

En Logroño, a 14 de marzo de 2007, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D. José M^a. Cid Monreal y D^a. Carmen Ortiz Lallana, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

14/07

Correspondiente a la consulta elevada al Consejo Consultivo de La Rioja a instancia del Excmo. Consejero de Hacienda y Empleo del Gobierno de La Rioja, sobre el expediente relativo al "*Modificado n^o 3 de las obras para la construcción del Complejo Tecnológico de La Rioja y Urbanización del Parque Anejo en el término de La Fombera de Logroño*".

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Con fecha de 11 de enero de 2007, el Arquitecto redactor del proyecto y director de las obras del *Complejo Tecnológico de La Rioja* y urbanización del parque anejo en el término de *La Fombera* de Logroño solicita autorización a la Consejería de Hacienda y Empleo del Gobierno de La Rioja para la redacción del Proyecto de Modificado núm. 3 de las citadas obras que justifica así

"Que es necesario incorporar modificaciones al Proyecto derivadas de las reuniones establecidas entre la propiedad, empresa constructora y dirección facultativa acerca de la adecuación de los accesos y viales al edificio desde la Avenida de Zaragoza, atravesando el camino de Los Lirios y llegando hasta el parking de edificio.

-Que es necesario incorporar modificaciones al proyecto derivadas de las reuniones establecidas entre la propiedad, empresa constructora y dirección facultativa acerca de la incorporación de señalética al edificio.

-Que es necesario introducir las modificaciones solicitadas por los que van a ser los usuarios del edificio, Servicio Riojano de Empleo y ADER, una vez visitado el mismo y de acuerdo con el personal y los usos a que va a ir destinado dicho inmueble".

Acompaña su escrito la siguiente documentación:

a) Memoria del Proyecto de modificado (Tomo I).

Consta como objeto del modificado dos actuaciones principales: Consolidación del acceso rodado a través del *Camino de Los Lirios* ("*consistirá en la poda y limpieza de límites del edificio, plantación de nuevo arbolado en sustitución del que ha enfermado, eliminación de la puerta de acceso y reubicación de una nueva en el límite con la zona de viveros gestionada por la Consejería de Medio Ambiente, además del lavado de muros de hormigón preexistentes. Esta consolidación también supondrá la urbanización necesaria para hacer llegar agua potable al Centro Tecnológico, según ha solicitado el Ayuntamiento de Logroño*"); Adaptación del edificio a un sistema de señalética unitario y acorde con las directrices pautadas por el Gobierno de La Rioja ("*la complejidad de adaptación de logos, señales y rotulaciones al diseño particular del Centro Tecnológico y la necesidad de acelerar los trabajos necesarios antes de la ocupación del edificio convierten también a la señalética en objeto de proyecto de este Modificado III*").

En el apartado 2.5, se recogen las causas de las modificaciones, nuevas necesidades, soluciones adoptadas. Así, la consolidación del acceso rodado está causada por el mal estado y abandono de la zona de acceso, las diferencias de cotas existentes entre la Avenida Zaragoza y el *Camino de Los Lirios* y por falta de mantenimiento en la jardinería. El informe de deficiencias emitido por la Consejería de Medio Ambiente y adjunto en el apartado '2.1.3 Estado actual' refleja esa situación. El objeto de este Modificado III es el de "*subsana todas estas deficiencias*". Las soluciones adoptadas se refieren a trabajos previos a los trabajos de acabado; estructura; instalaciones, acabados; vegetación; señalética.

b) Presupuesto modificado.

Presupuesto comparativo. Acta de precios contradictorios (Tomo II). En las págs. 34 a 37 del "Cuadro comparativo de presupuesto" se especifica el correspondiente a las distintas partidas del Modificado núm. 3, en las que se constata la aplicación de precios existentes (en unos casos) y de precios contradictorios (en otros casos).

c) Cuadro de descompuesto. Listado de materiales (Tomo III).

Segundo

Mediante escrito de 15 de enero de 2007, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda y Empleo comunica al Redactor-Director de obra "*la autorización para la redacción de este Modificado núm. 3*".

Tercero

El 25 de enero de 2007 el Arquitecto Jefe de Sección de Edificación del Área de Redacción y Supervisión de Proyectos, emite informe de supervisión favorable del Proyecto modificado núm.3. Constan como motivos:

"Consolidación del acceso rodado a través del Camino de los Lirios.

-Adaptación del edificio a un sistema de señalética unitario

-Nuevas actuaciones:

-Limpieza de los límites del edificio.

-Plantación de un nuevo arbolado por enfermedad del existente

-Reubicación de una nueva puerta para la zona de los viveros.

-Elaboración de un apartado específico para la compleja señalética del edificio".

Se hace constar que el presupuesto modificado núm. 3 experimenta un incremento de 2.987.929,98 euros (16'67%) respecto al Proyecto Modificado 2, cuya adjudicación fue de 17.927.579,86 euros, el importe de los incrementos de los Modificados nº 1, 2 y 3 es de 5.975.859,96 euros, lo que representa un 40,00% porcentaje superior al 20% señalado en el art. 146 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante LCAP).

Cuarto

El 29 de enero de 2007, Registro de Salida del mismo día, la Secretaría General Técnica solicita de la contratista *La Fombera UTE*, de diciembre de 2005, y de acuerdo con el art. 146 TRLCAP la conformidad a los precios del Modificado núm. 3.

Quinto

Mediante escrito de 30 de enero de 2007, registrado el mismo día, el Gerente de la UTE contratista manifiesta su conformidad a la ejecución del Modificado núm. 3, que asciende a 2.987.929,98 euros, "*con las mismas condiciones que el contrato principal*".

Sexto

El mismo día 30 de enero de 2007, la Secretaría General Técnica solicita el preceptivo informe a la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

Séptimo

El Letrado Mayor de los Servicios Jurídicos, con el Visto Bueno del Director General, emite informe, el 7 de febrero de 2007, registrado de entrada el 9 de febrero, en el que, tras el recordatorio de los requisitos legales exigibles a los modificados contractuales (examen del art. 101 y 146 TRLCAP), señala que las causas de la modificación son "*debidas a imprevisiones del proyecto más que a causas imprevistas*"; y que las *necesidades nuevas "no pueden enmascarar un nuevo contrato administrativo con quiebra de los principios de publicidad y concurrencia"*, principios que "*limitan la libertad de pactos como es lógico, y más cuando los cambios en el proyecto son de tal entidad que hubieran podido atraer a otros licitadores de estar previstos originariamente*". Y, a modo de conclusión, señala:

"en el caso que nos ocupa, el presupuesto del modificado, por un lado, y su objeto, por otro, hacen que exceda de los límites legales previstos para esta figura, a pesar de que en ningún momento se dude de las razones de interés público que llevan a proponer la modificación. Por su objeto, resulta que el Modificado núm. 3 puede ser un contrato distinto. El artículo 101 LCAP permite introducir modificaciones en los 'elementos del contrato' lo que supone que debería encontrarse alguna previsión del objeto a modificar en el contrato original. Sin embargo, en el caso sometido a informe no hay ninguna previsión en origen acerca del Camino de Los Lirios que ahora se quiere consolidar. En los presupuestos anteriores no había ninguna partida sobre '05 urbanización del entorno' que ahora se introduce ex novo. Pero, a mayor abundamiento, el acceso a la finca pudo estar comprendido en el objeto del contrato y, si se hubiera hecho, se podrían haber previsto actuaciones que tal vez luego debieran modificarse, pero, en el presente caso, no podemos siquiera considerar si hubo imprevisión o imprevisibilidad pues faltaba el objeto mismo sobre el que se pretende actuar.

Por su importe, también es más que un modificado ya que tiene suficiente entidad para constituir el objeto de un contrato propio y distinto, supera los límites a partir de los cuales está justificada la rescisión de los contratos y falsearía la competencia aceptar una modificación de casi tres millones de euros que se añadirían a otras dos modificaciones previas por similar importe en su conjunto. Al final el conjunto de las modificaciones supondrían un aumento del precio del 40%. Este reparo por sí solo no tendría suficiente entidad si las causas nuevas o imprevisibles fueran aceptables y la causa de interés público muy importante, pero en el presente caso es una razón más para negar la procedencia del modificado propuesto".

