

En Logroño, a 25 de noviembre de 2008, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General D. Ignacio Granado Hijelmo, siendo ponente D. José María Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**147/08**

Correspondiente a la consulta formulada por el Ayuntamiento de Arnedo, a través del Excmo. Sr. Consejero de Administraciones Públicas y Política Local, en relación con la modificación del contrato de obras de “P. de la L. N. del C.”, F. I.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

Con fecha 30 de octubre de 2008, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arnedo adoptó un Acuerdo de aprobación del Modificado III al Proyecto de P. en L. L. N. del C., acordando recabar del Consejo Consultivo el oportuno dictamen, al superar la cuantía de la modificación el 20% del precio del contrato.

En el expediente remitido consta, en primer lugar, un informe del Arquitecto Director de las Obras, de fecha 21 de abril de 2008, justificando la modificación del proyecto por las siguientes razones:

*“El camino de acceso a la ladera está cortado debido a las obras del T.. Si bien el edificio dejará un paso del camino por detrás, mientras duran las obras, dicho camino está intransitable, pues se están llevando a cabo zanjas, arquetas, etc. También hay colocados andamios para la ejecución de la fachada. Por todo ello, es necesaria la realización de un nuevo camino, un poco más al sur del actual, que conecte desde la C. del R., con el camino de acceso al castillo, salvando la era donde está el T.. Este camino se haría por la era superior, al sur del actual.*”

*Asimismo, con el movimiento de tierras y realización de escollera, debido a la gran pendiente que tiene la ladera, pueden caer piedras a la c. V. C., con el consiguiente peligro que eso supone para vehículos y peatones. Para evitar esto, se propone la realización de una zanja en una de las terrazas inferiores, que serviría de contención y recogida de los materiales que caigan desde más arriba. Esta zanja, por su longitud y volumen, excede la partida prevista para elementos de seguridad y salud, y supone un incremento en la partida de movimiento de tierras.*

*Un tercer tema es la medición de las escolleras. En el proyecto se toman unas mediciones sobre muros-tipo en profundidad y altura, por facilitar los cálculos. El mismo proyecto dice que las nuevas escolleras se deben ajustar lo más posible a las terrazas existentes en la ladera. Haciendo nuevas mediciones sobre la ladera, se observa que hay más irregularidades de las previstas y algunos de los muros deben ser más anchos o más altos de los previstos en medición, tanto para encontrar el terreno firme para las bases, como para llegar hasta la terraza superior. Esto afecta tanto a la partida de escollera, como a la de relleno de trasdós de los muros”.*

La modificación propuesta importa la cantidad de 10.139,91€ de presupuesto de ejecución material y 13.997,13€ de total presupuesto de contrata.

## **Segundo**

En fecha 2 de julio de 2008, el A. M., emite informe indicando que el modificado se ajusta a las determinaciones del Texto Refundido de la Ley 2/2000 de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas, y las del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En base al citado informe, la Comisión de Obras y Servicios aprobó, en fecha 8 de julio, el M. III al P. de P. en L. L. N. del C. de Arnedo.

## **Tercero**

En fecha 22 de julio de 2008, se emite informe por el Secretario General del Ayuntamiento de Arnedo.

A la vista del citado informe, la Corporación requiere del Arquitecto redactor del Modificado, justificación, partida por partida, de si las modificaciones pretendidas suponen una causa imprevista o meras variaciones de detalle, por lo que en todos los casos justifican la modificación pretendida.

#### **Cuarto**

Consta posteriormente en el expediente un informe de la Intervención fiscalizando en sentido favorable; y, por último, un Acuerdo de la Comisión de Obras y Servicios, de fecha 28 de octubre de 2008, ratificando la Resolución de la Alcaldía de autorizar la redacción del Modificado, aprobando el expediente tramitado, requiriendo a la contratista para que proceda a completar la fianza definitiva, teniendo en cuenta la modificación pretendida; y ordenando proceder a la formalización del documento administrativo.

