

DICTAMEN N° 242/2013 de 23 de mayo de 2013

Contratos administrativos

Expediente de contratación del modificado n° 2 de la obra “Autovía Autónoma EX-A1, tramo Coria-Moraleja Este”, Exp. .

Ha sido Ponente el Excmo. Sr. D. Juan Manuel Rodríguez Barrigón con la asistencia del Letrado D. Antonio Alonso Clemente, acordándose el Dictamen por unanimidad, y resultando los siguientes,

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 14 de mayo 2013 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo Consultivo solicitud de Dictamen remitido por la Presidencia de la Junta de Extremadura, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.1 de la Ley 16/2001, del Consejo Consultivo, y 14.c) de la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en virtud de los cuales el Consejo Consultivo de Extremadura emitirá Dictamen en cuantos asuntos someta a su consulta el Presidente de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a iniciativa propia o a solicitud del Consejo de Gobierno o de cualquiera de sus miembros.

Se cursa solicitud de Dictamen a iniciativa del Excmo. Sr. Consejero de Fomento, Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo de la Junta de Extremadura, sin que se requiera la evacuación de la consulta por el procedimiento de urgencia.

SEGUNDO.- Se acompaña documentación integrante del expediente administrativo, del que resulta lo siguiente:

1.- Pliego Tipo de cláusulas administrativas particulares para contratos de obras elaborado por la Secretaría General de la Consejería de Fomento el 9 de noviembre de 2007.

2.- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para el contrato de obras de la Autovía Autónoma EX-A1 de Plasencia a Portugal. Tramo: Coria-Moraleja Este, de 7 de febrero de 2008, elaborado por el Secretario General de la Consejería de Fomento.

3.- Contrato firmado, el 18 de septiembre de 2008, por el Secretario General de la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura y la

presentación de la UTE: **X**, S.A., en el que se establecen las cláusulas para la ejecución de las obras previstas en el proyecto “Autovía Autonómica EX-A1, Tramo: Coria-Moraleja Este”.

4.- Petición de autorización para la redacción del Proyecto Modificado nº 1 de las obras de “Autovía Autonómica EX -A1, Tramo: Coria-Moraleja Este” del Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos y Director de las Obras al Jefe de Servicio de Infraestructuras Viarias.

5.- Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Fomento, de 23 de marzo de 2011, por la que se autoriza el inicio del expediente para la redacción del proyecto modificado nº 1 de las obras de “Autovía Autonómica EX -A1, Tramo: Coria-Moraleja Este”.

6.- Informe de Supervisión relativo al Proyecto de construcción de modificado nº 1 de las obras “Autovía Autonómica EX-A1, Tramo: Coria-Moraleja Este”, de 27 de abril de 2011, elaborado por el Técnico de la Oficina de Supervisión de Proyectos.

7.- Resolución de 27 de abril de 2011 del Secretario General mediante la que se aprueba técnicamente el referido Proyecto de Modificado nº 1 de las obras “Autovía Autonómica EX -A1, Tramo: Coria-Moraleja Este”.

8.- Acta de conformidad del contratista de 27 de abril de 2011 y Acta de replanteo previo.

9.- Propuesta de inicio de las actuaciones previas a la contratación del proyecto modificado nº 1 de las obras “Autovía Autonómica EX-A1, Tramo: Coria-Moraleja Este”, del Jefe de Servicio de Infraestructuras Viarias.

10.- Informe Jurídico de 27 de abril de 2011 en el que se concluye favorablemente acerca de la justificación de la modificación del contrato, no existiendo variación económica del precio primitivo del mismo y justificando que la falta de trámite de audiencia no genera indefensión, cuando en la modificación conste expresamente la conformidad del contratista con la valoración económica del modificado.

11.- Resolución de la Secretaria General de la Consejería de Fomento, de 27 de abril de 2011, por la que se aprueba el expediente de contratación del proyecto modificado nº 1 de las obras “Autovía Autonómica EX-A1, Tramo: Coria-Moraleja Este”.

12.- Contrato suscrito, el 29 de abril de 2011, por el Secretario General de la Consejería de Fomento y la representación de la UTE **X**, S.A. en el que se establecen las cláusulas para la ejecución del proyecto modificado nº 1 de las obras “Autovía Autonómica EX-A1, Tramo: Coria-Moraleja Este”.