Octavo

El 12 de febrero de 2007, la Secretaría General Técnica, redacta la "Memoria Justificativa de la procedencia de tramitación del Modificado nº 3", la que se acompaña de unas hojas de mediciones (en las que no consta resumen expresivo del importe total) y de diversos planos.

En ella da cuenta de la existencia de la adjudicación, en 2003, de dos contratos de asistencia técnica: uno, para la "*Redacción del Proyecto técnico, en misión completa, del Complejo Tecnológico de La Rioja*" y, concluido que fue, con el fin de adecuar e integrar el edificio en el ámbito de actuación de la Zona de Interés Regional (ZIR), un segundo

"para urbanizar la parte de parcela declarada ZIR (no la totalidad, son unos 42.000 de los más de 124.000 m2 que ocupa la parcela) y que incluía también una consolidación somera del camino existente en la actualidad."

La ejecución de dichos dos proyectos *"que se unieron en un proyecto único e inseparable en su construcción, pues la ejecución separada y adjudicada a dos empresas dificultaría, si no impediría, la correcta realización de los trabajos, por estar absolutamente imbricadas ambas actuaciones"* se adjudicó a una UTE.

Este contrato principal ha sido objeto de dos modificados: en marzo de 2006 (por la necesidad de sobreelevar 50 cm el edificio respecto a la cota original del proyecto, como consecuencia de la subida del nivel freático) y en octubre de 2006 (adecuar a la realidad tecnológica el edificio).

Durante las obras de ejecución *"y ante la imposibilidad de acceder a la obra, por falta de licencia municipal, por un acceso provisional por la Avda. de Zaragoza, en el límite oeste de la parcela, el camino de acceso ha sufrido una situación de importante deterioro, tanto en el camino en sí como en la vegetación existente y en el muro de contención y taludes sobre los que se ha apoyado el puente levadizo del edificio"* y la Consejería de Medio Ambiente solicitó se resolviesen diversos problemas de accesibilidad a las instalaciones que tiene en el fondo oeste de la parcela de La Fombera. Asimismo, era necesario adecuar la señalética del edificio a la identidad gráfica corporativa del Gobierno de La Rioja, aprobada en 2003.

En cuanto al informe desfavorable de los Servicios Jurídicos respecto de la justificación sustantiva del modificado, considera que éste no ha valorado adecuadamente los hechos, circunstancia que explica por qué la *"memoria no ha realizado un iter excesivamente claro de la problemática de la ejecución de la obra y del proyecto que explica y justifica la necesidad de modificar el contrato, y, por tanto, el Letrado de los Servicios Jurídicos no tenía por qué conocer esa situación"*. En este sentido rebate las afirmaciones de los Servicios Jurídicos pues considera que sí existían en el proyecto original actuaciones sobre el camino de acceso.

Considera que *"la ejecución de esta parte de la obra no puede adjudicarse a un tercero, porque la ejecución del camino de acceso, en su configuración del proyecto modificado nº 3, no puede desvincularse de la ejecución del proyecto principal, pues supone impedir la finalización de éste, prevista en fecha próximas"*. Señala que la paralización de la obra supondría el retraso en la puesta en funcionamiento del Complejo con cursos de formación ya programados e impediría una solución rápida a los problemas de accesibilidad advertidos por la Consejería de Medio Ambiente. Y concluye:

"La ponderación de los intereses públicos afectados, la justificación de las causas que motivan la redacción del Proyecto modificado número 3 y el hecho de que exista acuerdo con la empresa constructora, que ha aceptado aplicar la baja contractual y no resolver el contrato, lo cual garantiza la mayor agilidad, eficacia y mejor precio, permiten, a juicio de quien suscribe el presente informe, y

sin perjuicio de lo señalado en el de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, no promover una nueva licitación y adjudicar el mismo a la UTE formada por las empresas Vías y Construcciones, S.A. y Construcciones José Martín, S.A."

Noveno

El 12 de febrero de 2007, la Secretario de la Comisión Delegada del Consejo de Gobierno certifica el Acuerdo por el que se excepciona la constitución de la Mesa de Contratación para la propuesta de adjudicación del contrato por procedimiento negociado relativo al Modificado núm. 3.

Décimo

El 13 de febrero de 2007, el Consejero de Hacienda y Empleo, en cuanto órgano de contratación, aprueba el Proyecto técnico de ejecución del modificado núm. 3, por importe de 2.987.929,98 euros.

Undécimo

El 13 de febrero de 2007, el Arquitecto de la Administración suscribe el Acta de Replanteo previo y viabilidad del Proyecto del Modificado núm. 3.

Duodécimo

El 13 de febrero de 2007, el Jefe de Servicio de Régimen Interior y Gestión Presupuestaria redacta una escueta Memoria justificativa de la tramitación del modificado núm. 3, modificado que *"recoge la consolidación del acceso rodado a través del Camino de Los Lirios, la adaptación del edificio a un sistema de señalética unitario con elaboración de un apartado debido a su complejidad, limpieza de los límites del edificio, plantación de nuevo arbolado por enfermedad del existente, reubicación de una puerta para la zona de viveros"*.

Decimotercero

El 13 de febrero de 2007, la Secretaría General Técnica solicita el preceptivo informe de la Dirección General de Planificación y Presupuestos, que se emite con fecha 13 de febrero de 2007.

Decimocuarto

El 14 de febrero, el Jefe de Servicio de Régimen Interior y Gestión Presupuestaria redacta escueta Memoria justificativa de la tramitación del Modificado núm.3 con el objeto de solicitar al Consejo de Gobierno autorización para la celebración del citado contrato, que la otorga en la reunión celebrada el día 16 de febrero de 2007, del que se adjunta certificación.

Se adjunta certificación de disponibilidad de los terrenos (la, en su día, expedida para la ejecución del Proyecto original, el 16 de junio de 2004), así como Pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación de obras, correspondientes al expediente núm. 12-1-2.1-015/2004, (folios 30 a 64).

Debe destacarse que dichos Pliegos no han previsto régimen singular para las modificaciones del contrato y que el *Cuadro de datos técnico-administrativos*, en lo que interesa al objeto de este Dictamen, dispone en el apartado 36 "Especificaciones relativas a las obligaciones del contratista de conservación y policía de las obras durante el plazo de garantía: Mantenimiento de jardines y reposición de los elementos vegetales que lo integran".

Decimoquinto

El 19 de febrero, el Jefe de Servicio de Régimen Interior y Gestión Presupuestaria redacta escueta Memoria justificativa de la tramitación del modificado núm. 3. En ella se indica que:

"el plazo de ejecución de este expediente será desde la firma del Acta de Comprobación del Replanteo e inicio de las obras, hasta la finalización de la obra principal y Modificados número 1 y 2, y que, a fecha de esta memoria, es el 15 de marzo de 2007.

No se solicita licencia para este modificado al Ayuntamiento de Logroño, ya que, de acuerdo con las conversaciones habidas con el mismo, y al tener que remitir al Ayuntamiento de Logroño certificado final de obras, con todos los condicionantes de la licencia y modificaciones y ampliaciones de presupuesto que se hayan realizado en la misma, para la obtención de la licencia de 1ª ocupación, no se considera necesaria esta solicitud, pues explícitamente ya está concedida con la obra principal, como así nos ha indicado el Ayuntamiento de Logroño en otras obras tramitadas por esta Consejería".

Decimosexto

El 19 de febrero de 2007, el Consejero de Hacienda y Empleo, en cuanto órgano de contratación, resuelve iniciar el procedimiento para la contratación del Modificado núm. 3, por importe de 2.987.928,98, y establece que se tramite mediante procedimiento negociado sin publicidad de acuerdo con lo expuesto en la memoria justificativa y lo que determina el art. 146 LCAP.

Se ha incorporado al expediente:

-El Documento RCA Ejercicio 2007 de "reserva crédito autorización" en la cuantía citada, núm 2007/12/183, mecanizado el 28 de febrero de 2007.