#### **Antecedentes de la consulta**

##### **Primero**

Por escrito de 11 de noviembre de 2008, registrado de entrada en este Consejo el 18 de noviembre de 2008, el Ayuntamiento de Arnedo a través del Excmo. Sr. Consejero de 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 19 de noviembre de 2008, registrado de salida el 20 de noviembre de 2008, 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. 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto-Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP), dispone la preceptividad del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: *Ab) 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 aplicable.*

-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 que se refiere al caso sometido a nuestra consideración, hay que mencionar el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, que determina el carácter preceptivo del dictamen del órgano consultivo superior de la Comunidad Autónoma, si la cuantía de la modificación excede del 20% del precio del contrato, circunstancia ésta que debemos entender que concurre en este caso, aunque se desconoce cuál es el precio del contrato que se pretende modificar.

## Segundo

### **Posibilidad de modificación de los contratos administrativos.**

Entre las prerrogativas que ostenta la Administración en materia de contratación administrativa, el art. 59 LCAP, concede al Órgano de contratación el poder de modificación de los contratos, por razones de interés público, el denominado *ius variandi*. En efecto, frente a la regla general de inmutabilidad e invariabilidad del contenido contractual que rige en el Derecho Privado, en el Derecho Administrativo, y concretamente en la normativa contractual de las Administraciones Públicas, recogiendo lo que ya disponía la derogada Ley de Contratos del Estado de 1965, se autoriza a una de las partes contratantes, a la Administración, para modificar el contenido contractual, siendo tal modificación obligatoria para el contratista, siempre que se produzca dentro de los límites y con arreglo a los requisitos y garantías contenidos en la LCAP y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que son aplicables al contrato que nos ocupa.

Esta prerrogativa ha de encauzarse, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo, dentro del ejercicio de una potestad reglada, pues podrá ser utilizada por el órgano de contratación cuando concurren los presupuestos establecidos por la Ley. Así lo ha declarado, entre otras Sentencias, en la de 11 de abril de 1984 (Ar. 1920), cuyo tenor no puede ser más expresivo:

*“...el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los artículos 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese ius variand, en todo caso requiere una singular motivación de hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus pliegos regidos por el principio ne varietur”.*

De acuerdo con esta jurisprudencia, el poder de modificación del contrato no puede ser ejercido de manera arbitraria, pues no se trata de una potestad legal atribuida con carácter absoluto, sino que se ve encauzada tanto por límites formales (necesidad de un expediente contradictorio, audiencia al contratista, justificación de la motivación); como sustantivos (conurrencia de nuevas necesidades o causas imposibles de prever y razones de interés público).

### **Tercero**

#### **Procedimiento administrativo para la aprobación del Proyecto de modificado del contrato de obras de “P. L. L. N. del C.”**

Definida así la prerrogativa administrativa que ostenta el órgano de contratación, hemos de analizar, en primer lugar, la concurrencia en el expediente elevado por el Ayuntamiento de Arnedo, a través del Excmo. Sr. Consejero de Admnsitraciones Públicas y Política Local, de los presupuestos procedimentales o formales en que la misma ha de encauzar su potestad de modificación del contrato, cuyo ejercicio es reglado.

En el caso sometido a nuestra consideración, y dada la fecha en la que se inició el procedimiento de contratación (Disposición Transitoria 1ª de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público), los cauces 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, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y, en particular, para el contrato de ejecución de obras públicas, en el art. 146 LCAP, además de lo dispuesto en el art. 102 del Reglamento de desarrollo de la LCAP. De acuerdo con este marco normativo, hemos de analizar los trámites seguidos en este procedimiento que se informa.

Del mismo modo, habría de estarse a lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, si bien, no consta en el expediente la mínima referencia al inicial procedimiento de contratación, ni siquiera el importe de las obras adjudicadas, ni la empresa adjudicataria, por lo que hemos de estar 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, en los términos indicados en el art. 12 LCAP.

En particular, para este tipo contractual, el de ejecución de obras públicas, el art. 146 LCAP dispone que el acto de trámite de iniciación del expediente viene impulsado por la existencia de una propuesta técnica motivada, efectuada por el Director facultativo de las obras, en la que figurará el importe aproximado de la modificación, así como la descripción básica de las obras a realizar [art. 147.4, a) LCAP].

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 informe técnico suscrito por la Dirección facultativa de las obras, en el que se intenta justificar la necesidad de proponer la redacción del modificado de las obras.

