

Dictamen n<sup>o</sup>:           **621/12**  
Consulta:               **Alcaldesa de Madrid**  
Asunto:                 **Contratación Administrativa**  
Aprobación:           **14.11.12**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 14 de noviembre de 2012, emitido ante la consulta formulada por el vicealcalde de Madrid por delegación mediante Decreto de la alcaldesa de 26 de enero de 2012, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre modificación del contrato denominado «*REDACCIÓN DE PROYECTO Y EJECUCIÓN DE LAS OBRAS EN UN CENTRO DE EXPRESIÓN E INNOVACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL APR.17.1 "BOETTICHER"*» suscrito con la UTE B y E el día 26 de diciembre de 2008.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 11 de octubre de 2012 ha tenido entrada en este Consejo Consultivo solicitud firmada por el consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno el día 5 de octubre de 2012, referida al expediente de modificación contractual referido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 561/12, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.2 del Reglamento Orgánico del Consejo

Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección VII, cuya presidenta, la Excm. Sra. Dña. María José Campos Bucé, firmó la oportuna propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 14 de noviembre de 2012.

**SEGUNDO.-** En fecha 26 de diciembre de 2008 se adjudicó definitivamente a la UTE B y E el contrato de obras denominado «*REDACCIÓN DE PROYECTO Y EJECUCIÓN DE LAS OBRAS EN UN CENTRO DE EXPRESIÓN E INNOVACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL APR 17.11 “BOETTICHER”*» por un importe de 24.146.080 euros y un plazo de ejecución de once meses. El Pliego de Cláusulas Administrativas que rige la contratación prevé expresamente en su Cláusula 29 que el contrato podrá por ser modificado por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente y que la modificación no podrá afectar a las condiciones esenciales del contrato (folio 167 del Tomo 1 del Libro I del expediente). El contrato se formalizó el mismo día 26 de diciembre de 2008.

El día 26 de febrero de 2009 la entidad adjudicataria solicita la ampliación del plazo para la entrega del proyecto. Por Decreto del delegado del Área de 6 de marzo de 2009 se amplía el plazo de redacción del proyecto al 1 de junio de 2009 y el fin de la obra al 15 de marzo de 2010. Consta en el expediente que mediante Decreto de 29 de mayo de 2009 se concedió una nueva ampliación de plazo hasta el 30 de junio de 2009 para la redacción del proyecto y hasta el 15 de abril de 2010 para el fin de las obras.

La entrega del proyecto de ejecución se efectúa el 30 de junio de 2009. El 20 de julio de 2009 se solicita a la entidad adjudicataria la subsanación de defectos del proyecto y por decreto de la misma fecha se amplía el plazo para la ejecución de las obras hasta el 15 de junio de 2010. Tras una nueva petición de subsanación del proyecto y nueva ampliación de plazo de ejecución del contrato hasta nueve meses desde la comprobación del replanteo, el 21 de octubre de 2009 la UTE presenta el Proyecto de Ejecución una vez subsanados los defectos observados por la Administración.

El 9 de marzo de 2010 se firmó el acta de replanteo de inicio de las obras.

Previo Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2 diciembre de 2010 por el que se autoriza y dispone un gasto de 3.431.430 euros, mediante Decreto de 3 de diciembre de 2010 del delegado del Área de Gobierno de Economía, Empleo y Participación Ciudadana de 3 de diciembre de 2010, se aprueba la modificación nº 1 del contrato de obras para atender circunstancias imprevistas surgidas durante la ejecución del contrato y que implican: Modificación de la solución de cimentación en la alineación exterior de la Banda y en el área oeste de la nave debido a las nuevas estructuras detectadas; refuerzo de la estructura portante de la nave; recalce y reparación de la cimentación de las alineaciones A, C y D de la Nave y de los pilares A23, B23, C17 y D17 de la fachada norte y del pilar A1 de la fachada sur; reparación general de patologías detectadas en la nave; necesidades constructivas de las cubiertas existentes; modificación del nivel de solera exterior e interior; revisión del sistema de limpieza de la torre e integración de horno aparecido en nave lateral oeste y solución de afecciones en bóveda cubierta. El plazo de ejecución del contrato quedó establecido hasta el 31 de mayo de 2011.