-La fiscalización del gasto "sin reparos", suscrita por el Interventor General, el 28 de febrero de 2007.

-El informe relativo al cumplimiento de los trámites por parte de la Consejería de Hacienda y Empleo del inicio del expediente referenciado, suscrito, el 28 de febrero de 2007, por la Secretaría General Técnica.

Decimoséptimo

Constatado por el Ponente que la documentación del expediente solo se refiere a la relativa al Modificado núm. 3, en sentido estricto, se solicita, a través de la Secretaría General de este Consejo Consultivo, la remisión de diversa documentación relativa al contrato primitivo y a los Modificados núms. 1 y 2. En cumplimiento de lo solicitado, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda y Empleo remite, el 5 de marzo de 2007, la siguiente documentación:

-Memorias del Centro Tecnológico de La Rioja y Parque de La Fombera. Consta de Memoria del Proyecto Ejecutivo del citado Centro (Generalidades; Descripción del proyecto; Descripción de la obra –memoria técnica de la estructura, sistemas constructivos; Parque de La Fombera; Memoria técnica de las instalaciones-; Resumen Presupuesto de ejecución material; Anexos. Condicionamientos técnicos; Listado de Planos Adjuntos), algunos de cuyos documentos se recogen en encuadernados adjuntos que no se han remitido. Se incluye un Estudio de Inundabilidad.

-Copia del contrato suscrito entre la representante de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja y la representación de la UTE ya referenciada para la ejecución de las "Obras para la construcción del Complejo Tecnológico de La Rioja y urbanización del parque anejo, en el término de La Fombera de Logroño (La Rioja)", suscrito el 7 de noviembre de 2004, por importe de adjudicación de 14.939.649,88 , IVA incluido. Consta como plazo total de ejecución de las obras el de 22 meses, contados desde el día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo.

-Copia del contrato para la ejecución del Modificado núm. 1 de las citadas obras, adjudicadas por 1.718.059,73 , IVA incluido, suscrito el 28 de marzo de 2006. Consta como plazo de ejecución el de dos meses, si bien no supone incremento en el plazo de ejecución de la obra que seguirá siendo de 22 meses.

-Copia del contrato para la ejecución del Modificado núm. 2 de las citadas, adjudicadas por 1.269.870,24 , IVA incluido, suscrito el 30 de octubre de 2006. Consta como plazo de ejecución el de dos meses, si bien "*no supone incremento en el plazo de ejecución de la obra, que es hasta el 15 de marzo de 2007*" (Cláusula 4ª).

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 1 de marzo de 2007, registrado de entrada en este Consejo el mismo día, el Excmo. Sr. Consejero de Hacienda y Empleo del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 2 de marzo de 2007, registrado de salida el mismo día, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.

Son varios los preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico en que apoyar la preceptividad del informe de los Órganos Consultivos, y así hemos de traer a colación los siguientes:

-El art. 59.31 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, LCAP), dispone la preceptividad del 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 % del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 pesetas (6.010.121,04 euros).

-El artículo 11 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, impone el deber de elevar consulta, en los siguientes asuntos. i) Nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones, cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos en que así lo dispongan las normas aplicables.

-El artículo 12 del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo de La Rioja, la misma preceptividad impone para estos supuestos, y así se colige de lo expuesto en su letra i).

Por lo tanto, en el caso sometido a nuestra consideración, nos hallamos ante un supuesto legal en el que es preceptivo el Dictamen, aunque no vinculante. Así lo ha entendido este Consejo Consultivo en Dictámenes anteriores núms. 20/00 y 64/02.

Segundo

Normativa aplicable a las modificaciones de los contratos administrativos de obras.

El Excmo. Sr. Consejero de Hacienda y Empleo solicita dictamen de este Consejo Consultivo en relación con el expediente de contratación del Modificado núm. 3 de las obras para la construcción del Complejo Tecnológico de La Rioja y urbanización del Parque Anejo, en el término de La Fombera, de Logroño.

La referida modificación contractual debe ser examinada de acuerdo con el sistema de fuentes aplicable a los contratos administrativos, desde su preparación hasta su extinción. Dichos contratos se rigen por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, antes citado, texto que, de acuerdo con su Disposición Final Primera, constituye legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª CE y, en consecuencia, es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas comprendidas en su art. 1 –en el que queda incluida la Administración de las Comunidades Autónomas-, salvo un largo listado de preceptos o parte de los mismos que no tienen ese carácter básico, de los que ahora –en relación con el objeto del presente dictamen- mencionaremos los siguientes: i) art. 12, a excepción de su apartado 6; ii) apartado 2 del art.59; iii) último inciso de la letra f), del art. 141; y, iv) los apartados 2, 3 y 4 del artículo 146.

Dicho texto normativo ha sido desarrollado por el RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGC), cuya Disposición Final Primera declara básicos determinados preceptos del Reglamento, salvo los expresamente relacionados. Dichas normas, además de básicas, tienen el carácter de supletorias, de acuerdo con el artículo 149.3 de la Constitución, al no haber establecido la Comunidad Autónoma de La Rioja una regulación general en materia de contratos administrativos, en uso de la competencia reconocida en el art. 31.cinco, in fine de su Estatuto de Autonomía.

En los aspectos orgánicos que afectan a la competencia para contratar, son aplicables a los contratos administrativos celebrados por la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja los artículos 74 a 80 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en relación con las competencias que reconoce la Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros, al Consejo de Gobierno [*"autorizar la celebración de contratos de la Administración General de la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos, cuando así lo prevea la normativa vigente"*, art. 23.e)] y a los Consejeros [*"celebrar los contratos pertinentes en materias propias de competencia de su*

Consejería, con las autorizaciones exigidas en su caso en las normas presupuestarias que resulten de aplicación...", art. 421.k)].

Por otra parte, deben tenerse en cuenta las estipulaciones establecidas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato originario y de sus Modificados, que incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y de las obligaciones que asumen las partes en el contrato, constituyendo por ello la *lex contractus* y vinculando por igual a la Administración y al contratista, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en la normativa reguladora mencionada. En el caso sometido a nuestro dictamen, el aplicado al expediente núm. 12-1-1-015/2004, que figura en los folios 30 a 64 del expediente remitido.

Atendiendo al citado conjunto normativo, no cabe duda, por lo que respecta a su naturaleza, de que se trata de un contrato administrativo de obras [art. 5.2.a) LCAP], contrato cuyos elementos pretenden modificarse. Dicho contrato y sus modificados están regulados en el Título I del Libro II de LCAP y demás conexos. En particular, son de aplicación los preceptos relativos al poder de modificación de los contratos administrativos (art. 59 LCAP, relativo a las prerrogativas de la Administración y, entre ellas, la de su modificación por razones de interés público); los requisitos formales y sustantivos establecidos con carácter general para la modificación de contratos administrativos (art. 101 LCAP); los supuestos y requisitos del procedimiento negociado sin publicidad en el contrato de obras (art. 141 LCAP) y, finalmente, las reglas especiales de la modificación del contrato de obras (art. 146 LCAP).

Tercero

Régimen jurídico de la modificación de los contratos administrativos: supuestos. Régimen jurídico de las obras complementarias.

Este Consejo Consultivo no puede ignorar las circunstancias temporales en las que se solicita nuestro dictamen. En efecto, de acuerdo con el Antecedente Decimoquinto, el plazo de ejecución de este Modificado coincide con el del contrato principal, que finaliza el 15 de marzo de 2007, dado que, como se afirma en la Memoria suscrita por el Director Facultativo, "los trabajos a desarrollar en el Modificado III se solaparán con los trabajos que se ejecutan actualmente y no supondrán mayor duración en la obra que la prevista en el proyecto principal". En consecuencia, cuando este dictamen llegue al centro directivo que lo ha solicitado, las obras presumiblemente habrán sido concluidas. Estas circunstancias fácticas vacían de sentido nuestra función consultiva, no obstante lo cual entendemos relevante para el futuro partir del presente supuesto para exponer, con una

finalidad pedagógica, el régimen jurídico de los modificados de contratos de obras, dada la frecuencia con la que se plantean incidencias de diversa índole y origen, tanto más frecuentes cuanto mayor es su duración y la complejidad de los mismos.

