pliego de prescripciones técnicas y, en su caso, en el proyecto correspondiente, documento que será expedido, en los contratos distintos a los de obras, por el servicio encargado de la dirección y ejecución de las prestaciones contratadas.*
- b) Justificación de la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación.*
- c) En los contratos de obras, informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos sobre la adecuación de la modificación propuesta.*

La Dirección General de Presupuestos emitirá su informe en el plazo de quince días hábiles.

Lo establecido en este apartado será también de aplicación en las modificaciones consistentes en la sustitución de unidades objeto del contrato por unidades nuevas en contratos cuyo importe de adjudicación sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121,04 euros) y las modificaciones afecten al 30 por 100 o más del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido,

independientemente de las repercusiones presupuestarias a que dieran lugar las modificaciones”.

Con arreglo a ello se ha emitido informe del Jefe del Servicio de Programación y Planificación de Gastos Plurianuales, con la conformidad del Director General de Presupuestos, de fecha 14 de mayo de 2010, prestando la conformidad a la tramitación del presente expediente (folios 369 y 370).

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 lo sustituya, la fiscalización de la Intervención, de acuerdo con lo señalado en el artículo 214 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y 102 del RGLCAP.

En este caso, se ha unido también a los folios 376-381 el informe fiscal de la Intervención General y los documentos contables de autorización y disposición de ampliación de gasto plurianual por un importe de 14.574.587,9 € para la anualidad de 2010 y 9.963.051,31 € para el año 2011 (folio 382); y de retención de crédito plurianual, por importe de 349.674,55 € para el año 2010 y 171.776,75 €, para la anualidad siguiente (folio 375); cumpliéndose así con la citada exigencia legal.

En cuanto a la competencia para aprobar la modificación, al tratarse de la modificación de un contrato cuya celebración autorizó la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid y que excede del 20% del importe primitivo del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.2. del TRLAP, corresponde a dicha Junta de Gobierno autorizar previamente la modificación, así como autorizar y disponer el gasto correspondiente al exceder su cuantía de 1.500.000 € en gastos de capital, todo ello de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1e) y g) de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid y en el Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 27 de julio de 2006, de delegación de competencias específicas en los órganos superiores y directivos de las Áreas de Gobierno y de los Distritos.

Una vez autorizada la modificación del contrato y autorizado y dispuesto el gasto correspondiente por la Junta de Gobierno, el órgano competente para aprobar la modificación, como han señalado los órganos preinformantes, es el Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Administración Pública, en virtud de las atribuciones delegadas por Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de 27 de julio de 2006, de delegación de competencias específicas en los órganos superiores y directivos de las Áreas de Gobierno y de los Distritos.

TERCERA.- 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 “*necesidades nuevas o causas imprevistas*”, añadiéndose, además, la exigencia formal de que se justifique todo ello debidamente en el expediente (artículo 101 del TRLCAP).

Procede, pues, analizar si en el contrato que nos ocupa concurren estos requisitos establecidos en la legislación aplicable. En cuanto a “*las causas imprevistas*” que permiten la modificación, el Consejo de Estado viene excluyendo la posibilidad de que la modificación contractual se ampare en imprevisiones derivadas de una incorrecta elaboración del proyecto inicial. Al respecto puede citarse el Dictamen 583/2001, de 29 de marzo, en el que se expresa 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*

En igual sentido cabe traer a colación el Dictamen 2644/2003, cuando señala 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 modificado 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".*

Ahora bien, en el contrato que nos ocupa, según se justifica en los informes técnicos incorporados al expediente, la causa imprevista alegada no es derivada de la falta de diligencia en la redacción del proyecto inicial, sino, por un lado, de la imposibilidad de determinar la existencia de ciertas disposiciones constructivas concretas o de algunos elementos originales ocultos que se han puesto de manifiesto, una vez iniciadas las obras, al hilo de las demoliciones proyectadas; y por otro, de la aparición de patologías

que no pudieron detectarse en las prospecciones realizadas para la redacción del proyecto inicial por encontrarse el edificio en uso.

Como se indica en los antecedentes fácticos del presente Dictamen en la Memoria justificativa de la modificación se argumenta lo siguiente: *“se ha comprobado la existencia de ciertas disposiciones constructivas concretas o de algunos elementos originales ocultos que necesariamente se deben conservar, imposibles de determinar previamente, ni siquiera acudiendo a la documentación original o a la completa información disponible recopilada para la redacción del Concurso de Ideas. Por otra parte, se han detectado patologías en las cimentaciones de los pilares de la zona del Museo, en el forjado sanitario de la misma zona y en los pilares contiguos a las oficinas de Correos y de las Artes (en planta primera son contiguos con las oficinas de Correos y en plantas segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta son contiguos con las oficinas de las Artes), estas patologías no se pudieron detectar en las prospecciones efectuadas para redactar el proyecto primitivo como consecuencia de la ocupación continuada en el uso del edificio ni tampoco se tenía conocimiento de ellas en el momento de redactar el primer proyecto modificado, puesto que no se habían iniciado los trabajos que las pusieron de manifiesto en el momento de la aprobación de dicha modificación del proyecto. Las patologías de los pilares contiguos a las oficinas de Correos y de las Artes se han detectado al sustituir las bajantes embebidas en ellos que presentaban roturas muy antiguas que a su vez han afectado a los núcleos metálicos de los pilares”*.

Estos avatares surgidos durante la ejecución de las obras y que, con arreglo a lo que establecen los informes técnicos, no pudieron ser previstas en el momento de la elaboración del proyecto primitivo del contrato se concretan, básicamente, en la necesidad de reforzar y reparar elementos estructurales, modificar los trazados de algunas instalaciones y adaptar algunas estancias, mas no suponen una alteración arquitectónica sobre la

concepción del proyecto inicial, respetándose, asimismo, la idea contenida en aquél de recuperar los valores originales del edificio.

En otro orden de cosas, se hace preciso destacar que el presupuesto para el válido ejercicio del *ius variandi* durante la vigencia del contrato es el interés general. La ley exige siempre, en efecto, que esté comprometido el interés público (artículo 101 del TRLCAP), que juega en un doble sentido, en tanto presupuesto de la modificación propuesta y de la continuidad del vínculo contractual.

En el primer sentido, parece evidente que concurre interés público en la rehabilitación, recuperación y reforzamiento de un edificio tan emblemático de la ciudad de Madrid como es el Palacio de Comunicaciones, declarado Bien de Interés Cultural, para respetar la morfología originaria del edificio y eliminar las patologías que padece.

En el segundo sentido, la improcedencia de una nueva adjudicación y, en consecuencia, el mantenimiento del vínculo contractual con el actual contratista resulta de la imposibilidad de ejecución de unidades de obra de forma simultánea por dos contratistas diferentes, con la consiguiente duplicidad de medios auxiliares y medidas de seguridad de cada una de ellas, con el correlativo encarecimiento de la obra, a lo que se añaden las dificultades derivadas del hecho de que la obra recae sobre un edificio declarado Bien de Interés Cultural. Tales extremos se explicitan adecuadamente en la Memoria justificativa de la Dirección General de Patrimonio del siguiente modo: *“Por un lado técnicamente resulta totalmente imposible la ejecución por dos empresas constructoras diferentes, de unidades de obra que es necesario ejecutar de forma simultánea, dado que las patologías detectadas afectan a toda la obra. Se han suspendido obras del proyecto primitivo que para su ejecución requieren la realización previa de reparaciones, refuerzos y sustituciones de elementos estructurales o constructivos, cuya ejecución constituye el objeto del proyecto modificado,*

junto a otras alteraciones del proyecto primitivo necesarias para acomodar el funcionamiento del Museo y el Salón de Plenos a las soluciones estructurales y constructivas adoptadas; las unidades de obra que se recogen en el proyecto modificado no tienen continuidad en su ejecución ya que se intercalan con unidades de obra cuya ejecución ha de ser realizada por el actual adjudicatario del contrato. La ejecución de la obra por dos empresas constructoras diferentes, implicaría que se tendrían que alternar en la ejecución, esperando cada una de ellas a que la otra realizara la parte que le correspondiera en cada fase o unidad en ejecución, obligaría a montar y desmontar los medios auxiliares y las medidas de seguridad en cada intervención según el contratista que estuviera actuando e impediría determinar la responsabilidad de cada uno de los contratistas en la correcta ejecución de los trabajos.

Así mismo, al tratarse de un edificio declarado BIC (Bien de interés Cultural) todas las restauraciones de elementos existentes (refuerzos de la estructura vista, carpinterías, elementos cerámicos, pavimentos, luminarias, etc...) afectados por el proyecto modificado, para los que el contratista actual a través de las correspondientes subcontratas ha realizado moldes, prototipos, matrices para maquinaria, etc..., deberían ser realizados de forma idéntica por el nuevo adjudicatario del proyecto modificado, lo que supondría duplicar los trabajos indicados con el consiguiente encarecimiento de la adjudicación.

Por otra parte, teniendo en cuenta el ritmo de ejecución de la obra y el estado en que se encuentra la misma, resulta más conveniente la continuación con el actual contratista que un nuevo proceso de adjudicación, ya que requeriría introducir en la obra otro equipo de administración y seguimiento, con nuevos medios auxiliares y equipos de seguridad e higiene por parte de la nueva contrata, además de mantener los existentes del contratista actual, es decir, se duplicarían los gastos

generales y los medios auxiliares y medidas de seguridad, puesto que al alternarse en la ejecución se producirían tiempos muertos que repercutirían en los gastos generales y medios auxiliares y de seguridad que encarecerían considerablemente estos apartados.

Además como el nuevo contratista tendría que realizar las obras en los mismos términos previstos en el proyecto modificado, se produciría un retraso en la ejecución de la obra y se incurriría en un gasto superior al que se deriva de la modificación del contrato, a consecuencia del aumento de los costes derivado del aplazamiento en el tiempo de la nueva licitación, principalmente de los gastos generales de la obra”.

En definitiva, se estiman suficientes las razones que han motivado la redacción del proyecto reformado número 2 correspondiente a la tercera modificación contractual de las obras de rehabilitación del Palacio de Comunicaciones que, desde un punto de vista técnico, ha recibido el juicio favorable de los órganos competentes.

Además, según se indica en el informe técnico elaborado por la dirección facultativa de las obras, las modificaciones proyectadas “*no suponen alteración arquitectónica sobre la concepción del proyecto original aprobado y contribuyen a la mejor conservación del edificio*” (folio 350).

Sólo resta advertir que la modificación contractual, al suponer una variación del precio del contrato, debe ir acompañada del correspondiente reajuste de la garantía para que guarde la debida proporción con el precio resultante de la modificación, tal y como establece el artículo 42 del TRLCAP; así como del reajuste del plazo, por *mor* del artículo 162 del RGLCAP.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la aprobación de la modificación número 3 del contrato de obras de rehabilitación del Palacio de Comunicaciones para dependencias del Ayuntamiento de Madrid y espacio cultural.

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.

Madrid, 28 de julio de 2010