Con todo ello, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 146.3 LCAP, ha quedado correctamente iniciado el expediente, 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 (S.TS 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 modificado. De acuerdo con lo dispuesto en los arts 59, 101 y 146 LCAP, y del art. 102 del Reglamento de desarrollo, en el cuerpo de la instrucción de este expediente se han de realizar las siguientes actuaciones: audiencia del contratista; informe de la Asesoría Jurídica; Dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma, informe presupuestario sobre el modificado y fiscalización del gasto correspondiente por Intervención.

### **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.

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 una audiencia, en el caso que se dictamina, que goza del calificativo de preceptividad. En el expediente que se nos ha remitido, no consta el traslado del mismo a la contratista, aunque en el acuerdo de la Comisión de Obras y Servicios de fecha 28 de octubre de 2008, en el que se aprueba el expediente de modificación tramitado, se indica que se dio traslado por tres días al contratista, sin que, por su parte, se formulase alegación alguna, por lo que debiera completrarse el expediente incluyendo en el mismo dicho traslado.

## **B.2) Informe jurídico.**

Consta informe de la Secretaria del Ayuntamiento de fecha 22 de julio de 2008 en el que se enumeran las actuaciones necesarias para la correcta tramitación del procedimiento de modificación contractual, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 59.3, b) LCAP.

## **B.3) Fiscalización del gasto.**

Con fecha 17 de octubre de 2008, la Intervención Accidental del Ayuntamiento de Arnedo emitió su informe, sin reparos, sobre el gasto derivado del Modificado pretendido.

## **B.5) Dictamen del Órgano consultivo.**

Este trámite queda debidamente cumplimentado mediante la emisión del presente Dictamen, cuya preceptividad deriva del ya citado artículo 114.3 del Texto Refundido de Régimen Local, al que nos hemos referido anteriormente.

## **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 Modificado nº 3 del contrato de las obras de reforma y ampliación corresponde al órgano de contratación, que parece ser fue la Comisión de Obras y Servicios de la Corporación, pues no figura en el expediente la menor referencia al contrato inicial que se pretende modificar.

En conclusión, este Consejo Consultivo entiende correctamente cumplimentado, en sus aspectos formales, el procedimiento de modificado nº 3 referido.

## **Tercero**

### **Sobre la existencia de interés público que justifica la modificación del contrato.**

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 relacionan en el art. 146 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, cuya ejecución ya ha comenzado. De esta forma lo dispone el art. 101.1 LCAP:

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

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.

La justificación de la modificación radica en el hecho de encontrarnos ante nuevas necesidades o causas imprevistas, pero examinadas las mismas, parece difícil mantener dicha condición en lugar de meras imprevisiones del proyecto inicial. Así, parece evidente pensar que el terreno sobre el que se está actuando no ha sufrido modificación alguna en cuanto a su configuración, por lo que el riesgo de caída o desprendimiento de materiales a la vía pública, ya se le tendría que haber aparecido como posible al redactor del proyecto inicial, al igual que lo relativo a las escolleras. Tales circunstancias tendrían que haber estado previstas, puesto que se conocía perfectamente el terreno sobre el que actuaba. La pendiente de la ladera resulta evidente a simple vista incluso para un profano, y el hecho de la existencia de terrazas en la ladera, resulta igualmente visible a simple vista. Por lo tanto, la necesidad de dichas nuevas actuaciones sólo puede deberse a imprevisiones del proyecto, que no ha tenido en cuenta las peculiaridades del terreno sobre el que debía actuarse.

Por lo que respecta al camino de acceso a las obras, afectado por las obras del Tanatorio, no consta en el expediente dato alguno acerca de cuándo se iniciaron tales obras, si eran anteriores o posteriores a las de la Ladera Norte del Castillo, y, en caso de ser posteriores, que no fuesen conocidas en el momento de redactarse el proyecto inicial. Por lo tanto, todas las modificaciones pretendidas no vienen sino a suplir deficiencias del proyecto, que debieron haber sido conocidas y tenidas en cuenta en su momento, por lo que entendemos, que no concurren los requisitos legales que justificarían la modificación de un contrato administrativo.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

El modificado sometido a nuestra consideración, si bien resulta ajustado a Derecho en sus aspectos formales, no lo es en cuanto al aspecto sustantivo, al no haberse acreditado la concurrencia de circunstancias de interés público que habiliten dicha modificación.

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