En efecto, como quiera que, en el procedimiento al que se refiere el presente dictamen, se ha planteado una controversia entre los Servicios Jurídicos y la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda y Empleo en cuanto a la naturaleza y calificación de la modificación contractual (en síntesis, si se trata de un *modificado* en sentido estricto –como sostiene el órgano gestor- o si se trata de una *obra complementaria*, que debería constituir un contrato independiente –como sostienen los Servicios Jurídicos) y dado que la resolución del Consejero de tramitar la adjudicación del Modificado núm. 3 mediante el procedimiento negociado sin publicidad (Resolución de 19 de febrero de 2007) es contradictoria con la tesis defendida por el órgano gestor y constituye una inadecuada aplicación de este procedimiento a los supuestos de modificados contractuales, resulta imprescindible que hagamos -con carácter previo- una sintética exposición el marco legal de la modificación de los contratos administrativos, en particular, la que afecta a los contratos de obras.

El principio de inalterabilidad del contrato en general (art. 1091 CCI) se proyecta en la normativa contractual administrativa que regula los contratos de obras públicas de forma positiva y negativa. Así, *positivamente*, se afirma que "*las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato*", art. 143.1 LCAP. *Negativamente*, la cláusula 62 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado (aprobado por RD 3854/1970, de 31 de diciembre), de aplicación supletoria, establece una prohibición terminante: "*ni el contratista ni el director podrán introducir o ejecutar modificaciones en la obra objeto del contrato sin la debida aprobación de aquellas modificaciones y del presupuesto correspondiente*", con la salvedad de la ejecución de aquellas unidades de obras que no representen incremento del gasto del 10% del presupuesto primitivo, como en la actualidad permite el art. 160 RGC.

No obstante este principio de inalterabilidad, la Administración tiene –en relación con los contratos administrativos que celebre- la prerrogativa de interpretarlos, modificarlos, resolverlos y determinar los efectos de su resolución, como establece el art. 59 LCAP. Estas prerrogativas no derivan ex contractu, sino de la posición jurídica general que le reconoce a la Administración el ordenamiento jurídico, en cuanto organización al servicio de los intereses generales de la comunidad. La modificación de los contratos está prevista con carácter general en el art. 101 LCAP, luego concretada para cada uno de los contratos típicos, y en relación con el contrato de obras -que ahora nos interesa- en el art. 146 LCAP.

Pues bien, el art. 101 LCAP parte de la inalterabilidad del contrato, imponiendo que el *ius variandi* solo pueda ejercerse cuando concurren los presupuestos establecidos por la ley, con concretos límites y con las consecuencias en ella previstas:

"Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones por razón de interés públicos en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas justificándolo debidamente en el expediente".

El "*interés público*" constituye la causa del contrato administrativo y el que justifica el ejercicio del *ius variandi*. El contrato administrativo es un instrumento al servicio de fines públicos que, cuando lo exijan, pueden acarrear la modificación del contrato celebrado. Se habla así de "*inmutabilidad del fin público y mutabilidad del contenido de las prestaciones del contratista*", cuyas modificaciones resultan obligatorias para el contratista dentro de los límites legales. El presupuesto habilitante de las *modificaciones contractuales* no es otro que razones de interés público que obedezcan a *necesidades nuevas o causas imprevistas* en el momento inicial de la contratación. Se trata de típicos conceptos jurídicos indeterminados, susceptibles de concretarse en cada caso y que, en modo alguno, otorgan poderes discrecionales al órgano de contratación para ejercerlos de manera contraria al interés público si no concurre aquel presupuesto fáctico.

La modificación requiere, como exige el art. 101.1 LCAP, *justificación suficientemente acreditada en el expediente*, en los términos que luego señalaremos, y su ejercicio ha de ajustarse a los *límites formales y sustantivos* establecidos por la ley, en cuanto garantías de los principios de la contratación pública (conurrencia, publicidad y satisfacción del interés público). En este sentido, la prohibición de los modificados que no se justifiquen en un específico interés público y no obedezcan a necesidades nuevas o causas imprevistas, sirve también al principio de "eficacia" (art. 103 CE, y dictamen Consejo de Estado de 1 de abril de 1993, 79/1993) y al de "buena administración" (art. 4 LPC), o de "buena ejecución de la contrata" (Dictamen Consejo de Estado de 19 de mayo de 1983, núm. 45.171), sin olvidar el buen uso de los recursos económicos públicos, obtenidos por las aportaciones patrimoniales de los ciudadanos.

En conclusión, los límites señalados tratan de evitar la improvisación a la hora de redactar los proyectos, los costos adicionales que conlleva toda operación mal calculada y, desde luego, la posible conculcación de la transparencia y el principio de concurrencia e igualdad de los licitadores. Bajo la cobertura de la protección del interés público –título que justifica el *ius variandi*– se pueden producir graves daños a estos mismos intereses públicos; y siendo ello así, el Consejo de Estado ha señalado que, en esta materia, no hay mejor servicio al interés público que el cumplimiento estricto de la legalidad; esto es, el respeto estricto a los límites generales que la ley impone al ejercicio de tal prerrogativa o los que se ha auto-impuesto la propia Administración al aprobar los Pliegos de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato.

La modificación contractual solo es posible si concurre el presupuesto habilitante (condiciones sustantivas) y se ejerce de acuerdo con los trámites procedimentales establecidos con carácter general en el art. 101 LCAP, así como los específicos del contrato de obras previstos en el art. 146LCAP. Examinaremos sucesivamente estos

requisitos.

A) Condiciones sustantivas de los modificados:

1ª.- Con carácter general, la modificación del contrato solo puede realizarse por razones de interés público. El margen de discrecionalidad que tiene la Administración debe ejercerse dentro de lo razonable, de manera que permita seguir hablando de la permanencia del contrato inicial, pues, en caso contrario, estaríamos ante un contrato nuevo. La Administración no goza de absoluta libertad para modificar el contrato sino que se trata de una potestad tasada, que solo puede actuarse en casos determinados y siempre con carácter excepcional.

2ª.- La modificación solo procede por *necesidades nuevas* o *causas imprevistas*, que, en modo alguno, deben entenderse como *imprevisiones* del proyecto primitivo, sino como necesidades o circunstancias *no previstas* (por *imprevisibles*) cuando se redactó el proyecto. Las modificaciones en sentido estricto deben diferenciarse de las *obras complementarias*, que constituyen el objeto de un nuevo contrato, sin perjuicio de que, cuando concurren los requisitos y dentro de los límites previstos en el art. 141 LCAP, pueda adjudicarse su ejecución al contratista principal.

3ª.- La modificación del contrato de obras no puede alterar el *objeto* del contrato, sino *aspectos parciales* del mismo.

4ª.- No existe límite *cuantitativo* a la modificación del contrato, cuando ésta venga exigida por razones de interés público. La cuantía del contrato modificado o la propia cuantía de la modificación solo afectan al *procedimiento* que ha de seguirse –límites formales- y a la *posibilidad* del contratista de separarse del contrato y, también, de la Administración para resolverlo y proceder, en su caso, a una nueva contratación del modificado. En efecto, la modificación que –aislada o conjuntamente- suponga un porcentaje igual o superior al 20% del precio del contrato inicial opera como máximo a partir del cual ya no puede imponerse obligatoriamente su ejecución al contratista.

Así se deduce del art. 146.1 LCAP en relación con el art. 149.e) y 112.2 LCAP. Cuando el importe del modificado no exceda de dicho porcentaje, el contratista está obligado a ejecutarlo. Si excede, el contratista -a su conveniencia- puede acogerse a esta causa de resolución [art. 149.e) LCAP, en relación con el art. 112.2 LCAP] o aceptar su ejecución, una vez dada su conformidad al proyecto aprobado y a los precios fijados por la Administración.