13.- Anexo III relativo a la comunicación al Tribunal de Cuentas de circunstancias posteriores a la formalización del contrato de 24 de mayo de 2011.

14.- Consta Memoria del Proyecto del Modificado, nº 2.

15.- Solicitud de autorización para la redacción del proyecto modificado nº 2 de las obras de “Autovía Autonómica EX –A1, Tramo: Coria-Moraleja Este”, emitida por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos y Director de Obras al Jefe de Servicio de Infraestructuras Viarias. Además de solicitar dicha autorización, se mencionan los antecedentes y se describe y justifica la modificación a realizar.

16.- Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo, de 23 de octubre de 2012, por la que se autoriza el inicio del expediente para la redacción del proyecto modificado nº 2 de las obras de “Autovía Autonómica EX –A1, Tramo: Coria-Moraleja Este”.

17.- Informe realizado por el Técnico de la Sección de supervisión en el que se hace una descripción de las obras, se justifican las mismas y se hace una valoración económica.

18.- Informe de supervisión de 5 de marzo de 2013.

19.- Resolución de la Secretaría General de la Consejería de Vivienda, Ordenación del Territorio y Turismo por la que se aprueba técnicamente el proyecto modificado nº 2 de las obras de “Autovía Autonómica EX –A1, Tramo: Coria-Moraleja Este”.

20.- Certificado del Jefe de Servicio de Infraestructuras Viarias en el que se da fe que los gastos de la obra del expediente en cuestión están incluidos dentro del Programa Operativo FEDER de Extremadura 2007-2013.

21.- Acta de replanteo de 14 de marzo de 2013 del Jefe de Servicio de Infraestructuras Viarias y Acta de Conformidad del Contratista.

22.- Informe Jurídico favorable a la modificación del contrato, de 17 de abril de 2013, en el que se concluye que se justifica la misma ya que obedece a razones de interés público derivado de causas imprevistas.

Asimismo advierte que se deben tener en cuenta las recomendaciones de carácter procedimental, tanto formal como material, contenidas en dicho informe.

23.- Propuesta de aprobación, de 18 de abril de 2013 del Jefe de Servicio de Infraestructuras Viarias, previa autorización del Consejo de Gobierno, del expediente de modificación nº 2 de las obras de “Autovía Autonómica EX–A1, tramo Coria-Moraleja Este”, Exp. con un incremento del plazo contractual de 24 meses, y conforme a los presupuestos que se indica y que se apruebe el gasto para dicha contratación con respecto a los detalles que se relacionan.

TERCERO.- Por Resolución de la Presidencia de este Consejo, de la misma fecha de su registro, la consulta fue admitida y se ordenó continuar la evacuación

de la misma por el procedimiento ordinario. Se turnó ponencia según orden establecido, correspondiendo como queda indicado en el encabezamiento, de lo que se dio cuenta al Pleno.

CUARTO.- No habiéndose considerado necesaria la práctica de diligencias adicionales se concluyó esta fase del procedimiento de la consulta con la documentación obrante en el expediente, elevándose por la Ponencia propuesta de Dictamen que fue incluida en el orden del día de la sesión plenaria que figura en el encabezamiento.

QUINTO.- Por el Ponente se informó, en la referida sesión plenaria, del contenido del Proyecto de Dictamen y sometido a deliberación del Pleno, el Consejo estimó, por unanimidad, la suficiencia de dicho Informe y siendo conforme con la Propuesta acordó aprobar el Proyecto de Dictamen sin necesidad de ulterior debate.

II. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA

PRIMERO.- Se somete a la consideración de este Consejo Consultivo, en los términos dispuestos por los artículos 12.2º y 13.1º.i) de la Ley 16/2001, del Consejo Consultivo, el proyecto de modificación del contrato de la obra “Autovía Autónoma EX-A1, tramo Coria-Moraleja Este”, Exp. . El objeto del Dictamen consiste en informar acerca de si procede o no mencionada modificación contractual, a la vista de normativa sobre la materia.

SEGUNDO.- Se requiere Dictamen ordinario en derecho sin extenderse a cuestiones o consideraciones de oportunidad de conformidad con lo prevenido en el artículo 2.2 de la ley de creación de esta instancia consultiva.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Carácter preceptivo del Dictamen.