Con fecha 11 de abril de 2011 la entidad adjudicataria formula una solicitud de ampliación del plazo de la obra en tres meses (hasta el 31 de agosto de 2011), que es autorizada mediante Decreto de 25 de abril de 2011 del delegado del Área de Gobierno de Economía y Empleo.

El 13 de junio de 2011 se aprueba la modificación nº 2 del contrato por un importe de 1.479.999,99 euros IVA incluido, justificada en la aparición de circunstancias imprevistas durante los trabajos de rehabilitación y reconstrucción de la nave, como que son, entre otras las siguientes: en determinadas zonas de la estructura la calidad del hormigón encontrada es inferior a la inicialmente prevista, lo que implica la realización de una serie de refuerzos adicionales; sustitución de tres tirantes de la cubierta de la nave que se encuentran en muy mal estado o el recálculo de la estructura prefabricada de la Banda debido a las deficiencias estructurales de la Nave puestas de manifiesto con el avance de los trabajos. El plazo de ejecución del contrato quedó establecido hasta el 31 de agosto de 2011.

Consta en el expediente que mediante Decreto de 10 de agosto de 2011 del delegado del Área competente se autorizó una ampliación del plazo de ejecución hasta el 30 de diciembre de 2011, y que el contrato fue objeto de otras dos ampliaciones más, autorizadas mediante Decretos de 29 de diciembre de 2011 y 28 de febrero de 2012. El plazo de ejecución tras la última ampliación autorizada quedó establecido hasta el 15 de abril de 2012.

**TERCERO.-** El 16 de febrero de 2012, la UTE adjudicataria solicita una nueva modificación del contrato *“por un importe aproximado con IVA de 980.000 euros”* fundamentada *“en la patología detectada en la solución proyectada y ejecutada de impermeabilización de la cubierta, motivada por los movimientos imprevisibles de la estructura de la nave”* que, a su juicio , hace necesaria una reimpermeabilización a base de láminas

asfálticas *“que poseen mayor elasticidad y que absorberán las fisuras que se están produciendo”*.

El 2 de abril de 2012 la Dirección Facultativa de las obras solicita autorización para la redacción del proyecto modificado nº 3 ante la necesidad de *“modificar la solución proyectada para la cubierta de la nave”*. Según el informe redactado por la mentada Dirección Facultativa la justificación del modificado se halla en circunstancias imprevisibles y en razones de interés público por lo siguiente:

*“En los cálculos de la nave se han tenido en cuenta los movimientos por dilatación térmica que sufren las estructuras de hormigón y los producidos por la consolidación de la cimentación, si bien, tras la realización del aislamiento e impermeabilización de la cubierta de la nave en junio de 2010 se ha comprobado que se producen otros movimientos que sufre la estructura de la nave en su estado final que afectan negativamente a la solución de cubierta adoptada en proyecto. Dichos movimientos imprevisibles, ya que no son habituales en estructuras de hormigón actuales, si bien no afectan a la estabilidad estructural del edificio, no son absorbidos por el mortero impermeabilizante, que tiende a fisurarse. Por lo cual se define una nueva solución para la cubierta de la nave a base de láminas asfálticas con una mayor elasticidad que absorben dichas fisuras provocadas por los movimientos estructurales”*.

Igualmente la Dirección Facultativa solicita que se acuerde la continuación provisional de las obras *“debido a su interés público ya que su no realización implicaría riesgos graves de deterioro de las cubiertas, las instalaciones y los acabados de la nave, elementos básicos del edificio”*.

Se ha incorporado al expediente la memoria justificativa de la tercera modificación del contrato de 11 de abril de 2012 suscrita por el director general de Innovación y Tecnología.

Mediante Decreto de 12 de abril de 2012 del Delegado del Área de Gobierno de Economía, Empleo y Participación Ciudadana, por delegación de la Junta de Gobierno Local mediante Acuerdo de 26 de enero de 2012, se autoriza la redacción del proyecto modificado por un importe de 980.000 euros IVA incluido. De igual manera se acuerda la continuación provisional de las obras en los términos previstos en la propuesta técnica de la Dirección Facultativa del contrato y se autoriza la ampliación del plazo total de ejecución del contrato hasta el 29 de junio de 2012.

El 15 de junio de 2012 la entidad contratista solicita una nueva ampliación del plazo de ejecución en base a las siguientes razones:

*«- El Centro de Expresión e Innovación de Nuevas Tecnologías CEINT se encuentra enclavado dentro del APR 17.11 “Boeticher”. A día de hoy la iniciativa privada está ejecutando el desarrollo urbanístico en el espacio que rodea al Centro.*

*- Dado que antes de la finalización de las obras del Centro se deben realizar todas las pruebas de las instalaciones con la que está dotado éste, esta UTE las está realizando mediante medios no estándares (grupos electrógenos portátiles, cisternas de agua, enganches provisionales de telecomunicaciones...) siendo necesario por tanto un aumento en el plazo de obra para poder realizar las pruebas antes mencionadas con total garantía y seguridad...».*

Mediante Decreto de 25 de junio de 2012 se autoriza la ampliación del plazo total de ejecución de las obras hasta el 10 de octubre de 2012.

El 5 de julio de 2012 mediante Decreto del delegado del Área de Gobierno de Economía, Empleo y Participación Ciudadana se aprueba el proyecto modificado del contrato de obras.

El 18 de julio de 2012 se procedió al replanteo del proyecto modificado, comprobándose la realidad geométrica de la obra, la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución y que todos los supuestos de desarrollo contemplados en el Proyecto Modificado 3 redactado son aplicables para la ejecución de las obras. En la misma fecha 18 de julio de 2012 se confiere audiencia al contratista con el fin de poner en su conocimiento el proyecto modificado y obtener su conformidad. Se indica que el importe de la modificación asciende a 980.000 euros IVA incluido, por lo que el precio del contrato queda establecido en 30.435.712,67 euros (IVA incluido). En el trámite de audiencia conferido al efecto consta que el contratista examina los precios nuevos y presta su conformidad.

El 7 de agosto de 2012 se emite informe por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, que recuerda que conforme el artículo 202.1 de la LCSP, para la modificación es preciso que existan causas imprevistas justificadas debidamente en el expediente. A juicio de la Asesoría Jurídica dicha justificación se halla en los informes técnicos que obran en el expediente a cuyo contenido se remite, dado su carácter eminentemente técnico. Además el mentado informe recuerda que con carácter previo a la modificación se hace preciso que la Junta de Gobierno Local autorice la modificación al suponer una alteración superior al 20% del precio primitivo del contrato y ser una posible causa de resolución, conforme lo establecido en el artículo 6.1 del Acuerdo de 26 de enero de 2012 de la Junta de Gobierno de delegación de competencias específicas en los órganos superiores y directivos de las Áreas de Gobierno y de los Distritos. Por último el informe también menciona el carácter preceptivo del

dictamen de este Consejo Consultivo por tratarse de una modificación que supera el 20% de precio primitivo y ser este superior a 6 millones de euros.

Consta la documentación remitida que el día 7 de septiembre de 2012 por la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid fue fiscalizado favorablemente el expediente de modificación nº 3 del contrato, por un importe de 830.508,47 euros y un IVA del 21% como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** La petición de dictamen se realiza al amparo de lo dispuesto en el artículo 13.1.f) apartado cuarto de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, a cuyo tenor el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de *“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 artículo 114.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones Legales Vigentes en Materia Local atribuye al órgano competente de la entidad local para contratar la facultad *“de modificar, por razón de interés público, los contratos celebrados y acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados legalmente”*.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), aplicable en materia de procedimiento al presente expediente, al ser el texto vigente al momento de iniciarse la modificación del contrato, según doctrina de este Consejo Consultivo, por aplicación de las disposiciones transitorias del Código Civil, erigidas en derecho intertemporal común, establece en su artículo 211.1.3.b) que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en las modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 por ciento del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

En el presente caso la modificación proyectada supone un incremento del 3,99% y sumado a las anteriores modificaciones aprobadas supone un incremento en un 20'95% del precio primitivo del contrato que fue de 24.146.080 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

La petición de dictamen se cursa a través del consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley (*“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”*), y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

**SEGUNDA.-** No podemos obviar en el presente expediente las circunstancias temporales en las que se solicita el dictamen de este Consejo

Consultivo. En efecto se observa que cuando el expediente tiene entrada en este órgano para su dictamen preceptivo, esto es, el 11 de octubre de 2012, el plazo para la ejecución de las obras estaba vencido, toda vez que consta que mediante Decreto de 25 de junio de 2012 se autorizó la ampliación del plazo total para la ejecución de las obras hasta el 10 de octubre de 2012, sin que en la documentación remitida a este Consejo figure una nueva ampliación del citado plazo. Si a ello se suma que mediante Decreto de 12 de abril de 2012 se autorizó la continuación provisional de las obras, puede resultar que a la fecha de la aprobación de la modificación por el órgano competente ya haya finalizado el plazo contractual y las obras estén ejecutadas, lo que podría dejar sin sentido la función consultiva de este Consejo, al que no le corresponde dictaminar sobre situaciones de hecho ya consumadas.

El Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que *«las necesidades técnicas de la obra, la tramitación de un expediente de modificación contractual y la urgencia añadida en algunos casos, hace que sea relativamente frecuente, aunque no por ello deseable, que los reformados se aprueben “a posteriori” para convalidar una situación creada y consumada “de facto” con la ejecución material de la modificación»* (Dictamen número 1497/93, de 28 de diciembre de 1993). En el mismo sentido ha recordado que *«no son obviamente vías adecuadas para regularizar y dar carta definitiva de naturaleza a modificaciones ya ejecutadas, sino que son, por el contrario, un “prius” de tales alteraciones»* (Dictamen 40/1994, de 21 de abril).

No obstante lo anterior y para el supuesto de que las circunstancias que hemos expuesto no concurren en el presente expediente, analizaremos el cumplimiento de los requisitos formales y sustantivos para la modificación contractual proyectada.

En materia de procedimiento, debemos estar conforme a lo expuesto supra, a lo dispuesto en los artículos 211, 219 y 231.4 del TRLCSP. Conforme al último precepto que acabamos de citar [cuyo contenido es idéntico al del artículo 217.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y el artículo 146.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos, (en adelante TRLCAP)], en las modificaciones del contrato de obras, cuando la suspensión temporal parcial pueda ocasionar graves perjuicios al interés público, puede acordarse la continuación provisional de las mismas, pudiendo distinguirse dos fases o momentos (así informe 49/01, de 30 de enero de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a propósito del artículo 146.4 del TRLCAP):

Una primera fase en la que se autoriza la continuación provisional de las obras de acuerdo con la propuesta técnica elaborada por la dirección facultativa y la segunda fase, que comprende la aprobación del expediente del modificado propiamente dicho, que deberá producirse en el plazo de ocho meses y que deberá comprender todos los documentos y cumplir todos los requisitos de los expedientes de modificación, entre ellos el dictamen preceptivo de este Consejo Consultivo.

De acuerdo con la normativa citada, en esa segunda fase, además del dictamen del Consejo Consultivo exigido por el artículo 211.1.3.b) del TRLCSP, al que hemos hecho referencia anteriormente, el precitado artículo 211 del texto legal exige la audiencia del contratista.

Esta exigencia se ha cumplido en el caso sometido a dictamen, dado que, con fecha 18 de julio de 2012 la adjudicataria prestó expresamente su conformidad a la modificación propuesta, (folio 46 del Libro 11 del expediente administrativo).

La normativa contractual exige, asimismo, que se incorporen al expediente los documentos que acrediten la necesidad de dar respuesta a las circunstancias imprevistas a través precisamente del modificación del contrato anterior, sin necesidad de proceder a una nueva licitación. Así se desprende del artículo 102 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RCAP), vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos que establece que *“Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla...”*.

En nuestro caso, al expediente remitido se ha incorporado la memoria propuesta de la modificación del contrato, de 11 de abril de 2012 del director general de Innovación y Tecnología (folios 7 a 12 del Libro 11 del expediente) en el que se indican las razones que justifican la modificación del contrato.