En este último caso, la Administración habrá de justificar la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación, sin necesidad de tramitar procedimiento negociado sin publicidad, que está pensado para las obras complementarias [art. 141.d) LCAP] o para los modificados cuyas unidades de obra no estén prevista en el proyecto y el contratista no

haya aceptado los precios contradictorios fijados por la Administración en cuyo caso puede adjudicarlo a otro empresario, siempre que no rebase el citado 20% (art. 146.2 LCAP).

De ahí, la decisión equivocada -por innecesaria- del Consejero de Hacienda y Empleo cuando resuelve tramitar la adjudicación del modificado por el procedimiento negociado sin publicidad, pues, en el caso, no concurre ninguno de esos dos supuestos. Por lo demás, como queda señalado, también la Administración podrá resolver el contrato y proceder a una nueva contratación del modificado, como dispone el art. 112.2 LCAP.

Solo en un supuesto tiene significado propio el porcentaje del 20% de los modificados: cuando su tramitación exija la suspensión temporal, parcial y total, de la ejecución de las obras ocasionando provisionalmente con ello graves perjuicios al interés público, el órgano de contratación podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas siempre que el importe máximo previsto no supere el 20% del precio primitivo del contrato (art. 146.4 LCAP).

B) Clases de modificaciones y su régimen jurídico.

Conviene distinguir –en lo que ahora interesa- las *modificaciones contractuales en sentido estricto* de otras figuras, en particular, la de las *obras complementarias*. Además, ha de tenerse en cuenta las peculiaridades del régimen aplicable a las *modificaciones por errores materiales* del proyecto o presupuesto [susceptibles de corrección, aunque facultan a la resolución del contrato si exceden del 20%, art. 149.d) LCAP]; los casos de *suspensión temporal de las obras* [causa de responsabilidad de la Administración -art. 102.2 LCAP- o de resolución del contrato –art. 149.b) y c) LCAP-] o, finalmente, los *excesos* que resulten de ejecución de unidades de obra cuyo importe no sea superior al 10 % (art. 160 RGC).

En cuanto a la forma, toda *modificación* altera parcialmente el objeto del contrato ("los elementos que lo integran"), pero sin variar sus elementos subjetivos. La modificación del contrato supone una novación objetiva del mismo, esto es, una reforma del proyecto inicial, y, en consecuencia, del contrato, que permanece, aunque modificado.

La modificación puede referirse a *unidades de obra previstas en el contrato original*, ya se trate de aumento, reducción, supresión de tales unidades o sustitución de una clase de fábrica por otra (art. 146.1 LCAP); o a *unidades de obra no comprendidas en el proyecto* o cuyas *características difieran sustancialmente* de ellas, en cuyo caso los precios los fijará la Administración, a la vista de la propuesta del Director facultativo y previa audiencia del contratista (art. 146.2 LCAP). Si no aceptase los precios el contratista, puede la Administración contratar el modificado con otro empresario, mediante procedimiento negociado sin publicidad, siempre que no exceda del 20 % del precio del contrato primitivo o ejecutarlas directamente [art. 146.2 en relación con el 141.d) LCAP]. Adviértase, que esta posibilidad es factible cuando el contratista principal no haya aceptado los precios contradictorios para la modificación y siempre que no exceda del 20

% referido.

Por el contrario, las *obras accesorias o complementarias* suponen una prestación distinta de la contratada originariamente, pero que la Administración estima conveniente ejecutar. Se trata de un proyecto nuevo al margen del inicial que no se modifica, que da lugar a un contrato diferente e independiente, aunque guarde relación con aquel. Por esa razón, la vigente LCAP diferencia este supuesto de las *modificaciones* del contrato y lo regula como contrato distinto, si bien permite su adjudicación al contratista del contrato principal, mediante procedimiento negociado sin publicidad, cuando concurren determinadas circunstancias. Si no concurren, las *obras complementarias* deben ser objeto de contratación independiente (art. 141 LCAP). El apartado d) de este precepto establece como elemento identificador de las *obras complementarias* que "*no figuren en el proyecto ni en el contrato, pero que resulte necesario ejecutar como consecuencia de circunstancias imprevistas y su ejecución se confíe al contratista de la obra principal, de acuerdo con los precios que rigen para el contrato primitivo o que, en su caso, fuesen fijados contradictoriamente*". El criterio delimitador es, por tanto, su *falta de previsión en el proyecto principal*, siendo objeto de un proyecto distinto, jugando en la distinción un papel determinante los informes técnicos justificativos. Solo las obras complementarias que sean necesarias podrán ser objeto de negociación con el contratista principal, cuando concurren los tres requisitos establecidos en el citado apartado d) del art. 141 LCAP:

1º Que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar inconvenientes mayores a la Administración o que, aunque se puedan separar de la ejecución de dicho contrato, sean estrictamente necesarias para su ejecución.

2º Que las obras complementarias a ejecutar definidas en el correspondiente proyecto estén formadas, al menos, en un 50 % del presupuesto, por unidades de obra del contrato principal.

3º Que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 20 % del precio primitivo del contrato.

Cuando no reúnan estos requisitos, las *obras complementarias "habrán de ser objeto de contratación independiente"* [apartado d).3 *in fine*].

La distinción entre *modificaciones* del contrato y *obras complementarias* del mismo no siempre resulta sencilla, razón por la que, en ocasiones, el Consejo de Estado ha utilizado el criterio de su no inclusión en el *cuadro de precios* del correspondiente proyecto, para su consideración como obras complementarias (Dictamen de 11 de diciembre de 1969).

En el caso sometido a nuestro dictamen, la Secretaría General Técnica de la Consejería de Hacienda y Empleo rebate el informe desfavorable de los Servicios Jurídicos (que niega la procedencia del modificado al considerar que, en razón de la cuantía y del objeto, se trata de un contrato distinto) argumentando que se trata de un verdadero

modificado, pues en el proyecto y contrato original ya se contemplaban al menos parcialmente las mismas. En la Memoria redactada por la Dirección facultativa no se aclaran estos extremos. Tampoco lo hace el informe del Servicio de Supervisión de Proyectos.

A juicio de este Consejo Consultivo, el Modificado núm. 3 contiene tanto *modificaciones* en sentido estricto de las previsiones originarias como elementos nuevos (*obras complementarias*) como lo prueba el dato de que en el "*cuadro comparativo de presupuesto*" (tomo II), los precios aplicados unos (más de la mitad) corresponden a los que figuraban en el proyecto original y otros, son precios contradictorios.

Si no estuviéramos ante un Modificado en sentido estricto, resulta innecesario tramitar la adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad, pues su aplicación es excepcional, y solo para *obras complementarias* que reúnan los requisitos establecidos en el art. 141.d) LCAP. Tratándose de un modificado de obras, su adjudicación puede hacerse, también excepcionalmente y aun cuando rebase el 20 % del contrato primitivo, al contratista principal, previa aceptación de los precios. La Administración, en este caso, habrá de justificar la improcedencia de nueva licitación por las unidades constitutivas de la modificación [art. 101.3.b) LCAP].

C) Procedimiento de tramitación de los modificados.

El art. 101 LCAP, con carácter general, y el art. 146 LCAP, en relación con los contratos de obras, establecen las peculiaridades del procedimiento de acuerdo con el cual deben tramitarse las modificaciones de los contratos. De la interpretación sistemática de ambos precepto, cabe diferenciar un procedimiento ordinario y un procedimiento especial o anticipado.

1. Procedimiento ordinario (art. 146.3 LCAP):

Se sustanciará con carácter de urgencia (art. 146.3 LCAP). Las actuaciones y los documentos necesarios son los siguientes:

-*Memoria explicativa* suscrita por el Director facultativo que justifique las razones de interés público y las necesidades nuevas o las causas imprevistas para la modificación del contrato, valorándose la cuantía de la modificación y su posible resolución cuando exceda de los límites cuantitativos que la ley establece, así como la improcedencia de resolver el contrato y de nueva convocatoria de licitación.

-Autorización del órgano de contratación iniciación procedimiento de modificación (art. 146.3 LCAP).