El artículo 13.1.i) de la Ley 16/2001 de 14 de diciembre, del Consejo Consultivo de Extremadura, establece el carácter preceptivo de la consulta, consulta también exigida por el artículo 195.3º de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aplicable al supuesto, como luego

analizaremos, para los expedientes tramitados por éstas que versen sobre modificaciones del contrato, cuando la cuantía de las mismas, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por 100 del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000,00 de euros.

A tales efectos, debe ponerse de relieve que esta modificación del contrato tiene un coste de 9.238.398,17 € (sin IVA), lo que representa un 28,16% del presupuesto primitivo, lo que obliga a la intervención de este órgano consultivo. Por ello, el Consejo Consultivo de Extremadura emite este Dictamen con carácter preceptivo.

Segundo. Consideraciones sobre la tramitación del expediente de resolución contractual.

El expediente de resolución del contrato referido se ha instruido cumpliendo las formalidades y requisitos exigidos por el artículo 195.3º de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aplicable al supuesto objeto de Dictamen, al haberse acordado la modificación por el órgano de contratación, se ha solicitado informe del servicio jurídico, se ha dado audiencia al contratista y, finalmente, se ha solicitado el dictamen de este Consejo Consultivo.

Tercero.- Consideraciones generales sobre la prerrogativa de modificación de los contratos administrativos que corresponde a la Administración contratante.

Los contratos administrativos se caracterizan por constituir negocios jurídicos con una finalidad orientada a la consecución del interés general, como ha descrito con frecuencia nuestro Tribunal Supremo; esta concepción esencial queda estrictamente asociada a las exigencias que se desprenden del hecho de que una de las partes en el contrato sea una Administración Pública, que queda sujeta incondicionalmente al principio de legalidad y al servicio objetivo del interés general. Esto explica en buena medida la existencia de un conjunto de prerrogativas a favor de la Administración que se constituyen en un elemento esencial de diferenciación entre los contratos administrativos y los contratos privados de las Administraciones Públicas.

A tales efectos, el artículo 194 de la Ley de Contratos del Sector Público contempla un conjunto de prerrogativas de la Administración en los contratos, sometidas claro está a los requisitos y efectos que se disponen en la propia Ley, que se enumeran del siguiente modo: *“interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*.

La potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos

constituye una de las más importantes prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas, así como una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran éstas por comparación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato. Así lo ha declarado nuestro Tribunal Supremo al señalar que *“la regla general de la inmutabilidad del contrato, predominante en el ordenamiento civil («contractus lex»), ofrece en el administrativo la versión de la inmutabilidad del fin, o inmutabilidad del servicio, para lo cual se instrumenta una especial potestad, la «potestas variandi», habilitada, no por ministerio del contrato, sino por el de la Ley, hasta el extremo que la doctrina científica ha destacado que esta «potestad» merece ser aplicada con un criterio interpretativo extensivo, en el campo administrativo, mientras que, por el contrario, en el civil, las facultades de modificación («ius» no «potestas») sólo deben ser reconocidas en los casos y con el alcance expresamente previsto en el contrato, y con un criterio hermenéutico restrictivo”* (Sentencia de 11 de octubre de 1979, RJ 1979\3448).

Ahora bien, no puede desconocerse que el ejercicio de este *ius variandi* no puede disociarse de la necesidad de evitar los riesgos de desviación a que puede conducir su ejercicio, especialmente cuando se reconduce a finalidades que no guardan relación con las exigencias derivadas del interés público. Pero tampoco puede desconocerse que, por la evitación de perjuicios a este interés deducidos de prácticas injustificadas o arbitrarias, el modelo de contratación pública exige la presencia de límites a estas potestades que impidan que las modificaciones contractuales conlleven daños innecesarios al erario público, normalmente por el sobre coste que ello pueda conllevar, pero también porque puedan llegar a constituir un fraude al principio de selección objetiva del contratista.

Así, la necesidad de optimizar los recursos públicos justifica la regla de la igualdad de trato, que se convierte en parámetro de control de la decisión de adjudicación de un contrato público. Pero este principio extiende su influencia en la fase de ejecución, modulando la potestad que se desprende del *ius variandi*.

El Tribunal Supremo se encargó de precisar que existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo excepciones que, como tales, exigen una interpretación restrictiva (entre otras, en la Sentencia de 3 de mayo de 2001, RJ 2001\3433). En consecuencia, esta potestad no puede ser entendida como ilimitada, ni de alcance general que quede justificada de modo general por el interés público que se presume en las decisiones de todo poder contratante.

En esta línea, el Consejo de Estado ha insistido en el carácter excepcional de la modificación de los contratos, entre otros, en el Dictamen 3371/1996, de 28 de noviembre de 1996, cuya doctrina no importa repetir:

“Como ya tuvo ocasión de manifestar este Alto Cuerpo Consultivo, en la Memoria de 1990, “a partir de un conocimiento ordinario de la realidad y de una valoración propia de su experiencia consultiva, el Consejo de Estado entiende,

con sensibilidad, cómo de hecho se produce el desarrollo de una relación contractual y cómo, a veces, cierto grado de ductibilidad puede servir al interés público mejor que un rigorismo capaz, en aras de una interpretación legal alicorta, de llegar a desnaturalizar el sentido finalista especialmente relevante en cualquier previsión normativa".

"No es menos claro, sin embargo, que en ocasiones no se percibe tanto una salvaguardia realista del interés público, abordando y resolviendo con buen sentido las incidencias normales propias de la ejecución de un contrato, como inadecuadas formas de proceder para solventar cuestiones sobrevenidas o derivadas de imprevisiones iniciales".

Por este motivo, tanto en la citada Memoria de 1990 y en otras, así como en numerosos dictámenes relativos a consultas sobre modificación de contratos, advertía el Consejo de Estado sobre la necesidad de extremar el celo por la Administración contratante a la hora de elaborar o, en su caso, aprobar, los proyectos de obras, de forma que solo excepcionalmente haya de acudir a la ulterior modificación objetiva del contrato, pues de lo contrario prácticas de esta naturaleza pueden encubrir una verdadera alteración de la voluntad administrativa respecto a tipo de obras que habrían de ejecutarse, y constituir un proyecto nuevo que exigiría un nuevo expediente de contratación.

El Dictamen de 17 de junio de 1983 formulaba una observación de carácter general sobre la necesidad de extremar el rigor y el celo en la elaboración del proyecto inicial de cualquier tipo de obra pública de forma que no haya de recurrirse con tanta frecuencia a su ulterior modificación ni, sobre todo, a la introducción de varios, sucesivos y parciales reformados.

La práctica del reformado o modificado de obras tiene su causa en la insuficiencia técnica inicial de los proyectos. Así, tendría que evitarse, como resaltó el Dictamen de 29 de noviembre de 1984, que el proyecto inicial que sirva de base al contrato no contenga una obra completa, y que las sucesivas modificaciones puedan encubrir contrataciones que no observen los principios inspiradores de la contratación administrativa, publicidad, libre concurrencia y licitación.

En suma, entiende este Consejo de Estado que deben introducirse en las prácticas administrativas insertas en el marco del giro o actividad contractual de la Administración, las adecuadas previsiones para que la técnica del "proyecto reformado" y, consiguientemente, de la novación objetiva del contrato obedezca a su razón de ser, se constriña a la excepcionalidad y no sea práctica que, por su frecuencia, pudiera convertirse en habitual, pues, de lo contrario, se encubrirían contrataciones que no observaran los principios de publicidad, libre concurrencia y licitación, inspiradores y vertebradores, del sistema de contratación pública."

La existencia de límites no significa, empero, que no pueda modificarse el contrato, sino que ha de respetarse la esencia del contrato. En otro caso, cuando la Administración altere de tal modo sustancial su voluntad habrá de

promoverse nueva concurrencia.

Tanto el Tribunal Supremo como el Consejo de Estado y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa han resaltado que no puede modificarse esencialmente el contrato administrativo. Es cierto, no obstante, que dentro de la doctrina del Tribunal Supremo existen dos corrientes. Para una de ellas ha de prevalecer el interés público (el fin) sobre el objeto, de manera que la prerrogativa de modificación es cuasi ilimitada [posición que se expresa en las Sentencias de 2 de julio de 1979 (RJ 1979\2866) y de 1 de febrero de 2000 (RJ 2000\318)]. Otra línea jurisprudencial, sin embargo, sostiene que la potestad de modificación de los contratos no puede abarcar alteraciones sustanciales [Sentencias de 28 de febrero de 1989 (RJ 1989, 1461) y 21 de enero de 1994 (RJ 1994\144)].

Entiende también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que no puede modificarse sustancialmente el contrato pues de alterarse las bases y criterios a los que respondía la adjudicación se resentirían los principios de libre concurrencia y buena fe, de modo que *“Deben fijarse límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos en el sentido de que mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos mediante el sistema de licitación pública”* (Informe 47/1998, de 17 de marzo de 1999).

Por otra parte, señala el Consejo de Estado en el Dictamen 1041/1992, de 30 de julio que *“La Administración Pública no goza de una voluntad libre para modificar el proyecto técnico de una obra -al menos desde el punto de vista de su trascendencia sobre una relación contractual ya establecida-, sino que el grupo normativo de la contratación pública establece que se trata de una potestad tasada que sólo puede actuarse en determinados supuestos. [...] Las causas que pueden justificar la modificación son, según el artículo 149, la aparición de necesidades nuevas o de causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto. Ahora bien, el citado precepto del Reglamento General de Contratación no se limita a señalar las causas, sino que va más allá, y precisa que éstas deben quedar debidamente justificadas.*

Si bien la Administración goza de un cierto ámbito de discrecionalidad para modificar un proyecto de obra, para el ejercicio de esa potestad deben darse los presupuestos exigidos por el Reglamento de Contratación y, además, esos presupuestos deben estar debidamente justificados. En el caso de que la Administración aprobase el proyecto sin que se den los presupuestos o sin que éstos estén suficientemente fundados, el poder actuante no sólo desbordaría los límites de la discrecionalidad (vulnerando así el artículo 9.3 de la Constitución), sino que además podría defraudar los principios inspiradores de la contratación administrativa, ya que de ese modo se obviaría la debida apertura y tramitación de un nuevo expediente de contratación que tendría su soporte técnico en un

nuevo proyecto”.

En suma, las prerrogativas en la contratación administrativa no se conciben en interés propio de la Administración, sino que se trata de facultades que la Ley atribuye a la Administración para que las ejerza en aras del interés público implícito en la actividad que desarrolla; por esta razón, su ejercicio ha de ser puesto al servicio de los intereses generales. Y así se ha enfatizado en la jurisprudencia, especialmente cuando se ha indicado que *“la supremacía de la Administración en el contrato está justificada, no para sí, sino para, por medio de ella, asegurar la realización de las obras contratadas y la prestación de los servicios; especialmente, en cuanto a éstos, ante situaciones de mal entendimiento, la regla interpretativa tenderá siempre a asegurar el buen funcionamiento del servicio, y la prestación del mismo de forma regular y continua”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1982, RJ 1982\1619).

Por otra parte, no puede desconocerse que la regulación de la modificación de los contratos debe ser interpretada, en todo caso, a la luz del ordenamiento comunitario, toda vez que la regulación de los contratos públicos se encuentra asentada actualmente sobre la defensa del interés público y los principios que se desprenden del Derecho de la Unión Europea. Verdaderamente, no debe entenderse esto como una contraposición toda vez que principios como la libre concurrencia, la prohibición de discriminación, la transparencia o la proporcionalidad quedan insertos en este interés público en la medida en que facilita que la contratación tenga lugar en condiciones más favorables para el mismo.

Aun así, la eventual colisión que pueda producirse entre las normas nacionales y las de origen comunitario no resulta infrecuente, siendo a este respecto de aplicación la primacía del Derecho de la Unión Europea, así como el efecto directo de las normas de Derecho derivado cuando en el mismo se establecen previsiones incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de los particulares, quienes podrán invocarlas ante los órganos jurisdiccionales, los cuales deberán inaplicar las normas nacionales que incumplan las obligaciones que aquellas establezcan (como ha fijado en materia de contratos públicos el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 2 de junio de 2005, asunto C-15/04, *Koppensteiner GmbH*).

En relación con la modificación de contratos, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 aborda con profundidad las cuestiones relacionadas con los límites y requisitos de la modificación de un contrato público, especialmente relevantes para la determinación de las obligaciones de los poderes adjudicadores de someterse a los términos del contrato. Y a este respecto señala que *“El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los*

licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores". Además, en orden a la facilitar la transparencia del procedimiento, que garantiza la inexistencia de favoritismos o arbitrariedades, subraya el Tribunal que implica que *"todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata"*. (Sentencia de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, *Succhi di Frutta*).

Ambos principios encuentran también expresiones específicas en el Derecho derivado, como se aprecia en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en el que se dispone que los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia, lo que es predicable tanto en la fase anterior a la adjudicación como en la ejecución.

En nuestro ordenamiento, la potestad de modificación del contrato queda sometida, en virtud del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público, a determinados condicionantes que se señalan:

- a) Que existan razones de interés público.
- b) Que concurren causas imprevistas cuya necesidad sea debidamente justificada.
- c) Que no afecten a las condiciones esenciales del contrato.
- d) Que la posibilidad de modificación del contrato y las condiciones en que podrá producirse se hallen recogidas en el pliego y en el documento contractual.

No cumplir estos requisitos supondría una quiebra de los principios que rigen la contratación pública y ocultaría una nueva adjudicación decidida directamente.

Cuarto.- Examen del asunto concreto sometido a consulta de éste Órgano.

Con carácter previo, ha de señalarse que la legislación aplicable a la modificación contractual que se somete a consulta no se corresponde con el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público vigente a la fecha de

emisión de este dictamen, toda vez que el contrato se perfeccionó en fecha anterior a su entrada en vigor. Por esta razón, debe tenerse presente que la Disposición Transitoria Primera del mencionado Real Decreto Legislativo prevé que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor quedarán sometidos a la normativa anterior en lo referente a sus efectos, cumplimiento y régimen de prórrogas. Consecuentemente, la modificación que motiva esta consulta deberá quedar regida por lo que sobre el particular dispone la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Así deben traerse los términos contenidos en el artículo 202 de esta Ley 30/2007, en cuyo apartado 1 se dispone que “*Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato*”. Tanto este precepto como el artículo 194 del mismo texto legislativo contemplan que el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de introducir modificaciones en el contrato por razones de interés público, condicionada en todo caso a que estas modificaciones deben surgir por causas imperativas que habrán de ser debidamente justificadas en el expediente.

En esta línea, la necesaria tramitación del expediente para la modificación de un contrato requiere que al mismo se incorporen, además de las cuestiones particulares que se desprendan del contrato (*verbi gratia*, en materia de obras, el proyecto, el replanteo, etc.), la oportuna retención de crédito, el informe del servicio jurídico y la fiscalización previa del expediente. Además, como se indica en el artículo 195 de la Ley de Contratos del Sector Público, es preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente cuando la cuantía de las modificaciones, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

La excepcionalidad señalada sobre el ejercicio de esta potestad remodelación de los contratos, tal y como señala la jurisprudencia, exige que únicamente cuando se dé cumplimiento estricto a los presupuestos legales, formales y materiales puede ser admitida la modificación contractual. A tales efectos, se pueden señalar los siguientes presupuestos:

a) Que el contrato esté perfeccionado. A este respecto, no puede hacerse objeción alguna en la medida en que en este supuesto el contrato se adjudica el 6 de agosto de 2008 y se firma el 18 de diciembre de 2008, desplegando efectos desde entonces.

b) Que la formalización de la modificación del contrato se realice conforme a las reglas del artículo 140 de la Ley de Contratos del Sector Público. Y nada hay en el expediente que se remite a este Consejo que induzca

a pensar que no se van a cumplir tales exigencias.

c) Que las causas de modificación se justifiquen debidamente en el expediente. Sobre este particular, considerando que la justificación está estrechamente ligada a la causa de la modificación, se abordarán en el análisis de dichas causas.

d) El órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público.

e) Las modificaciones sólo pueden deberse a causas imprevistas.

En cuanto al objeto material de la modificación, hay que hacer notar que frente a las posibilidades más amplias que permitía el artículo 101.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 como causas habilitantes de la modificación de los contratos (necesidades nuevas o necesidades imprevistas), el artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público únicamente contempla aquellas necesidades que fueran imprevistas en el momento de celebración del contrato. Este concepto de imprevisión, lógicamente, debe quedar referido a una imprevisibilidad estricta y no a una mera imprevisión consecuente de una falta de diligencia, toda vez que la modificación puede tener una entidad que altere los principios de la contratación, lo que conduce a considerar, en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que *“la entidad adjudicadora tampoco está autorizada a alterar el sistema general de la licitación modificando unilateralmente más tarde una de sus condiciones esenciales y, en particular, una estipulación que, si hubiese figurado en el anuncio de licitación, habría permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente”* (Sentencia de 29 de abril de 2004, asunto C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, F.J. 116).

En suma, las *“causas imprevistas”* deben ser circunstancias nuevas en el tiempo que no pudieron ser contempladas en el momento de redacción de los pliegos, o de una nueva recepción que, aunque anteriores en el tiempo a la gestación del contrato, no pudieron tenerse en cuenta porque no se conocían sus dimensiones o circunstancias.

En el presente asunto, la modificación del contrato de obras de *“Autovía autonómica EX-A1. Tramo: Coria – Moraleja Este”* (expediente OBR0508037) obedece a causas de diversa índole. Por un lado, la variación de las unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto modificado nº 1. Esta causa de modificación del contrato está prevista en el artículo 217.3 –último párrafo– de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que se dispone que *“No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del*

proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato”.

En este caso, la modificación propuesta en relación a las unidades de obra realmente ejecutadas es de un 7,28% del presupuesto primitivo, y la empresa concesionaria no se ha opuesto a dicha modificación, por lo que no existe impedimento jurídico para su aprobación.

La otra causa de modificación del contrato se debe a la producción de deslizamientos en los desmontes 2 y 3, situados respectivamente entre los puntos kilométricos 10+960-11+500 y 14+250-15+400), que motivan la actuación sobre los mismos y sobre el terraplén T5 (puntos kilométricos 13+600-14+300) para conseguir su estabilización y aseguramiento.

La aparición de estos problemas geotécnicos hizo que la Administración solicitara informes a diferentes empresas especializadas para valorar las posibles soluciones técnicas. En los informes de estas empresas se afirma que las inestabilidades observadas en los desmontes 2 y 3 y en algunos otros puntos difícilmente hubieran podido ser previstas y detectadas en la fase de redacción del proyecto constructivo, ni siquiera en las primeras excavaciones operadas al inicio de los trabajos. Ello es así porque no es usual que en formaciones blandas existan tensiones tectónicas y una estructura de juntas y fracturas más propia de formaciones rocosas. En opinión de estas empresas, las causas de los deslizamientos de los desmontes 2 y 3 se deben tanto a la naturaleza, estructura de juntas de debilidad y heterogeneidad de los materiales, como a la presencia de agua junto con las tensiones tectónicas localizadas en los mismos. Por otra parte, se debe hacer notar que la actuación propuesta sobre el terraplén T-5 tiene como finalidad abaratar los costes de las nuevas obras a realizar para la estabilización de los desmontes antes indicados, reduciendo los movimientos de tierra precisos para ello.

Se trata, por tanto, de causas que no pudieron ser previstas cuando se redactó el proyecto de obras y adjudicó el contrato. Y en este sentido, hay que recordar que la interpretación jurisprudencial de las causas que motivan la modificación exige que las mismas sean, más que imprevistas, auténticamente imprevisibles; es decir, que no hayan podido ser ni cabalmente imaginadas por la empresa cuando presentó su oferta vinculante. Para este caso, este requisito se cumple y queda suficientemente acreditado.

Por todo ello, en este caso consideramos suficiente y, por tanto, ajustada a la legalidad, la motivación que se ofrece en el expediente acerca de la necesidad e imprevisibilidad de la modificación del contrato de obras, en la que concurre un indudable interés público, coincidente con el que motivó la ejecución de las obras de la autovía EX-A1, dado que las obras complementarias para estabilizar la infraestructura de la vía son imprescindibles para la puesta en funcionamiento del tramo Coria–Moraleja Este.

Además, esta posibilidad de modificación del contrato y las condiciones en que podrá producirse fueron contempladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares (cláusula 23). No obstante, debemos advertir en este punto a la Administración que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citada se deduce que la Administración debe determinar en el pliego no sólo la posibilidad de modificación del contrato sino también las modalidades (en cuanto a cuantía máxima, sistema de fijación de precios, partidas en las que es posible la modificación) de forma clara, precisa e inequívoca, so pena de quebrar los principios de la contratación administrativa.

De todo lo anterior, podemos concluir que se cumplen los requisitos formales y materiales que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, exige para proceder a la modificación propuesta, por lo que estima este Consejo que tal modificación puede aprobarse.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Extremadura dictamina

“Que tenidas en cuenta las consideraciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen procede estimar la pretensión de proceder, en virtud de los artículos 194 y 202 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, a la modificación planteada del contrato de obras de “Autovía Autonómica EX-A1, tramo Coria-Moraleja Este”, Exp.”.