Por otro lado, el indicado artículo 102 del RCAP impone también la fiscalización del gasto correspondiente, lo que se ha cumplido en el presente expediente al haberse incorporado el informe fiscal favorable a la modificación de 7 de septiembre de 2012 de la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid.

Igualmente el artículo 114.3 del TRRL requiere que se emita informe por la Secretaría, si bien la referencia al informe de la Secretaría debe entenderse realizada para el Ayuntamiento de Madrid y para los municipios de gran población, al informe de la Asesoría Jurídica, de acuerdo con la disposición adicional octava de la Ley de Bases de Régimen Local, tras la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Modernización del Gobierno Local, (*“las funciones que la legislación sobre contratos de las administraciones públicas asigna a los secretarios de los*

*ayuntamientos, corresponderán al titular de asesoría jurídica, salvo las de formalización de los contratos en documento administrativo”)*. En este caso consta incorporado al expediente el informe de 7 de agosto de 2012 emitido por la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid en relación con la modificación del contrato.

En cuanto a la competencia para aprobar la modificación corresponde a la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, sin perjuicio de la competencia para la autorización y disposición del gasto que corresponde al delegado del área de Gobierno de Economía, Empleo y Participación Ciudadana en aplicación del Acuerdo de la Junta de 26 de enero de 2012 de delegación de competencias específicas en los órganos superiores y directivos de las Áreas de Gobierno y de los Distritos.

**TERCERA.-** La normativa sustantiva aplicable a este contrato, viene constituida por la ley vigente al tiempo de la adjudicación, que es la LCSP, en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante LES), en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera del TRLCSP, al disponer que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”* y la disposición transitoria séptima de la LES, en vigor desde el 6 de marzo de 2011, cuando establece que:

*“Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se registrarán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

Dicho esto, en el presente caso, teniendo en cuenta que el contrato se adjudicó el 26 de diciembre de 2008, resulta plenamente aplicable la LCSP en su redacción anterior a la LES.

El régimen de modificación de los contratos se contempla en el artículo 202 de la LCSP, a cuyo tenor:

*“1. 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.*

*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).*

*2. 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.*

*3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 140...”.*

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.

Como hemos señalado reiteradamente, el sometimiento a cauces estrictos del *ius variandi* de la Administración tiene su razón de ser precisamente en la salvaguarda del principio de concurrencia y licitación pública que preside la contratación administrativa. El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración pueda variar tales condiciones en determinadas circunstancias y por razones de interés público, llevan a admitir el citado *ius variandi* de la Administración pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar, la indebida alteración del referido principio de licitación pública. La adjudicación al contratista originario de la ejecución de proyectos modificados comporta de esta manera una excepción a la exigencia de concurrencia pública en la adjudicación de los contratos administrativos, y como tal debe ser interpretada. De esta manera, en los dictámenes relativos a consultas sobre modificación de contratos, se ha advertido sobre la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar, los proyectos de obras, de forma que solo excepcionalmente haya de acudir a la ulterior modificación objetiva del contrato, pues de lo contrario prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto al tipo de obras que habrían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación.

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*”. Por otra parte, también ha de tenerse en cuenta la evidente dificultad que, en numerosas ocasiones, supone delimitar lo que en realidad queda dentro del concepto legal de lo “*imprevisto*” a la hora de valorar la justificación de la necesidad de la variación en el contrato. Esta dificultad es especialmente patente cuando el órgano consultivo ha de dictaminar, porque su criterio tiene que basarse en el de los facultativos que han informado en el procedimiento de modificación, y estos informes, de naturaleza eminentemente técnica, han de ser interpretados en clave jurídica, lo que implica el análisis y valoración de sus contenidos técnicos y de su trascendencia jurídica.

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*”.

En el presente caso, la propuesta de modificación que analizamos en el presente dictamen es la tercera que pretende introducirse en el contrato.

En relación con lo previsto en el apartado 2 del artículo 202 de la LCSP, debemos señalar que, como ya pusimos de manifiesto en los antecedentes de hecho de este dictamen, el Pliego de Cláusulas Administrativas que rige la contratación prevé expresamente en su Cláusula 29 que el contrato podrá por ser modificado por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente y que la modificación no podrá afectar a las condiciones esenciales del contrato (folio 167 del Tomo 1 del Libro I del expediente).

En relación con las exigencias materiales para la modificación, debemos destacar, que en la tramitación del expediente se ha justificado la necesidad de la modificación propuesta, así como las razones de interés público que la justifican, sobre la base de causas imprevistas de carácter eminentemente técnico. Según la memoria y los informes técnicos que obran en el expediente remitido, la mentada modificación responde a circunstancias imprevistas, ya que:

*“(...) en los cálculos de la nave se han tenido en cuenta los movimientos por dilatación térmica que sufren las estructuras de hormigón y los producidos por la consolidación de la cimentación, si bien, tras la realización del aislamiento e impermeabilización de la cubierta de la nave en junio de 2010 se ha comprobado que se producen otros movimientos que sufre la estructura de la nave en su estado final que afectan negativamente a la solución de cubierta adoptada en proyecto. Dichos movimientos imprevisibles, ya que no son habituales en estructuras de hormigón actuales, si bien no afectan a la estabilidad estructural del edificio, no son absorbidos por el mortero impermeabilizante, que tiende a figurarse”* y razones de

interés público “*ya que su no realización implicaría riesgos graves de deterioro de las cubiertas, las instalaciones y los acabados de la nave, elementos básicos del edificio*”. Para ello se propone “*una nueva solución para la cubierta de la nave a base de láminas asfálticas con una mayor elasticidad que absorben dichas fisuras provocadas por los movimientos estructurales*”.

Este Consejo Consultivo entiende justificada la reforma proyectada sobre la base de circunstancias técnicas de carácter imprevisto, que parecen encontrar su explicación última en que nos encontramos con una importante reconfiguración de un antiguo edificio, en la que el curso de los trabajos ha ido mostrando aspectos con los que no se pudo contar en el origen, como es la que ahora motiva la presente modificación relativa a “*movimientos imprevisibles*” del hormigón del edificio “*que no son habituales en estructuras de hormigón actuales*”.

Por otro lado, se hace preciso destacar que el presupuesto para el válido ejercicio del *ius variandi* durante la vigencia del contrato es el interés general. En este caso parece evidente que concurre interés público en la ejecución de una nueva solución para la cubierta de la nave que evite el deterioro de elementos básicos del edificio, como las cubiertas, las instalaciones y los acabados de la nave y elimine las patologías que padece como consecuencia de los problemas detectados en la estructura.

Cabe añadir, por último, que conforme el artículo 202 la modificación no puede afectar a las condiciones esenciales del contrato. La LCSP en su redacción originaria, no contempla lo que debe entenderse por alteración sustancial, a diferencia del artículo 92 quáter introducido por la reforma llevada a cabo por la LES y el artículo 107 del TRLCSP, si bien no resultan aplicables conforme a lo dicho anteriormente al presente contrato. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal en el Informe 43/2008, de 28 de julio, al resolver una consulta de la Intervención

General de la Administración del Estado, señala a propósito de esta cuestión lo siguiente:

*“Con respecto a las modificaciones contractuales: a) La determinación apriorística de en qué supuestos debe considerarse que una modificación contractual afecta a condiciones esenciales de la contratación solo puede hacerse en vista de las circunstancias propias de cada caso. Ello debe entenderse sin perjuicio de que se deba tener en consideración el principio de que son esenciales “aquellas estipulaciones que de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido presentar a los licitadores una oferta sustancialmente diferente...”.*

En el presente caso, cabe decir que no se aprecia una alteración de las condiciones esenciales del contrato, aun utilizando con carácter indicativo los casos previstos en el artículo 92 quáter y el artículo 107 del TRLCSP, pues ninguno se da en el presente supuesto, con la excepción, no aplicable conforme a lo dicho, de la prohibición de acometer modificaciones que superen el diez por ciento del precio de adjudicación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Sin perjuicio de lo expuesto en la Consideración segunda de este dictamen, procede la aprobación de la modificación nº 3 del contrato de obras denominado «*Redacción de proyecto y ejecución de las obras en un centro de expresión e innovación de nuevas tecnologías en el APR 17.11 “Boetticher”*».

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, 14 de noviembre de 2012