- Redacción del proyecto y aprobación del mismo, [art. 146.3.a) LCAP].
- Audiencia del contratista.
- Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos [art. 101.3.c) LCAP]
- Informe de los Servicios Jurídicos (art. 59.2 LCAP)
- Dictamen, en su caso, del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma (art. 59.3 LCAP).
- Informe de contenido presupuestario por los órganos competentes, [art. 59.3 y 101.3.c) segundo párrafo LCAP], a los efectos del reajuste de la financiación del contrato modificado y del restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Este informe es preceptivo en los dos supuestos siguientes: i) las modificaciones, aunque fueren sucesivas, que impliquen aislada o conjuntamente, alteraciones en cuantía igual o superior al 10 % del precio primitivo del contrato, siempre que éste sea igual o superior a 6.010.121,04 euros; y ii) las modificaciones que consistan en la sustitución de unidades objeto del contrato por unidades nuevas y las modificaciones afecten al 30 % o más del precio primitivo.
- Fiscalización del gasto por la Intervención [art. 101.3 en relación con el art. 11.2.g) y art. 67.2 LCAP].
- Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como del gasto del modificado [art. 146.3.c) LCAP].
- Formalización de las modificaciones en documento administrativo (art. 101.2 LCAP en relación con el art. 54 LCAP).
- Reajuste de la garantía (art. 42 LCAP).

2. Procedimiento especial o anticipado, (art. 146.4 LCAP).

Cuando la tramitación del modificado exija la *suspensión* temporal parcial o total de la ejecución de las obras y ello ocasione graves perjuicios para el interés público, el órgano de contratación podrá acordar que continúen provisionalmente las obras que recoja la propuesta técnica, siempre que el importe máximo previsto no exceda del 20 % del contrato primitivo y exista crédito adecuado y suficiente. Adviértase que el presupuesto habilitante de este procedimiento requiere que la tramitación del modificado exija la *suspensión* de las obras y la necesidad de continuar provisionalmente las mismas. La suspensión de la ejecución del contrato principal no siempre será necesaria. Cuando lo sea, la continuación de las obras será posible si concurren esos requisitos. Por lo expuesto,

debe entenderse matizada en este sentido nuestra anterior doctrina sobre la necesidad de suspender la ejecución de las obras de aquellos contratos, cuyos modificados fueran iguales o superiores al 20 %, entre otros, Dictámenes núms. 5 y 86/06.

El art. 146.4 LCAP establece un procedimiento con dos fases (así lo ha interpretado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sus Informes núms. 8/98 y 49/01).

1ª Fase: El expediente a tramitar exigirá exclusivamente las siguientes actuaciones:

-Propuesta técnica motivada, con indicación del importe aproximado de la modificación y descripción básica de las obras.

-Audiencia del contratista.

-Conformidad del órgano de contratación.

-Certificado de la existencia de crédito.

La simplificación de esta fase afecta de manera singular a la propuesta técnica, aunque luego se exija la aprobación del proyecto y expediente. La Junta Consultiva ha considerado que en esta primera fase no es necesario tampoco el informe de los Servicios Jurídicos (Informe núm. 49/01).

2ª Fase: A continuación, deberá aprobarse el Proyecto técnico en el plazo de seis meses y el expediente del Modificado en el de ocho meses, debiendo incorporarse todas aquellas actuaciones y documentos exigidos en aplicación de lo dispuesto en el art. 101 y 146 3 LCAP que hemos enumerado en el procedimiento ordinario.

Cuarto

Procedimiento administrativo para la aprobación del Proyecto de Modificado núm. 3 a las Obras para la construcción del *Complejo Tecnológico de La Rioja* y urbanización del parque anejo en el término de *La Fombera* de Logroño.

Definida la prerrogativa administrativa que ostenta el órgano de contratación (*ius variandi versus ne varietur*), hemos de analizar, en primer lugar, la concurrencia en el expediente elevado por el Excmo. Sr. Consejero de Hacienda y Empleo del Gobierno de La Rioja de los presupuestos procedimentales o formales en que la misma ha de encauzar su potestad de modificación del contrato, cuyo ejercicio es reglado.

Como ha quedado señalado, los trámites procedimentales para el ejercicio de la potestad de modificación unilateral de los contratos se encuentran regulados, con carácter

general, para todo tipo de contratos administrativos, en los arts 59 y 101 LCAP, con las singularidades que, para el contrato de ejecución de obras públicas, establece el art. 146 LCAP, además de lo dispuesto en el art. 102 RGC. De acuerdo con este marco normativo, hemos de analizar si se han respetado estos trámites en el procedimiento que se informa.

Asimismo, hemos de estar a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que constituyen la *lex contractus*, si bien, como no se hace mención alguna a la modificación del contrato, ha de estarse al sistema de fuentes expuesto anteriormente.

A) Iniciación.

Como se deduce de lo dispuesto en el art. 59 LCAP, la competencia para iniciar el expediente de modificación unilateral de los contratos corresponde al órgano de contratación, determinado, para la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, por el art. 75 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, dado que el art. 12 LCAP no es básico y regula la competencia de los órganos estatales. En aplicación, pues, de la normativa propia de la Administración regional, la competencia corresponde, en el caso concreto, al Consejero de Hacienda y Empleo, si bien éste tiene delegada dicha competencia en la Secretaría General Técnica, por Orden de 1 de septiembre de 2003.

En particular, para este tipo contractual, el de ejecución de obras públicas, el art. 146.3 LCAP dispone que el acto de trámite de iniciación del expediente viene impulsado por la solicitud de autorización presentada por el Director facultativo al órgano de contratación para iniciar el procedimiento de modificación. El art. 101.3.a) LCAP exige con carácter general que el Director facultativo redacte una memoria explicativa 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 el proyecto técnico.

Dando satisfacción a este acto de trámite de iniciación del expediente contradictorio, obra en la documentación elevada al conocimiento de este Consejo Consultivo, la existencia de un escueto escrito, de 11 de enero de 2007, suscrito por Don Alejandro Zaera Polo, de F.O. Architects Ltd, en cuanto Arquitecto redactor y Director facultativo de la obra, por el que solicita autorización para la redacción del Proyecto de Modificado nº 3, en los términos recogidos en el Antecedente Primero. El escrito se acompaña de una Memoria (tomo I) y del presupuesto modificado (tomo II) y del cuadro de descompuestos (tomo III) en los que se da cuenta del objeto y descripción del modificado.

Por todo ello, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 101.3, en relación con el art.146.3, ambos de la LCAP, ha quedado correctamente iniciado el expediente –en el estricto plano formal, sin que puedan obviarse las insuficiencias de la Memoria facultativa explicativa del modificado como señalaremos más adelante-, y, en el momento contractual oportuno, esto es, una vez perfeccionado el contrato (art 101 LCAP), con anterioridad a la finalización de la eficacia del mismo (STS de 20 de noviembre de 1998, Ar.255).

B) Tramitación.

Son varias las actuaciones que complementan esta fase de comprobación, conocimiento y determinación de los hechos en virtud de los cuales, el órgano de contratación ha de autorizar y aprobar el Proyecto de modificación. De acuerdo con lo dispuesto en los arts 59.1, 101 y 146 LCAP, y del art. 102 RGC, en el cuerpo de la instrucción de este expediente, se han de realizar las siguientes actuaciones: audiencia del contratista; informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos; informe de la Asesoría Jurídica; Dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma; aprobación del proyecto técnico; informe presupuestario sobre el modificación y fiscalización del gasto correspondiente por Intervención.

Del expediente remitido a este Órgano Consultivo, hemos de entresacar las actuaciones que conforman su instrucción, constatando la realización de todas las necesarias para su correcta y diligente tramitación.

B.1) Audiencia al contratista.

Iniciado el procedimiento de modificación, a partir de la solicitud de la Dirección Facultativa de la obra, se ha de conferir traslado de toda esta documentación al contratista, en trámite de audiencia, según establece el artículo 59.1 en el tercero de sus párrafos, “*en el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista*”, trámite que reitera el art. 146.3 LCAP.

Este trámite que, de acuerdo con la normativa general del procedimiento administrativo, contenida en la LPAC, es previo al informe del Servicio Jurídico y al Dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma, no constituye sino una aplicación particular al procedimiento de contratación del mandato establecido con carácter general en el artículo 105.c) CE, por ende, nos hallamos ante un trámite preceptivo.

Específicamente establece el art. 146.2 LCAP (para el caso de modificados que introducen unidades de obra no comprendidas en el proyecto) la necesidad de obtener la conformidad de la UTE contratista al modificación de las obras, así como a los precios contradictorios fijados por la Administración, actuación que consta cumplida de forma expresa.

B.2) Informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos.

Consta el informe favorable emitido y suscrito por el Arquitecto Jefe de Sección de Edificación del Área de Redacción y Supervisión de Proyectos, de 15 de enero de 2007, que analiza: la justificación del modificación; el estudio económico y, por último, el informe técnico.

B.3) Informe jurídico.

El 7 de febrero de 2007, el Letrado Mayor de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, emite informe desfavorable al Proyecto de Modificado núm. 3 a las Obras para la construcción del *Complejo Tecnológico de La Rioja*, del que hemos dado cuenta en el Antecedente Séptimo, por entender que debiera haberse tramitado como un contrato nuevo. La Memoria redactada por la Secretaría General Técnica contrarresta la valoración de los Servicios Jurídicos que considera no han valorado adecuadamente las circunstancias del modificado, que explica por las insuficiencias explicativas de la Memoria de la Dirección facultativa.

B.4) Aprobación del Proyecto técnico de ejecución del modificado nº 3.

De conformidad con el art. 146.3.a) LCAP, el proyecto técnico del modificado, redactado por el Director facultativo, ha sido aprobado por el órgano de contratación el 13 de febrero de 2007.

B.5) Informe de la Dirección General de Planificación y Presupuestos de la Consejería de Hacienda y Empleo.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 101.3 LCAP, se ha recabado este informe, y así obra en el expediente con fecha de 13 de febrero de 2007. En él se hacen diversas consideraciones sobre las previsiones financieras relacionadas con el *Complejo Tecnológico*, cuya ejecución y financiación estaba planificada para los años 2005-2006.

B.6 Fiscalización del gasto.

Con fecha de 28 de febrero de 2006, el Interventor General emitió informe, sin reparos, sobre el gasto derivado del Modificado núm. 3.

Ha de tenerse en cuenta que, en cuanto al gasto derivado del Modificado núm. 3 antes de la aprobación del expediente de contratación es necesaria la autorización previa del gasto correspondiente, autorización que corresponde al Consejo de Gobierno, órgano que en su día autorizó la celebración del contrato, así como el gasto correspondiente. En tal sentido se ha incorporado al expediente certificación del acuerdo del Consejo de Gobierno.

B.7 Dictamen del Consejo Consultivo.

El art. 59.3 LCAP exige el dictamen preceptivo (calificándolo expresamente de tal) del Consejo de Estado u Órgano Consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de “interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”, y en los de “modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 % del precio

primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 1.000.000 de pesetas”.

Este trámite queda debidamente cumplimentado mediante la emisión del presente Dictamen.

C) Terminación.

La terminación de este procedimiento contradictorio, a tenor de lo dispuesto en el art. 59 LCAP, es competencia del órgano de contratación, cuyo acuerdo pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutivo y directamente impugnabile ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

La aprobación del procedimiento de contratación del Modificado núm. 3 del contrato de las obras para la construcción del Complejo Tecnológico, que se dictamina, corresponde, de acuerdo con el art. 75 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, al Consejero de Hacienda y Empleo, si bien ha delegado esta específica competencia en la Secretaria General Técnica. No obstante, por razón de la cuantía, es necesaria –de acuerdo con el art. 76 de la Ley 4/2005 citada- la previa autorización del Consejo de Gobierno, tanto de la modificación contractual como de la autorización del gasto, extremos ambos debidamente cumplimentados en el presente procedimiento.

En conclusión, este Consejo Consultivo entiende correctamente cumplimentado, en sus aspectos formales, el procedimiento de Modificado núm. 3 referido.

Quinto

Sobre la existencia de razones de interés público debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas.

Analizados los aspectos formales del procedimiento tramitado, hemos de entrar en la valoración de la existencia sustantiva de causas de modificación contractual, dentro de los límites materiales establecidos con carácter general en el art. 101 LCAP y que, para el contrato administrativo de obras, se concretan en el art. 146.1 y 2 LCAP.

Tratándose de una potestad reglada, la Administración ha de *motivar suficientemente* la existencia de una *nueva necesidad* o de una *causa imprevista* que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de elaboración del proyecto inicial de las obras. El *ius variandi* de la Administración está configurado como una potestad o prerrogativa de naturaleza reglada, derivada de la utilización para su delimitación de conceptos jurídicos indeterminados, que dejan un margen de apreciación a la Administración, pero que es controlable por los Tribunales. Así, la modificación solo es posible por razones de *interés público*, debidas a *necesidades nuevas* o a *causas imprevistas*, debiendo *justificar* todo ello debidamente en el expediente incoado para la modificación unilateral, pues, en caso contrario, se resienten los principios de la contratación administrativa (conurrencia,

publicidad).

La *justificación* de la modificación la han argumentado tanto la Dirección Facultativa en su escueto escrito de 11 de enero de 2007 y en la Memoria del Modificado núm. 3, como también, en el plano estrictamente jurídico-administrativo, el informe de la Secretaría General Técnica, de 12 de febrero de 2007. Este Consejo Consultivo no puede menos que constatar las insuficiencias de la Memoria facultativa, que no se ajusta a las exigencias del art. 101.3.a) LCAP, pues en modo alguno sirven para justificar la desviación producida y las circunstancias no previstas en el Pliego de prescripciones técnicas y en el Proyecto técnico de ejecución. No se corresponde la descripción del objeto del modificado con el importe económico del mismo (2.987.929,98 euros). No es de extrañar el contenido del informe desfavorable de los Servicios Jurídicos al modificado (al entender que debiera tramitarse como un nuevo contrato). Esas insuficiencias las viene a reconocer la Secretaría General Técnica cuando habla de que la "*memoria no ha realizado un iter excesivamente claro de la problemática de la ejecución de la obra y del proyecto que explica y justifica la necesidad de modificar el contrato, y por tanto, el Letrado de los Servicios Jurídicos no tenía por qué conocer esa situación*". Es el Informe-Memoria de la Secretaría General Técnica, de 12 de febrero de 2007 la que contiene una justificación –no exenta de afirmaciones apodícticas- del modificado, en los términos recogidos en el Antecedente Octavo, que damos por reproducidos.

Este Consejo Consultivo recuerda que en los expedientes de modificación de contratos es trascendental la *justificación* de las razones de interés público debidas a *necesidades nuevas* o *causas imprevistas* (por *imprevisibles*, en su momento), en cuanto determinante del *ius variandi* de la Administración y en cuanto excepción a los principios que rigen la contratación administrativa. La realidad objetiva que justifica la modificación debe documentarse suficientemente por el Director facultativo y el Servicio responsable de la tramitación del procedimiento. Con ello se evitará que los distintos órganos llamados a informar en el procedimiento no tengan la información adecuada (por insuficiente o equivocada) para cumplir su misión. En caso contrario, la intervención de estos órganos se convierte en rituaría o puede incurrir en apreciaciones inadecuadas que repercuten negativamente en la valoración de la actuación desplegada por los órganos de contratación actuantes y que pudiera ocasionar en el futuro nuevas disfunciones, caso de ser examinado por los órganos de fiscalización externa de la actividad económica de la Administración regional (Tribunal de Cuentas).

En el presente caso, la Memoria del Modificado núm.3 no da razón convincente de las distintas partidas de gasto y cómo es posible una desviación tan significativa si, al tiempo, se afirma por el órgano de gestión que existía una previsión de las mismas en el proyecto original. Es el caso, por ejemplo, de la partida de "tierra vegetal" por importe de 315.471, 99 €, (folio 34 del tomo III); o la partida "malla en alzados", por importe de 692.612, 20 €, o la de "limpieza de muros existentes", por importe de 474.788,80 €, (folio 35, tomo III). Adviértase, además, que se incluyen distintas partidas de jardinería, algunas de las cuales estaban previstas en el Pliego de cláusulas, apartado 36, como de

responsabilidad del contratista “ mantenimiento de jardines y reposición de los elementos vegetales que lo integran”.

Cuando la modificación contractual puede haberse ejecutado ya, al amparo de las razones de interés público explicitadas en el expediente, nuestro dictamen consultivo carece de todo sentido. No por ello podemos dejar de señalar que esas razones –que sin duda existen, objetivamente- han sido insuficientemente explicitadas y documentadas, circunstancia que explica el informe desfavorable de los Servicios Jurídicos.

En proyectos modificados como éste, la Memoria facultativa debe describir la clase o tipo de modificaciones introducidas, pues las mismas determinan el régimen jurídico aplicable, de acuerdo con las previsiones del art. 146, apartado 1 y apartado 2 LCAP. Cuando su importe sea igual o superior al 20% del contrato primitivo, la Administración debe valorar si *resuelve* el contrato (con adjudicación del nuevo contrato con arreglo a los principios de concurrencia y publicidad) o si *ofrece* al contratista –previa aceptación de éste- la ejecución del modificado. Y esta decisión debe justificarse adecuadamente, en particular la *improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación*, aspecto que examinamos a continuación.

Esta justificación es necesaria en relación con aquellas modificaciones contractuales, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones en cuantía igual o superior al 10% del precio primitivo del contrato, siempre que sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas (6.010.121.04), de acuerdo con lo dispuesto por el art. 101.3, párrafo primero, en relación con el apartado b) TRLCAP. En el presente caso, concurre este presupuesto de hecho previsto en la norma, por lo que es necesaria dicha justificación, dado que el Modificado núm. 3, representa, respecto del Modificado núm. 2, un incremento de un 16'67 % y asciende a 2.987.929,98 € , así como la suma de los tres Modificados supone un 40 % (5.975.859,96 €), respecto del precio primitivo.

Debe advertirse que la *justificación* suficiente de dicha improcedencia tiene sentido en sí misma, pues su consideración debe servirle a la Administración para valorar si ello repercutirá favorable o desfavorablemente en la economía o en el plazo de ejecución del contrato, aspectos ambos relevantes para el interés público que debe guiar la actuación administrativa. Pero sin olvidar este aspecto, la justificación de aquella improcedencia, cumplirá, al mismo tiempo, la finalidad de exteriorizar la voluntad de la Administración de mantener la relación contractual y la renuncia a acogerse a las causas de resolución del contrato [art. 112.2 en relación con el art. 149.e) TRLCAP].

Consta en el expediente del Modificado núm. 3, la Memoria suscrita por la Secretaría General Técnica, de 12 de febrero, en la que se afirma que:

"...la ejecución de esta parte de la obra no puede adjudicarse a un tercero, porque la ejecución del camino de acceso, en su configuración del proyecto modificado núm. 3, no puede desvincularse de la ejecución del proyecto principal, pues supone impedir la finalización de éste, prevista en fechas próximas.

La paralización de la obra no debe retrasar la puesta en funcionamiento del Complejo Tecnológico, al estar previstos cursos de formación en materia de Formación Profesional ocupacional de ámbito nacional en los próximos meses, sino lo que es más grave, impedir dar una solución rápida a la problemática planteada por la Dirección General de Medio Natural para la correcta prestación del servicio terrestre de extinción de incendios forestales que sigue prestándolos en la zona norte de la finca.

La ponderación de los intereses públicos afectados, la justificación de las causas que motivan la redacción del proyecto Modificado núm. 3 y el hecho de que exista acuerdo con la empresa constructora que ha aceptado aplicar la baja contractual y no resolver el contrato, lo cual garantiza la mayor agilidad y mejor precio, permiten a juicio de quien suscribe el presente informe, y sin perjuicio de lo señalado en el de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, no promover una nueva licitación y adjudicar el mismo a la U.T.E. formada por las empresas Vías y Construcciones, S.A. y Construcciones José Martín, S.A".

En la Memoria justificativa suscrita por el Jefe de Servicio de Régimen Interior y Gestión Presupuestaria, de 19 de febrero de 2007, se afirma que *"el plazo de ejecución de este expediente será desde la firma del Acta de comprobación de replanteo e inicio de las obras, hasta la finalización de las obras principal y Modificados núms. 1 y 2, y que a fecha de esta memoria es de 15 de marzo de 2007"*.

Respecto a la invocación del interés público para justificar la innecesariedad de poner en marcha una nueva convocatoria de licitación con todos los trámites recogidos en la LCAP en orden a la tramitación de un nuevo expediente de contratación, con los consiguientes plazos de publicidad y los propios del tipo de procedimiento y de forma de adjudicación, se alega una supuesta imposibilidad material de adjudicar el modificado a un tercero *"porque la ejecución del camino de acceso...no puede desvincularse de la ejecución del proyecto principal, pues supone impedir la finalización de éste"*. O se afirma que una nueva adjudicación retrasaría la solución rápida a las necesidades de acceso de los servicios forestales de la Consejería de Medio Ambiente. O que están previstos cursos de formación profesional ocupacional de ámbito nacional en los próximos meses. Se habla, en fin, de *"mayor agilidad, eficacia y mejor precio"*.

Parecen todas ellas razones fundadas para justificar la improcedencia de una nueva licitación, aunque no dejan de encubrir afirmaciones apodícticas. En efecto, parece lógico que el camino se asfalte cuando estén todas las obras concluidas, esto es, al finalizar las del contrato principal, y ello será así, lo haga el actual contratista u otro distinto. Y el acceso rápido de los servicios forestales es una circunstancia que debió ser tenida en cuenta en el proyecto original y, en todo caso, no parece por sí misma justificación suficiente, dado que existe una salida alternativa, cuyo recorrido solo supone algo más de dos minutos de tardanza respecto de la realizada por la Avenida de Zaragoza. En cuanto al precio, si no se convoca una nueva licitación difícilmente podrá comprobarse si un nuevo contratista puede mejorar los aceptados por el actual contratista. Esto es, la Administración habrá de razonar en qué medida el precio aceptado por el contratista resulta beneficioso para el interés público o, si atendido el montante económico del Modificado, sería previsible se produjera

un ahorro económico al favorecer la competencia empresarial, aunque sin olvidar que ese beneficio puede ser más teórico que real, si se adopta una consideración global del problema (toma en consideración de los costes económicos y de todo orden que puede acarrear el tiempo necesario para tramitar y licitar un nuevo concurso, demora en la apertura de las nuevas instalaciones, etc.).

Al margen de las insuficiencias señaladas, lo que no procede aplicar en el presente caso –como equivocadamente ha decidido la Consejería de Hacienda y Empleo– es el procedimiento negociado sin publicidad para la adjudicación del Modificado núm. 3, pues ni son *obras complementarias* en el sentido del art. 141.d) LCAP (además de que superan el 20% del contrato original), ni ha existido *disconformidad* del contratista principal, único supuesto que permite acudir a dicho procedimiento para adjudicar el modificado a otro empresario distinto del principal, siempre que no se sobrepase el citado límite cuantitativo (art. 146.2 LCAP).

CONCLUSIONES

Primera

El Proyecto de Modificado núm. 3 de las Obras de para la construcción del *Complejo Tecnológico de La Rioja* y urbanización del parque anejo, en el término de *La Fombera*, de Logroño es, en sus aspectos formales y sustantivos, ajustado a Derecho, si bien existe una insuficiente justificación y documentación de las razones de interés público debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas del mismo.

Segunda

La formalización del Modificado núm. 3, ha de ser suscrita por ambas partes, Administración contratante y el adjudicatario del contrato, la U.T.E. referida, tal y como lo exige el art. 101.21 LCAP.

Tercera

La garantía definitiva prestada debe reajustarse para que guarde la debida proporción con el precio del contrato resultante de esta segunda modificación, de acuerdo con el art. 42 LCAP.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero