
Consideraciones sobre el *ius variandi* aplicado a obras de infraestructura en el entorno de la crisis económica: el caso del metro de Málaga

José Ortiz Mallol

Letrado de la Junta de Andalucía

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. PARTICULARIDADES DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE METRO, EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL: UN EJEMPLO, EL METRO DE MÁLAGA 1.- Marco general. 2.- Los vaivenes del trazado del Metro de Málaga III. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. BASES 1. Supuestos que habilitan la modificación contractual 2.- Límites a la modificación III. DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO EN RELACIÓN CON LAS MODIFICACIONES OPERADAS EN EL METRO DE MÁLAGA 1. Dictamen número 558/2009, de 15 de septiembre 2. Dictamen número 445/2013, de 18 de junio 3. Dictamen número 566/2013, de 30 de julio 4. Dictamen número 291/2014, de 29 de abril 5. Dictamen número 292/2014, de 29 de abril 6. Dictamen número 293/2014, de 29 de abril 7. Dictámenes números 456/2014 y 457/2014, de 24 de junio 8. Dictamen número 649/2014, de 30 de septiembre IV. CONCLUSIÓN

RESUMEN: El *ius variandi*, la potestad del órgano de contratación de modificar el contrato administrativo, encuentra peculiaridades en el caso de las grandes obras de infraestructuras, especialmente en un entorno definido por la crisis económica. De entre estas particularidades, cobra una especial importancia el análisis de la justificación y los límites de la modificación contractual: la restricción del presupuesto público ha originado una situación no prevista en el momento en que se adoptó la decisión de construir estas obras públicas, obligando a la Administración contratante a buscar soluciones que concilien el interés general en la terminación y utilización de tales infraestructuras con las exigencias que derivan de la igualdad en el acceso a los recursos públicos, trasunto de la libre concurrencia.

PALABRAS CLAVES: contrato administrativo, modificación, infraestructura.

ABSTRAC: The *ius variandi*, the power of the contracting authority to modify the public procurements contracts, lets find peculiarities in the case of the great works of infrastructure, especially in an environment defined by the economic crisis. From these peculiarities, its becomes of importance a special analysis of the justification and the limits of the contractual modification: the restriction of the public budget has caused an unforeseen situation at the time when the decision to build these public works, forcing the contracting Administration to seek solutions that reconcile the general interest in the completion and use of such infrastructures with the requirements deriving from the equality in access to resources is adopted public, transcript of the free competition.

KEY WORDS: public procurements contracts, modification, infrastructure

I. INTRODUCCIÓN

Todo intento de regular debe pagar el precio de la generalización. Y siempre que generalizamos, asumimos que existirán supuestos cuya idiosincrasia no cuadra con la solución dada. Aún así, la necesidad de establecer un principio general de conducta, nos conduce a reafirmar la aplicación de la norma, por pura supervivencia de la misma.

En el seno de unas jornadas de estudio organizadas por el Instituto Andaluz de Administración Pública, se nos dio ocasión de reflexionar sobre la forma en que el denominado *ius variandi*, lugar común tanto en la práctica administrativa como en la investigación y debate jurídico, se desenvuelve en un entorno definido por razón del objeto y un determinado momento histórico: la ejecución de las grandes obras de infraestructuras afectadas por la crisis económica que padecemos.

La necesidad de concretar sobre un supuesto de hecho para poder comprender las distintas consecuencias desde una visión práctica, finalmente nos guió hacia el estudio del contrato de ejecución y explotación del Metro de Málaga. Esencialmente, por dos razones: la primera tiene que ver con la propia naturaleza del contrato, dado que la construcción de una línea metropolitana aúna, en su complejidad, consideraciones estrictamente jurídicas con otras de índole técnica y política; aspectos que interaccionan, como podremos comprobar, máxime si atendemos a que la figura elegida (concesión de obra pública) introduce un elemento de primera importancia –la financiación privada– en el contexto económico actual. La segunda razón abunda en la posibilidad que nos brinda la base de doctrina del Consejo Consultivo de Andalucía para analizar cómo el más alto órgano consultivo aplica sobre tal supuesto de hecho las bases conceptuales del *ius variandi*, en una serie de dictámenes que se producen desde los primeros momentos de ejecución del contrato hasta los postreros, cercanos ya al ini-

cio de explotación del servicio. Estos dictámenes nos servirán de hilo conductor para aproximarnos a una realidad en la que la estricta teoría jurídica, necesariamente tiene que ponderar aspectos de financiación pública y otros de índole propiamente política para configurar un discurso jurídico que dé una respuesta “razonable” a un problema, ciertamente, complejo. Es cierto que la normativa rectora del contrato de concesión adjudicado en su día para la construcción y explotación del Metro de Málaga no es la hoy vigente, pero no es menos cierto que el discurso jurídico en torno al *ius variandi* permite encontrar bases estructurales comunes que hacen ventajoso el apoyo en pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales, a pesar de no obedecer los mismos a la literalidad de los preceptos rectores en el momento actual.

II PARTICULARIDADES DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE METRO, EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL: UN EJEMPLO, EL METRO DE MÁLAGA

1. Marco general

Una idea de las características que definen una obra de infraestructura como la que nos sirve de ejemplo conductor en este estudio (el Metro de Málaga) puede extraerse del Informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía titulado “Análisis de las actuaciones público-privadas de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía (OE 1/2013)”, de fecha 11 de diciembre de 2014. Como bien se indica, tanto el Metro de Sevilla como el de Málaga fueron los primeros proyectos de ferrocarril metropolitano desarrollados en España bajo la fórmula de contrato de concesión de obra pública.

Sabemos que este contrato administrativo típico se caracteriza por fijar como prestaciones del concesionario:

- La redacción del proyecto constructivo definitivo a partir del anteproyecto licitado por la Administración.
- La construcción de las infraestructuras necesarias y demás obras e instalaciones asociadas.
- El suministro del material móvil y el resto de elementos necesarios para la prestación del servicio.
- La explotación del servicio de ferrocarril, incluyendo la conservación de las obras, instalaciones y material móvil.

Como en todo contrato de concesión de obra pública, el contratista se reintegra mediante la explotación de la infraestructura durante el plazo contractual, perci-

biendo principalmente, los rendimientos de la prestación del servicio de transporte en forma de tarifas de los usuarios y las aportaciones que correspondan a la Administración como consecuencia de la subvención que, con carácter general, se extiende sobre el transporte público urbano y metropolitano. Junto a ello -con menor importancia- el concesionario también recibe determinados rendimientos por la explotación de actividades complementarias. Ahora bien, este conjunto de prestaciones deben quedar perfectamente definidas en los pliegos publicitados y -en concreto, tras la oferta adjudicataria- en el documento contractual, como base del principio de equilibrio financiero sobre la asunción de riesgo por el concesionario. Finalizado el plazo concesional, revierten la obra, las instalaciones y el material móvil a la Administración.

En un interesante estudio sobre la “*Precaria viabilidad de determinadas concesiones de autopistas de peaje en España. Lecciones estructurales para el modelo de colaboración público-privada y una propuesta de solución coyuntural*”¹, RIADO MARTÍN y GARCÍA MARTÍNEZ nos recuerdan cómo una de las principales razones para optar por el modelo concesional -una de las formas de la “colaboración público-privada”- viene dada por el “*especial tratamiento que tienen los importes dedicados a la financiación de esas infraestructuras, en la contabilidad nacional*”, de tal modo que la inversión privada en la construcción de las mismas no integrará déficit público si “*la fórmula contractual establece una transferencia, de forma clara y mayoritaria, de los riesgos inherentes a la provisión y operación de la infraestructura subyacente al operador privado*”.²

Lógicamente, incidencias en el resultado previsto puede haber durante la explotación de la concesión -perfectamente estudiadas por el trabajo referido- pero también en el seno de la construcción de la obra, escenario que es el que a nosotros nos interesa en este momento.

Cuando se trata de construir una línea de metropolitano, es admisible decir que aparecen dos tipos de riesgos. Podríamos generalizar diciendo que las incidencias de la construcción de tramos subterráneos vienen dadas por la aparición de problemas técnicos de corte geológico no previstos o por la aparición de yacimientos arqueológicos no detectados. Y que los tramos en superficie han de contar con la ciudad como escenario vivo, sujeto a las dinámicas sociales y a los avatares de las distintas propuestas políticas, lo cual se maximiza en el caso de que el trazado por superficie “invada” zonas de gran densidad de población y estructura viaria “comprometida” como es el centro de la ciudad.

¹ Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 87/2013, Sep-Dic. Págs. 95 y ss.

² En este mismo sentido, de PUERTO CELA, “*Aspectos presupuestarios de la colaboración público-privada*”, en Presupuesto y Gasto Público 45/2006: 95-10.3, Instituto de Estudios Fiscales.

Dicen los autores citados que “*el principio de riesgo y ventura en los contratos de concesión en España sólo admite la salvedad de los casos de fuerza mayor, que se identifican con los efectos catastróficos derivados de fenómenos naturales o de destrozos ocasionados por situaciones de violencia grave*” a partir del dictado del art. 231.2 del 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 (TRLCSP); sin embargo, “*la jurisprudencia incorporó, parcialmente, las circunstancias imprevisibles como un criterio a considerar en determinadas alteraciones del equilibrio económico*”.

Hasta qué punto las “circunstancias imprevisibles” inciden en la consideración del *ius variandi* en las grandes obras de infraestructuras se constituye en el tema central de nuestro trabajo. Como dato, algunos ejemplos: el precio final del proyecto del Eurotúnel (que une los 50 kilómetros que separan Gran Bretaña de Francia, 39 de ellos, bajo el agua) tuvo un sobrecoste del 80%, que ascendió hasta un 140% si se tiene en cuenta la financiación, según los datos de BENT FLYVBJERG; el presupuesto inicial de la línea 9 del metro de Barcelona fue de 2.500 millones de euros, pero alcanzó los 6.000 millones, en parte debido a los hundimientos que se produjeron en el barrio de El Carmel; finalmente, el sobrecoste de la obra del túnel del Gran Belt que une las islas de Fionia y Selandia (Dinamarca), fue de un 120% en términos reales³.

Pero, profundicemos en el análisis de estas desviaciones, puesto que la demostración de la realidad que impera en este tipo de contratos necesariamente ha de condicionar la reflexión jurídica en torno a los mismos. Comenzamos, precisamente, con el estudio realizado por BENT FLYVBJERG, METRE K.SKAMRIS HOLM AND SOREN L.BUHL, con datos del año 2002⁴ al analiza el que define como un fenómeno generalizado en proyectos de infraestructura de transporte, con independencia de la tipología del proyecto, la ubicación geográfica y el momento histórico: un 90% de los proyectos de infraestructura de transporte soportan un sobrecoste respecto del inicialmente previsto. El estudio estadístico cubre más de 250 proyectos analizados en 20 países durante los últimos 70 años, por lo que sus conclusiones pueden ser consideradas significativas. El sobrecoste medio es de un 45% para infraestructuras de vía férrea, un 34% para túneles y puentes y un 20% para carreteras. Particularizando, estos mismos autores⁵ distinguen entre el sobrecoste de la alta velocidad, que alcanza el 52%, ci-

³ Fuente: El diario.es

⁴ “*What causes cost overrun in transport infrastructure projects?*”. *Transport Review*, Vol 24, n° 1, 3, 3-18, enero 2004.

⁵ “*How common an how large are cost overruns in transport infrastructure projects?*”, *Transport Review*, 2003, Vol. 23, n° 1, 77-88.

fra que baja al 45% en el caso del ferrocarril urbano y al 30% para las restantes vías férreas. Las conclusiones a que llegan los autores de tales estudios ligan este sobreprecio a tres factores (el plazo de ejecución de la infraestructura, el importe del proyecto y la naturaleza de la entidad propietaria de la obra de infraestructura) de la siguiente forma:

- a) A mayor plazo real de ejecución, mayor sobreprecio de la obra.
- b) El mayor importe de la obra sólo incide significativamente en el porcentaje de sobreprecio de túneles y puentes, siendo en general el riesgo de sobreprecio, alto en todo tipo de proyectos analizados. En particular, la posibilidad de dividir en tramos la ejecución de la infraestructura, minorando el precio de cada contrato, no parece incidir en la minoración del sobreprecio.
- c) La propiedad (privada vs pública) de la infraestructura no parece incidir en la minoración del riesgo de sobreprecio; extremo de menor relevancia en nuestro contexto, habida cuenta la naturaleza pública de este tipo de infraestructuras.

El consejo que finalmente se ofrece como conclusión del estudio resulta claro: la necesidad de extremar la planificación del proceso de ejecución y –por ende– de la corrección del proyecto, tanto desde un punto de vista técnico como político.

Por su parte, CHANTAL .C CANTAERLLI, BENT FLYVBJERG, ERIC J.E. MOLIN y BERT VAN WEE⁶ parten de otros tantos trabajos empíricos, (entre ellos el de la Auditoría General de Suecia, quien en el año 1994 constataba que la media de sobreprecio en proyectos ferroviarios alcanzó el 17%, con una horquilla de entre el 14 y el 74 %) para proponer una clasificación de causas de sobreprecio que distingue entre cuatro categorías o grupos de causas: técnicas, económicas, psicológicas y políticas.

En el específico ámbito español, resulta necesario citar el trabajo de GANUZA⁷ fechado en enero de 2010. Según los estudios que este autor maneja (del año 1994), un 77% de las obras analizadas presentaba sobreprecio, siendo el sobreprecio medio del 14% del precio de licitación de la obra, aunque en más de un tercio de las obras se elevaba hasta cifras del 20%. Añade GANUZA otro dato que también resulta de interés al relacionar la modificación con los contratos complementarios, dado que el valor medio de los mismos era del 7% del valor de la obra, con lo que en la práctica, el sobreprecio total de las obras ejecutadas, puede decirse que alcanzaría el 21%.

⁶ “Cost overruns in large-scale transportation infrastructure projects: explanations and their theoretical embeddedness”. EJTIR, Issue 10(1), pp5-18; www.ejtir.tbm.tudelft.nl

⁷ Disponible en www.fedea.net/transporte/PDF/contratacion-publica-y-les.pdf

Datos más recientes se contienen en el Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo “*Eficacia de los proyectos de transporte urbano público financiados por la UE*”⁸, sobre proyectos de transporte urbano en once ciudades de cinco Estados de la Unión; de éstos, nueve proyectos se ajustaron a su presupuesto inicial mientras que diez sobrepasaron el mismo de entre los cuales, tres tuvieron sobrecostes mayores al 20%. Los principales factores descritos son las “*dificultades técnicas ocasionadas por las condiciones del suelo, los hallazgos arqueológicos, los problemas administrativos, las revisiones de los precios de los contratos o las modificaciones del proyecto*”, recogiendo, entre tales ejemplos, el referéndum a que se sometió el proyecto ya adjudicado de un tranvía en Italia para evitar que atravesara el centro histórico de la ciudad, el sobrecoste (un 22%) de un metro en Polonia por “*condiciones particularmente adversas del suelo*” y la “*modificación del diseño de los tejados de los edificios con arreglo a una nueva normativa, el uso de métodos modernos de aislamiento de las vibraciones y el cambio en el uso al que se destinaba un edificio*” o las dificultades de un metro ligero en Portugal, para hacerse con terrenos necesarios, a pesar de ser éstos de titularidad municipal.

Y es que, en palabras de JIMÉNEZ AYALA “*el desarrollo de toda la infraestructura pública de un país a lo largo de más de un siglo ha demostrado que no se puede imponer “por decreto” (ni siquiera “por real decreto”) que las obras salgan como inicialmente estaba previsto. De hecho, las sucesivas legislaciones siempre han ido por detrás de la realidad del momento, limitando las fórmulas que se iban buscando para dar cabida a la compensación económica a los contratistas cuando las cosas no salían como debían. Es claro que la legislación por sí sola no ha podido atajar el problema de fondo de las desviaciones presupuestarias. Es sabido que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, aunque su conocimiento sí que lo facilite, pero también es cierto que materiales y elementos tan poco técnicos como los que se tratan en una obra de construcción son esquivos a entender de leyes. Y no es fácil obligar al terreno a que se comporte como Dios manda, ni siquiera como la Ley o el Proyecto mandan*”⁹.

2. Los vaivenes del trazado del Metro de Málaga

Para situar históricamente el contrato de Metro de Málaga conviene saber que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía acordó, el 15 de octubre de 2.002, la declaración de interés metropolitano de las líneas 1 y 2 del ferrocarril metropolitano de Málaga, para cuya financiación se formalizaron sendos convenios de colaboración por la Junta de Andalucía: el 15 de abril de 2003, con el Ayuntamiento de Málaga y el 9 de enero de 2006, con la Administración General del Estado.

⁸ Disponible en www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=26838

⁹ “*Los avances de la legislación de contratos de obras públicas en el siglo XX para prevenir las desviaciones presupuestarias*”. Revista de Obras Públicas/ mayo 2004, n° 3444, Pág. 49 y ss.

El 30 de octubre de 2003, se aprobó el anteproyecto de las líneas 1 y 2 del Metro y por acuerdo del Consejo de Gobierno de 13 de octubre de 2004 se autorizó el gasto; licitado el contrato por procedimiento abierto mediante concurso público, el contrato se formalizó el 2 de diciembre de 2004. La concesionaria Metro de Málaga, S.A. se constituyó el 12 de noviembre de 2004 con un capital social de 76.864.508 €, por el grupo de empresas adjudicatarias y la entidad instrumental Gestión de Infraestructuras de Andalucía SA, hoy Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía (AOPJA).

El contrato, por 35 años, incluye como prestaciones de la Administración contratante:

- a) En la ejecución de las obras, una aportación de capital del 33% del importe de la inversión en infraestructuras e instalaciones fijas, excluido el material móvil y gastos capitalizados.
- b) La asunción de la alternativa anejo nº 26, sobre la oferta del proyecto base, cuya diferencia de coste de inversión era de 19.406.405.
- c) En la explotación del servicio, una subvención anual compensatoria de la diferencia entre la tarifa técnica y el precio medio del billete.

Como resultado, una inversión total de 403.728.946 €, incluyendo un capítulo de inversión para infraestructuras y superestructuras de 362.297.077€. Ahora bien, hasta el 31 de diciembre de 2013, la Cámara de Cuentas contabiliza en su informe un total de 19 modificaciones sobre el presupuesto original, con lo que el importe total subvencionable al cierre de 2013 asciende a 570.177.110 €, con un incremento del 57,38%. A ello se ha de sumar el rescate de tres los tramos, que pasan a ser construidos por la AOPJA mediante contratos administrativos con terceros. Con ello, concluye la Cámara de Cuentas que se pueden distinguir mayores costes tanto procedentes de expedientes de modificación del proyecto de construcción como nuevos importes procedentes de la contratación con terceros.

Al respecto, la AOPJA justificó la desviación de la inversión requerida en causas de diversa índole, entre las que resultan estrictamente técnicas (mejora en las instalaciones por razones de seguridad ante el fuego conforme a criterios de Bomberos de Málaga; circunstancias sobrevenidas en relación con el entorno geotécnico de los proyectos, en el paso del anteproyecto ofertado al proyecto constructivo; obsolescencia tecnológica de señalización y comunicaciones realizadas en el año 2003) pero también otras que encierran decisiones más complejas, por referirse a opciones de trazado en que pesan criterios de oportunidad, como ocurre en el soterramiento del tramo final de la línea 2, Puerta Blanca-Martín Carpena, en la decisión de prolongar el túnel desde la Plaza de Torrijos a la Plaza de la Malagueta o la modificación del trazado de la línea 1 en la zona de la Universidad.

A partir de aquí, el informe de la Cámara de Cuentas lanza una afirmación que es, precisamente, el núcleo de nuestro estudio: *“En la ejecución del proyecto Metro de Málaga, el presupuesto de adjudicación ha quedado alterado mediante un cúmulo de modificaciones que evidencian un defecto en el proyecto primitivo y por tanto en el presupuesto que sirvió de base para la adjudicación del contrato. Prácticamente desde un principio se observa que de forma ordinaria se han venido adoptando soluciones técnicas distintas a las iniciales y han surgido igualmente nuevas necesidades además de las inicialmente demandadas, hasta el punto de haber transformado la excepcionalidad con que debe ocurrir una causa de modificación contractual en algo común, no excepcional en la ejecución de la obra del metropolitano”*. Y sigue a tal afirmación con otra, como si ambas fueran necesariamente ligadas: *“Con tal incremento tanto en los costes como en la financiación de ambos metros, el presupuesto de adjudicación ha quedado alterado mediante el cúmulo de modificaciones efectuadas, hasta el punto de quedar desvirtuada la cifra inicialmente prevista, quedando aumentada en un montante global que, evidentemente, no tiene parangón en aquel que sirvió para la adjudicación, conclusión que coincide con el Dictamen del Consejo Consultivo”*.

En otras palabras, que el coste de una infraestructura ferroviaria (metro) exceda (con mucho, si se quiere) el precio de adjudicación del contrato o el de licitación, conlleva como axioma la quiebra del presupuesto de excepcionalidad en el ejercicio del ius variandi. El problema de aceptar esta posición viene cuando, a partir de los datos expuestos en los distintos estudios antes referidos, observamos cómo tales sobrecostes con una regla en la construcción de infraestructuras, especialmente en las de metropolitano; y que tal regla se extiende a lo largo del tiempo y de los distintos ordenamientos jurídicos y estructuras administrativas de los distintos Estados. Con lo cual, la pregunta está servida: ¿qué debe entenderse por “excepcional” cuando hablamos de modificaciones de proyectos de construcción de metro?

Conste que -evidentemente- no rechazamos cualquier innovación normativa o de praxis administrativa que tienda a ajustar lo más posible tales importes (el presupuestado o adjudicado y el finalmente ejecutado), pero esa no es nuestra preocupación actual, sino saber si es posible determinar, en un concreto marco jurídico, cómo han de interpretarse los preceptos que regulan la modificación del contrato cuando el supuesto de hecho es la construcción de un metropolitano. Para ello necesitamos dar unas pinceladas sobre la teoría general del ius variandi.

III. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. BASES

Como bien indica CALVO RUATA¹⁰, *“la Unión Europea es por encima de todo la articulación de la Europa de los mercaderes donde deben tener cabida y ser respetados sus intereses pres-*

¹⁰ *“La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”*. Anuario Aragonés del Gobierno Local, 2011/ 03/ 2012 I pp. 369-441.

cindiendo fronteras en aras a la sagrada libre competencia y el mercado". Ya VÁZQUEZ MANTILLA¹¹ nos remite al Considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuando instituye el carácter trasversal de los principios generales de la contratación pública; en particular, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hace concreción de tales principios para sentar las bases de los requisitos para la modificación de los contratos a través de sus Sentencias de 29 de abril de 2004 (Comisión contra CAS Succhi di Frutta SpA), de 19 de junio de 2008 (Presstetext Nachrichtenagentur GMBH) y, más recientemente, de 13 de abril de 2010 (Wall AG y municipio de Fráncfort del Meno).

Recientemente, la Directiva 2014/24UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18CE, también en su Considerando 2 dice que *"la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada "Europa 2010, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador" (Estrategia Europa 2020), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos. Con ese fin, deben revisarse y modernizarse las normas vigentes sobre contratación pública (...) a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitando en particular la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes"*¹².

Fruto de la recepción de esta postura, el *"Informe y conclusiones de la comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública"*¹³ considera que la utilización del ius variandi debe ser excepcional para no desvirtuar el carácter competitivo de la adjudicación inicial, evitando que *"una potestad de la Administración concebida en salvaguarda del interés general, ha devenido frecuentemente, por causa de un empleo indebido, en conveniencia para el contratista, tan evidente en ocasiones, que no llega a constar en forma expresa la necesaria aceptación por su parte"*, como advierte el Consejo de Estado en dictamen núm. 214/1992, de 25 de mayo.

¹¹ *"Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: el proyecto de ley de economía sostenible"*, Revista Aragonesa de Administración Pública, N° 37, 2010 Págs. 317-351.

¹² Para DIAZ SASTRE, (*"La modificación de los contratos en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública"* en Observatorio de la Contratación Pública-Opinión 14/10/2013) *"la regulación de la propuesta de Directiva parece haberse planteado de forma generosa con la posibilidad de modificar los contratos. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la actitud de la Comisión podría haberse esperado una regulación más restrictiva"*.

¹³ Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda, 2004, pp. 15-118.

Por lo tanto, admitamos que la razón ontológica del Derecho Europeo en materia de modificación de contratos –y en la concepción general de la contratación pública, en suma- tiene que ver de con un aspecto de índole económica: la competencia en el mercado del producto de que se trate. Todo el discurso jurídico tenderá, por tanto, a garantizar el libre mercado: pero esta premisa, como razonaremos, debe ser admitida en toda su extensión, pues tiene implicaciones de detalle que originan las particularidades propias de cada mercado, del mercado de cada producto. Y es que a nadie puede escapar que, más allá de los pilares constituyentes –la oferta y la demanda como elementos básicos- la propia dinámica de la producción y comercialización de cada producto trae como consecuencia necesaria, prácticas comerciales propias. Dicho de manera coloquial, no es lo mismo el mercado del mobiliario de oficina que el de construcción y explotación de un metropolitano.

Dicho lo cual, centrémonos en la cuestión que nos ocupa, siempre desde este prisma.

1. Supuestos que habilitan la modificación contractual

El propio título del subepígrafe deja clara nuestra intención, que no es la de realizar un repaso a las distintas vertientes del ejercicio de la potestad de modificación contractual, sino centrarnos en el estudio de los requisitos legalmente establecidos para que proceda el ejercicio de tal prerrogativa. Nos remitimos a la amplísima doctrina existente al efecto para lo demás.

En la defensa de los principios liberalizadores, el Tribunal de Justicia ha mantenido una línea congruente consistente en exigir una nueva licitación para el caso de que cambien las condiciones originales, con la única excepción de que la modificación del contrato no afecte a ninguna condición esencial y que la documentación que fue publicada a efectos de la licitación, previera tal posibilidad. Lógicamente, la regla ha de admitir una excepción, so pena de debilitar el normal funcionamiento mismo del sistema en el caso de que una mala praxis administrativa no hubiera previsto expresamente la posibilidad de modificación.

Y decimos que, “lógicamente”, en tanto la coronación de un discurso jurídico que enaltece el principio mercantilista no puede contradecir la base misma de la economía de mercado: la actividad económica ha de “fluir”, y ello implica eliminar cualquier dique de contención a la libre concurrencia, pero también, admitir “vías de escape” cuando éstas no suponen una quiebra del sistema y hasta llegan a formar parte del mismo.

Obsérvese cómo la razón que hemos dado tiene un carácter estrictamente economicista; es bien cierto que –desde un discurso jurídico- habríamos de apelar a la más alta consideración del interés general en la ejecución del contrato sobre el inte-

rés particular de los posibles licitadores. Pero, honestamente, consideramos que la razón última del *ius variandi* radica en el propio discurso mercantilista: todo sistema económico necesita de supuestos de excepción para no hacerlo ineficaz, por rígido.

La normativa vigente responde bien a este esquema: el art. 106 TRLCSP avanza la regla general de previsión de la modificación contractual en el propio contrato, mientras que el art. 107 TRLCSP dispone lo necesario para aquellos casos en que se carece de tal supuesto.

Aunque no sea el objeto principal de nuestro estudio, merece que traigamos a colación algunas reflexiones sobre el art. 106, en particular en relación con la determinación de un porcentaje máximo de modificación¹⁴. Siguiendo a CALVO RUATA¹⁵, la expresión predefinida de tales supuestos de modificación encuentra como límites las prevenciones generales del 105 TRLCSP: las prestaciones complementarias, la ampliación de su objeto para finalidades nuevas, o las prestaciones susceptibles de aprovechamiento independiente. Y es que, como indica MARTÍNEZ FERNÁNDEZ¹⁶ no se prevé un porcentaje máximo que actúe como techo de la posible modificación; aunque ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón¹⁷ ha llevado al terreno de lo razonable tal hipótesis al calificar (bien es cierto que en el marco de la normativa original de la LCSP) como improcedente una modificación del 500% del precio sobre el precio final de contrato.

La carencia de clausulado que prevea la propia modificación supone dejar esta parcela de autonomía de la voluntad al mercado preestablecido que sustancia el art. 107 TRLCSP. Nos explicamos: la expresa previsión de la modificación contractual

¹⁴ El informe 44/12 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en relación con el cálculo del valor estimado de un contrato con modificaciones previstas, afirma que el artículo 88.1 del TRLCSP debe ser entendido en el sentido de que cuando el órgano de contratación calcule el valor estimado de un contrato, deberá cuantificar las modificaciones al alza que prevean el pliego de cláusulas administrativas particulares o el anuncio de licitación, para, a continuación, sumar este importe a los demás conceptos que integran el valor estimado de conformidad con el propio artículo, incluidas las posibles prórrogas. Sin embargo, las modificaciones “a la baja”, aún cuando estén previstas, no deben ser tenidas en cuenta.

En todo caso, cuando el artículo 106 del TRLCSP exige que se indique expresamente el porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar las modificaciones previstas, no se está refiriendo más que al presupuesto base de licitación sin IVA.

¹⁵ “*La zozobra de la modificación de los contratos públicos*”, op. cit..

¹⁶ “*La tramitación de los futuros modificados de contratos del sector público con la nueva Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*”, *La LEY-Contratación Administrativa Práctica*, núm. 110, julio 2011.

¹⁷ Informe núm. 3/2009 de 15 de abril.

no sólo avisa de tal escenario a efectos de que la voluntad de las personas potencialmente interesadas en concurrir no se vea viciada por desconocimiento de la hipotética extensión real del contrato, sino que también sirve de parámetro delimitador de ésta. En la medida en que el órgano gestor es capaz de avanzar la futurible modificación contractual, necesariamente deberá haber previsto su propia capacidad financiera para abordar el contrato en su mayor extensión -aspecto no poco importante- pero también deberá haber dado suficiente motivación de porqué existe tal posibilidad. Es decir, en el expediente debe quedar justificada tanto la causa de la modificación como su repercusión económica y el ámbito objetivo: con ello la actividad de la Administración contratante se asienta sobre determinados elementos reglados que surgen de la propia autonomía de voluntad y que encuentran los principales límites a su libre configuración en la motivación y el procedimiento.

Sin embargo, en aquellos casos en que no se haya previsto la modificación contractual, aparece la posibilidad de novar el contrato, aunque siempre asumiendo el encaje de unos condicionantes estrictos. Consideramos que el art. 107 TRLCSP debe ser aplicable para el caso de todo supuesto de modificación que no se haya previsto expresamente en los pliegos de cláusulas licitadas; con ello nos referimos a que la modificación del contrato en supuestos distintos de los expresamente previstos o por cuantía o porcentaje superior al expresamente contemplado. No puede interpretarse la ausencia de cláusula contractual en este sentido como una declaración tácita de prohibición de modificación, de manera más perjudicial para el interés general (puesto que partimos del presupuesto del interés general en la adjudicación) que la no previsión de modificación alguna.

Dicho lo anterior, podría considerarse que contemplar la causa de modificación en los pliegos contractuales pierde parte de su razón de ser si se declara la supletoriedad del mecanismo del art. 107 TRLCSP. Nada más lejos de la realidad; para ello tan sólo basta reparar en el límite del 10% en el caso de las modificaciones no previstas, límite que no existe en el caso del art. 106 TRLCSP y del control de legalidad que realice de manera preceptiva el Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente.

Finalmente, hemos de recordar que el art. 107 TRLCSP exige la concurrencia de “alguna” de las circunstancias que se analizarán, siempre que ello “se justifique suficientemente”. Nunca será suficiente la insistencia en recordar y advertir del valor de las memorias justificativas y los informes técnicos; no sólo porque su carencia es el talón de Aquiles de la defensa de la Administración en los procesos judiciales que revisan la legalidad de la actividad administrativa, sino por mera salud democrática: la tan deseada transparencia comienza porque el expediente –por sí mismo- explique de manera sobrada los hechos que han motivado la actuación del órgano administrativo.

Analicemos las circunstancias habilitantes:

- *“Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas”*. Se requiere, por tanto, no que las prescripciones técnicas se revelen insuficientes o inapropiadas, sino que el expediente integre un informe técnico que asuma el error técnico en el estudio previo para conformar el mismo. La pregunta es obligada: ¿error vencible? VÁZQUEZ MANTILA¹⁸ nos dice: *“pareciera que sólo si ha existido la diligencia debida en el poder adjudicador se ha errado en alguna cuestión no reprobable por falta de la diligencia aludida procede modificar el contrato, en otro caso, no habría un imprevisibilidad sino un mero e injustificable imprevisto, si fuera de otro modo pudiera parecer que todo error sería considerado como un imprevisto (todo lo no previsto por error o sin él es un imprevisto)”*. A partir de este razonamiento, este autor apela al principio de proporcionalidad para encontrar una solución al caso concreto, teniendo en cuenta la *“magnitud y tipología del error, y sobre todo a los efectos o al impacto que es susceptible de causar en el mercado, siendo la clave para resolver esta cuestión que si el error hubiera generado que la oferta de los licitadores hubiera sido podido ser presentada en otros términos no habrá lugar a la aprobación del modificado”*. Finalmente, se acude a la institución de la diligencia de un buen padre de familia del art. 1104 Cc como panacea que es en nuestro ordenamiento jurídico cuando se trata de resolver acerca del estándar de actuación pública; si acaso, cualificada respecto de la diligencia que quepa exigir en el sector profesional de que se trate.

Antes de seguir en este análisis, no debemos pasar por alto la expresión en relación con los “efectos en el mercado”; puesto que ésta es, precisamente, la razón de la tesis que exponemos en estas páginas: la comprensión de los límites del ius variandi desde la óptica del concreto mercado que rige la actividad empresarial objeto de la contratación administrativa. Volveremos a ello más tarde. En todo caso, podríamos tomar como sabio consejo el que indica CALVO RUATA¹⁹ *“no es irrazonable que en determinado tipo de contratos —por ejemplo, en el de obra y más si lo es de restauración o rehabilitación se constate a posteriori la presencia de errores y omisiones de proyección. Es más, ante tan frecuente moneda es más lógico acudir a la subsanación que a la ruptura. Por tanto, el camino de la modificación en estas situaciones no debe de ser innecesariamente dificultado, siempre y cuando no se alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación”*.

¹⁸ *Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: el proyecto de ley de economía sostenible*, op. cit.

¹⁹ *“La zozobra de la modificación de los contratos públicos”* op. cit.

- *“Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hidrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas”*. Dice el considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE: *“los poderes adjudicatarios pueden encontrarse con circunstancias ajenas que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución del contrato se extiende durante un largo período de tiempo. En este caso, hace falta cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a esas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible”*.

Frente a quien considera que ésta y la anterior causa pueden subsumirse en una misma categoría, lo evidente es que se describen por el legislador como supuestos distintos, lo cual exige del operador jurídico un esfuerzo interpretativo que distinga uno de otro; aunque, bien es cierto, su consecuencia jurídica inmediata sea la misma (se habilita la modificación contractual), no es lo mismo que ésta tenga su razón de ser en un error de enfoque o en una causa técnica sobrevenida.

Conclusión a la que se llega, desde nuestro punto de vista, al reconocer dos diferencias entre ambos casos. En primer lugar, el supuesto inicialmente descrito incluye la inadecuación del proyecto por razones externas a la intrínseca descripción técnica del proyecto: un error en la apreciación de la demanda, como consecuencia de nuevos desarrollos urbanísticos mostraría que el proyecto en su día redactado (seguramente, años atrás) ha quedado obsoleto; como también un cambio en el diseño de la ciudad, debido a una nueva orientación política, podría desencadenar la incongruencia entre la infraestructura de metro diseñada y el modelo de ciudad que legítimamente defienda la fuerza política que hubiese accedido al gobierno en el ínterin.

Y en segundo lugar: para este otro supuesto es esencial es que la causa haya sido “sobrevenida” por razones técnicas que, como ejemplo, se enumeran. Así se comprende que no se trata de un error por falta de diligencia, sino de un error que excede tal disposición; lógicamente no rayano en la fuerza mayor (se definen supuestos imprevisibles, no inevitables), sino –acudiendo a nuestro ejemplo– cuando, tras todas las catas que la buena praxis aconseje, se descubre sobrevenidamente, en un sector del trazado, un tipo de roca no prevista a efectos del trabajo de tuneladora.

En otro sentido, GRIS GONZÁLEZ²⁰ trae a colación la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 1 de marzo de 2012, y señala que “*esta causa debe interpretarse en términos análogos a los contenidos de forma expresa dentro del último inciso del artículo 107.1.b) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, por lo que también para las modificaciones amparadas en la letra a) del apartado 1 de ese artículo 107 es exigible una diligencia propia de una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas*”.

- *Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.* Hay que traer a colación la circular 1/2011 de 7 de abril de la Abogacía del Estado cuando dice que “*el concepto de fuerza mayor a que se refiere el precepto transcrito no es el que establece descriptivamente el art. 214 de la LCSP (art. 231 TRLCSP), ya que este precepto se refiere en concreto al contrato de obras (y a la fase de ejecución de las obras en el contrato de concesión de obra pública) siendo así que la regla del art. 92 quater, apdo 1 c) de la LCSP (el presente art. 107 TRLCSP que nos ocupa) – es aplicable a todos los contratos que regula este texto legal. Es por ello por lo que el concepto de fuerza mayor que ha de tenerse en cuenta a los efectos del precepto legal últimamente citado no es el art. 214, sino el que resulta del art. 1105 del Código Civil*”. Y en este escenario, es inútil que entremos en las diferencias que median entre fuerza mayor y caso fortuito desde el momento en que este precepto engloba una y otro.

En este punto, ya no nos encontramos –necesaria y únicamente- en el campo del proyecto, aunque aquí caben también todo tipo de causas (incluidas en relación con el proyecto) que sean “inevitables”, como sucedería en caso de cambios en la estructura geológica debidos a un movimiento sísmico. La expresión “hiciesen imposible” debe tener una lectura amplia: el mantenimiento del proyecto inicial no debe ser a cualquier precio. El empleo de fondos públicos exige la aplicación del principio de buena administración, de tal modo que un cambio en el marco financiero y presupuestario como consecuencia de una crisis económica de la entidad de la sufrida en este siglo, ciertamente puede ser considerado como un supuesto de fuerza mayor que obligue a variar el proyecto inicialmente licitado, abaratándolo y consiguiendo que el mismo sea asumible dentro del marco presupuestario que deviene.

- *Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.* Nos encontramos ante una especie de estipulación de salvaguarda, toda vez que es ordinario que los PCAP integren la denominada cláusula de progreso por la que el contratista se obliga a utilizar técnicas y proce-

²⁰ “*La modificación de los contratos del sector público*” Revista Jurídica de Castilla y León num. 28, septiembre de 2012.

dimientos que sean considerados como estándares por la normativa, los usos profesionales o la doctrina científica del momento; incluso, el art. 230.4 TRLCSP expresamente prevé esta obligación para el concesionario de obra pública. La cuestión práctica se orienta, precisamente, a la fijación de tales estándares, cuando éstos no están fijados normativamente y existe una lógica discusión profesional o doctrinal sobre el alcance de los mismos. Más allá de ello, en la medida en que se habla de conveniencia y no de necesidad de incorporar tales avances, jugará un papel fundamental la motivación que en cada ocasión se haga, que deberá incluir la oportuna valoración entre los costes y los beneficios.

- *“Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato”*. Frente a la “conveniencia” del supuesto anterior, en este supuesto nos encontramos ante la “necesidad”, lo que implica un deber jurídico de suficiente envergadura, atendidas las circunstancias del caso, en atención a los fondos públicos en juego. Y, como en el resto de supuestos, aparece una expresión que permite posiciones varias: nosotros consideramos que el “ajuste” puede ser todo lo sustancial que requiera la nueva regulación, siempre que no desnaturalice el contrato, alterando en esencia su causa o su objeto, en términos que de inmediato analizaremos. COLAS TENAS²¹ cita las SSTTS de 25 de abril de 1986 y de 20 de diciembre de 1986) en el sentido de considerar imprescindible, para el nacimiento del derecho indemnizatorio en estos casos, que se trate de medidas imperativas y de obligado cumplimiento, que reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan un daño especial al contratista, originando la citada compensación.

2. Límites a la modificación

Llegamos al núcleo del problema que se muestra en la práctica: la modificación del contrato no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y debe limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables. Aparecen, pues, en esta clave de bóveda, dos conceptos jurídicos indeterminados, cuales son la definición de “condición esencial” y lo “estrictamente indispensable”. Uno y otro son resultado natural de la concepción restrictiva de ejercicio del *ius variandi* y –de hecho– ya aparecían la doctrina especializada con anterioridad a la modificación de la LCSP: la Junta Consultiva de Contratación Administrativa²² ha sostenido que *“cuando no se hubiese previsto la modificación, sólo po-*

²¹ *“La reforma de la legislación de contratos del sector público en la ley de economía sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”* DERECHO LOCAL, 01.06.2011

²² Informe 43/2008, de 28 de julio de 2008

drán efectuarse las modificaciones que cumplan los tres requisitos siguientes: a) Que la modificación responda a necesidades del interés público, b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente, y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato”; y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, en su informe 14/2010, se pronunciaba del siguiente modo: *“en este sentido, hay que tener en cuenta que la expresión “condiciones esenciales del contrato” responde a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, lo cual supone que no se pueda establecer una fórmula que permita determinar previamente qué condiciones tienen carácter esencial, sino que esta determinación tiene que efectuarse caso por caso, sin perjuicio que se pueda entender como esenciales aquellas estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.”*

El propio legislador es consciente de que era necesario determinar –si acaso por referencia del contenido- el contorno de las condiciones esenciales en positivo, enumerando qué supuestos necesariamente las integran, antes que en negativo, por lo que a ella sea extravagante. De esta forma, como una presunción iure et de iure, se entiende que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos, que –permítasenos- presentamos de forma alterada respecto del orden del precepto, por razones de exposición:

- Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada. Lógicamente, hay que acudir a la delimitación de estos conceptos por referencia al caso. Así, la STJCE de 19 de junio de 2008, Pressetext Nachrichtenagentur C-454/06, considera modificación sustancial aquella en la que se altera el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario en términos no previstos en origen, como sucede mediante la ampliación desmesurada de los servicios inicialmente no contratados, sin que ello tenga como contrapartida. VÁZQUEZ MANTILLA²³ cita la doctrina del Consejo de Estado (dictamen de 19 de mayo de 1983) al apelar a la “prudencia” en el ejercicio de la prerrogativa, de tal modo que no se desnaturalice el objeto de la contrata. Ahora bien, ¿podríamos hacer un paralelismo entre la función y las “características esenciales” con los “elementos esenciales” del negocio jurídico? Posiblemente sí, dado que con “causa y prestaciones” nos estamos refiriendo a la causa y objeto del contrato; pero no sólo ello, sino también en el caso de sustitución del contratista cuando éste se define por una especial característica o habilitación, remitiéndonos a lo que digamos en relación con la letra c) de esta enumeración legal.

²³ *Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: el proyecto de ley de economía sostenible*, op. cit.

El problema no radica, pues, en diseñar los escenarios de una modificación exorbitante, toda vez que no toda alteración en tales elementos queda prohibida por la norma. El problema radica en determinar qué sea una alteración “sustancial”. La paradoja es que –a su vez– qué sea “sustancial” dependerá del concreto nicho de mercado en que nos movamos, con lo que, finalmente, obtenemos una ecuación de difícil solución desde postulados universales. Todo ello se verá más adelante cuando analicemos qué deba ser tenido por “sustancial”, cuando de modificar un contrato de concesión de obra pública de metro se trata.

En cualquier caso, por ser de actualidad en estos tiempos de esfuerzo por la contención presupuestaria, no está mal recordar que la STJCE de 18 de junio de 2008, asunto C-454/06 afirma el carácter no sustancial de una modificación “a la baja” que, por tanto, no implica una nueva adjudicación de contrato en el sentido de la Directiva 92/50²⁴.

- Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas. Hablábamos antes del elemento subjetivo y este enunciado es el que contiene una regla interpretativa de primer nivel para resolver no sólo el mismo, sino por extensión, el conjunto de elementos que estamos analizando.

Nos explicamos: si el límite de la modificación, cuando se refiere al elemento subjetivo, radica en una cualidad contrastada del contratista (en definitiva, esto es la clasificación), el límite de la modificación por lo que se refiere a la causa y al objeto, tiene que seguir una razón de similar altura. La circular de la Abogacía General del Estado 1/2011, de 7 de abril interpreta el art. 92 quater, apartado 3 c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público: *“Parece indudable que, aunque este precepto aluda a la solvencia, debe entenderse que a ella se equipara la clasificación. Partiendo de esta premisa, cabe distinguir tres supuestos que, siguiendo una graduación de mayor a menor intensidad son los siguientes: 1) Que por consecuencia de la modificación se exija el requisito de la clasificación, siendo así que esta no era requerida para el contrato inicial (...). 2) Que como consecuencia de la modificación se exija clasificación en un grupo o subgrupo distinto del requerido inicialmente. 3) Que manteniéndose el grupo o subgrupo de clasificación requeridos, por consecuencia de la modificación del contrato se exija la clasificación en una categoría distinta (...) cabe razonablemente entender que los supuestos consignados en los apartados 1) y 2) la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido tienen la suficiente importancia o entidad como para concluir que se aprecia una alteración sustancial. Mayores dificultades suscita el supuesto*

²⁴ Cfr. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 11, Sección Consultas, Junio 2012, Ref. 1327/2012, Pág. 1327, tomo 1, Editorial LA LEY.

consignado en el apartado 3); no obstante ello, y como criterio orientador, puede entenderse que la exigencia, por consecuencia de la modificación del contrato, de una categoría inmediatamente superior a la inicialmente requerida no constituye modificación sustancial, en tanto que la exigencia, por consecuencia de la modificación de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida entraña ya una modificación contractual”.

- *Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.* En otras palabras, el equilibrio económico del contrato, la causa. Y hete aquí que existe un tipo de contrato que se define, muy especialmente, por este elemento, en tanto que el contratista no sólo aporta un trabajo remunerado, sino que aporta, también, la financiación misma del negocio. Nos referimos, evidentemente, al contrato de concesión de obra pública, tan ligado a las obras de infraestructura, pues la financiación privada que la permite construir, queda retribuida con la explotación del servicio público que se asienta sobre aquella infraestructura. Lógicamente, no es momento de traer ahora a colación la causística completa de esta figura, pero sí de señalar cómo el caso práctico sobre el que construimos nuestra tesis merece una consideración singularizada, máxime si atendemos a que la causa del contrato permite contemplar un universo de subelementos socio-económicos, dado que la realidad de un contrato de construcción y explotación de una línea de metropolitano (en nuestro caso) trasciende a unas obras, un precio y una determinada forma de explotar.

Aparecen aquí elementos de sociología y política que necesariamente tienen que ser tenidos en cuenta porque forman parte del porqué (de la causa) de ese contrato y que inciden en hechos de tanta enjundia, como una determinada forma de definir el diseño de una ciudad y la movilidad metropolitana, que pasa a ser una circunstancia básica en la rutina diaria de cientos de miles de ciudadanos. Hay, pues, elementos no dinerarios que juegan un papel esencial en las relaciones que median entre la Administración contratante y el contratista-concesionario, elementos que cobran una capital importancia porque son el trasunto de la ciudadanía que, como usuaria del servicio de transporte, introduce dinámicas externas a la simple relación precio/prestación contractual.

- *“En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas”.* Aunque en la enumeración legal aparece ésta como cláusula de cierre (de ahí su inicio), en realidad hace referencia a la prestación como elemento del negocio jurídico. Y la llama —en su consideración de límite al *ius variandi*— de una manera indirecta: no es admisible su modificación cuando se hubiera movido un interés por la licitación en distintas personas, o en las mismas, pero de diferente forma. En suma, se trata de utilizar una medida subjetiva para definir la substancialidad de los cam-

bios en el objeto del contrato, apareciendo así una manifestación extrema de la confianza del sistema jurídico en el mercado –en la “legítima aspiración de ganar dinero” como elemento de ordenación de las relaciones humanas.

La directiva 2014/24/UE (considerando 107) exige un nuevo procedimiento de contratación “*cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes (...) en concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial*”. Y en esta misma sede del Derecho Europeo, las conclusiones de la Abogacía General en el Asunto Presstext, «*Debe presumirse la existencia de una modificación esencial siempre que no quepa excluir que las condiciones originales, menos favorables, hayan disuadido a otros prestadores de servicios de participar en la licitación por un contrato público, o que, a la vista de las nuevas condiciones contractuales podrían estar ahora interesados en la licitación, o que con las nuevas condiciones podría haberse hecho con el contrato un licitante que en su día no lo consiguió*”. Por tanto, la modificación del objeto que hubiera dado lugar a un posible cambio en la persona del adjudicatario, no es admisible.

- *Cuando las modificaciones del contrato iguallen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.* Entre tanto concepto jurídico indeterminado, aparece una cláusula reglada, que viene a configurar el verdadero marco externo de las modificaciones no previstas en el PCAP: el 10% del valor de adjudicación. Ha de tenerse en cuenta (y así la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de 1 de marzo de 2012) que esta cláusula no juega un papel ambivalente, puesto que si bien toda modificación que supere el 10% tiene el estatus de esencial, modificaciones que no alcancen tal porcentaje no deben ser calificadas automáticamente como no esenciales.

Adviértase que no resulta igual de sencillo aplicar este porcentaje en un simple contrato de obra que en un contrato de concesión de obra pública, en el que la contraprestación de las partes es compleja, esencialmente por la retribución de la obra mediante la explotación del servicio público que –en la generalidad de los casos– está subvencionado por la propia Administración contratante.

III. DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO EN RELACIÓN CON LAS MODIFICACIONES OPERADAS EN EL METRO DE MÁLAGA

El bagaje expuesto nos permite adentrarnos en la cita de los diferentes informes de Consejo Consultivo en relación con las modificaciones operadas en el Metro de

Málaga. Como tendremos ocasión de comprobar, erraremos si cedemos a un análisis inconexo de todos ellos, puesto que –inferimos– el cambio de línea argumental del alto órgano consultivo andaluz obedece a una razón que pudiésemos llamar, “dinámica”. Opino que el “crédito” de ejercicio del *ius variandi*, en un momento determinado y para el Consejo Consultivo, se agota. Y lo hace bruscamente, sin que la línea de informes precedentes permitiera predecir, precisamente en el momento en que acaece, el giro de su parecer.

1. Dictamen número 558/2009, de 15 de septiembre

El primero de los informes del Consejo Consultivo encierra la clave para comprender la dinámica que toma, en un proceso de inter actuación, tanto la Administración contratante proponiendo nuevos modificados, como el Consejo Consultivo, informándolos. En sí misma –como veremos– contiene incluso la dovela para comprender el viraje del sentido de éstos, cuando pasan a concluir de manera desfavorable.

De forma concreta, esta primera modificación se refiere a diez proyectos, lo cual origina una crítica –de entrada– por el Consejo Consultivo, calificando esta forma de proceder como inadecuada, ya que, “*una vez alcanzado el presupuesto legal que habilita para la intervención receptiva del Consejo Consultivo, esto es, modificaciones que de forma acumulada superen el 20% del precio del contrato, es necesario solicitar ante este Órgano, en expediente independiente, consulta para cada una de las modificaciones contractuales que se acometan, cualquiera que sea la cuantía de éstas*”, hecho éste que ya había sido advertido a la Consejería solicitante del informe en un expediente relativo al Metro de Sevilla (dictamen 448/2008, de 9 de septiembre). No obstante, en aras del principio de economía procedimental, el Consejo decide emitir informe del conjunto de las modificaciones.

Las mismas atienden a las siguientes razones, agrupadas por el hecho esencial que las promueve:

- Optimizar la intermodalidad en el entorno de la estación de ferrocarril, por la futura confluencia de modos de transporte correspondientes a trenes de largo recorrido, cercanías, autobuses urbanos e interurbanos y metro, con incremento de presupuesto de inversión material del 3,99% (modificado número 1), del 4,41% (modificado núm. 2).
- Corregir la carencia del anteproyecto adjudicado dado que las estaciones no disponían de vestíbulo intermedio; junto a ello, aplicar una identidad corporativa común entre las distintas líneas de metro en Andalucía. Incrementos del 3,94 % (modificado núm. 3) y 2,99% (núm. 8).
- Adopción para la Línea 1 del sistema constructivo de la Línea 2, consistente en la ejecución del túnel con pantallas de hormigón mediante el sistema de “cut

and cover”, con incrementos del 4’12% (modificado núm. 4) 6 del 2,83% (núm. 6), 3,13% (núm. 7) y 1’93% (núm. 9).

- Dimensionar el edificio de puesto de control central e instalaciones de talleres y cocheras de mayores. Incremento del 1,69% (modificado núm. 5).
- Optimizar las instalaciones de seguridad y comunicaciones, con un incremento del 4,01% (modificado núm. 10).

Dado este supuesto de hecho, el Consejo Consultivo sienta como base de su decisión la siguiente consideración “*nos encontramos ante una obra de una magnitud y envergadura, atendiendo a la propia naturaleza de toda construcción destinada a la implantación ex novo del trazado de una línea de ferrocarril metropolitano en una ciudad ya consolidada, en la que la aparición de imprevistos y nuevas necesidades durante su ejecución, debe ser reconocida como algo frecuente e incluso ordinario o normal en el transcurso de este tipo de construcciones*”; sin embargo, de inmediato muestra el contrapunto debido por la exigencia de la defensa del libre mercado: “*esa normalidad no puede conducir a que, desde ese presupuesto de partida, el Proyecto básico que sirve de elemento decisivo para la adjudicación del contrato adolezca de defectos sustanciales o no contemple, precisamente, en alguna medida los imprevistos que suelen surgir durante la ejecución de la obra, cuya aparición es tan ordinaria en este tipo de construcciones (y las obras del Metro de Sevilla han debido servir como antecedente en este sentido) que pierden su auténtica imprevisibilidad*”). El Consejo Consultivo, tras reconocer la idiosincrasia de las obras de metropolitano, considera que es posible prever las deficiencias técnicas a partir de la experiencia de obras anteriores, como es el caso de la otra línea que había licitado la Consejería de Obras Públicas.

Discrepamos de tal punto de partida. Ciertamente, el avance de la ciencia permite prever y corregir determinada problemática, disponiendo de técnicas y herramientas optimizadas; pero eso no puede asegurar por completo la idoneidad de un proyecto constructivo que se desarrolla en distintas ciudades con particularidades geológicas propias y con dinámicas sociopolíticas propias. Si se informa favorablemente en Derecho una modificación contractual, necesariamente es su presupuesto, la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.

Como bien indica el propio Consejo Consultivo, en el dictamen 566/2013 (del que nos ocuparemos con posterioridad), “*por lo que se refiere a los requisitos sustantivos, la modificación ha de venir impuesta por un interés público debidamente justificado, debiendo obedecer a necesidades nuevas o a causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto, además de la existencia de consignación presupuestaria previa (art. 46 de la Ley General Presupuestaria). Algo más detalladamente ha de afirmarse que las “necesidades nuevas” no pueden nacer desligadas o desconectadas del objeto originario del contrato, pues en tal caso no serían necesidades para la realización de aquel objeto, sino modificaciones ex novo del mismo. Y por otro lado, respecto a las “causas imprevistas”, en cuanto que son imprevisibles al tiempo de adjudicarse el contrato (entre otros, dictámenes 17/1994, 145/1996 y 138/2000), han de ser entendidas como las que surgen de una im-*

previsibilidad originaria. Si bien el grado de imprevisibilidad de causas no existentes en el momento de celebración del contrato es en ocasiones muy difícil de determinar, la protección del interés público puede aconsejar considerar como límite la falta de una mínima previsión razonable por parte de la Administración.

Las exigencias anteriores encuentran su razón de ser, al menos parcialmente, en el hecho de que la modificación no puede suponer la vulneración de los principios de publicidad y concurrencia. Para que esto no se produzca, la Administración debe documentar de manera estricta en el expediente dos cosas, de manera cumulativa: una, que la variación no es tan sustancial, de forma que no implique finalidades distintas a las del contrato originario o sean objetos susceptibles de contratación independiente; y otra, consistente en que no se vulneran los principios de publicidad y concurrencia, con expresa mención a la inhabilidad para el caso concreto de los procedimientos de contratación urgente o de emergencia”.

No debe haber objeción a asumir esta doctrina como una cabal regla interpretativa de los actuales preceptos vigentes, siendo fácil encontrar lugares comunes en torno a la “*variación no sustancial*” (en relación con el límite contenido en el art. 107.3.a TRLCSP), la justificación sobre “*necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborarse el proyecto*” (en relación con las causas habilitantes de la modificación recogidas en el art. 107.1.a y 107.1.b TRLCSP) o el hecho de que la modificación “*no puede suponer la vulneración de los principios de publicidad y concurrencia*” (por relación al límite contenido en el art. 107.3 TRLCSP). En este sentido, incluso puede alegarse el Informe JCCAA 18/2012, de 19 de septiembre, sobre la petición de un concesionario del servicio de residencia de ancianos y centro de día dirigida al Ayuntamiento, con el fin de modificar a la baja del canon impuesto, por importe superior al 10% del precio del contrato (se aducía la crisis económica), no previendo el PCAP ni el anuncio de licitación tal causa de modificación. Aunque el contrato se celebró con anterioridad a la reforma de 2011 que alteró el régimen de los modificados contractuales, la JCCAA mantiene el criterio de que dicha normativa debe interpretarse en coherencia con la Directiva 2004/18/CE y la jurisprudencia comunitaria, alcanzado similares soluciones a las que se llegaría mediante la aplicación de las disposiciones vigentes del TRLCSP en este punto. Como principio, cualquier modificación del contrato no prevista en los pliegos contractuales y que afecte a las condiciones esenciales del contrato o la licitación, resulta contraria a nuestro ordenamiento jurídico, siendo la regla general para las circunstancias sobrevenidas que alteran una variación esencial del negocio, la resolución.

En particular, en los contratos de gestión de servicios públicos (tan cercanos a la fase de explotación de la concesión de obra pública) resulta esencial el principio de equivalencia de prestaciones, que se garantiza mediante el mantenimiento del equilibrio financiero. En relación con ello, para la JCCAA, el art. 282.4 TRLCSP, al regular los supuestos en que la Administración viene obligada a restablecer ese equili-

brio económico del contrato, no incluye la situación de crisis económica, aunque ésta –sin embargo, sí podría ampararse en una interpretación extensa del art. 282.2º, por incluir los supuestos de riesgo imprevisible como parte del principio general de mantenimiento del equilibrio económico.

En cualquier caso, el Consejo Consultivo advierte en este primer dictamen sobre el Metro de Málaga que el “*cúmulo de nuevas necesidades o de causas imprevistas, que al día de hoy ha alcanzado, como se indicó, un 59,59% de desviación al alza en el presupuesto originario del contrato*”, ciertamente no puede “*ser considerado como una mera modificación contractual*”; y así razona el Consejo Consultivo esta afirmación de peso: “*la apreciación, en su conjunto, del contenido que pretende ser objeto de modificación contractual solamente puede evidenciar un defecto en el proyecto primitivo y, consecuentemente, en el presupuesto que sirvió de base para la adjudicación del contrato, sin que pueda enmascarse bajo el supuesto de la simple “necesidad nueva” o “causa técnica imprevista” que legalmente ampara la modificación de un contrato administrativo. De hecho, durante la ejecución del contrato, y prácticamente desde un principio, podemos observar que de forma ordinaria se han venido adoptando soluciones técnicas distintas a las iniciales, y han surgido igualmente nuevas necesidades además de las inicialmente demandadas, hasta el punto de haber transformado la excepcionalidad con que debe concurrir una causa de modificación contractual en algo común, no excepcional, en la ejecución de la obra del metropolitano. Pero alcanzando todo ello un montante económico, en relación con el precio de adjudicación, que a juicio de este Consejo denota una imprevisibilidad y defectuosa concepción en el proyecto básico, lo cual resulta inadmisibles*”. Razonamiento que, en coherencia, apuntaría hacia el dictamen desfavorable a tales modificaciones.

Sin embargo, la conclusión es radicalmente distinta: “*No obstante lo hasta ahora razonado, vuelve a insistir este Órgano en la concurrencia de una circunstancia específica, singular y determinante en orden al pronunciamiento consultivo, como es el hecho de encontramos ante una actuación pública, las obras del Metropolitano, de relevante complejidad técnica y jurídica en su desarrollo y ejecución. Solamente desde este prisma puede motivarse un dictamen favorable de este Órgano, flexibilizando así criterios que exigirían una nueva concurrencia pública para determinados contenidos de algunas de las modificaciones que se incluyen en el expediente remitido (como es el caso de las nuevas cocheras y talleres e instalaciones centrales de control, o las nuevas instalaciones de seguridad y comunicación de todo el trazado del Metro, cuya ejecución podría llevarse a cabo por empresa diferente a la adjudicataria), pero que, no obstante, pueden sustentarse igualmente en el innegable interés público que reviste el contrato administrativo que se modifica para, ponderando y sopesando los concretos intereses en presencia, concluir en un parecer acorde con la modificación propuesta*”.

No podemos estar más de acuerdo con lo dicho, aunque con una importante matización: precisamente, la idiosincrasia de las obras de construcción de un metro (sus dificultades técnicas) y su repercusión en la construcción de una ciudad, aportando ventajas cualitativas a la movilidad de sus ciudadanos, es lo que debe modular el entendimiento de lo que realmente sea una modificación contractual conforme a Derecho, singularizando estos casos de grandes infraestructuras.

Y es que la razón lleva por derroteros ya marcados por la mejor doctrina: GARCÉS SANAGUSTÍN²⁵ nos conduce a la Memoria de 1990 del Consejo de Estado: “...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, como de hecho se produce en el desarrollo de una relación contractual y como, 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”. Siendo congruente con tal línea de pensamiento, el alto órgano consultivo (Dictamen 782/2004) afirma que “aún existiendo causa suficiente para una resolución del contrato parece más adecuado al interés público su mantenimiento y ejecución definitiva, pudiendo resultar mucho más gravoso resolver que continuar y ejecutar en su integridad la construcción de la presa”. Y esta llamada a la razón (dictámenes núm. 1834/1995, 454/1996 o 3371/1996) llega al caso de admitir el mantenimiento del contrato aún mediando error en el proyecto, dando prioridad al interés público subyacente en el contrato y en los perjuicios que el aumento del coste o la interrupción de los trabajo podría suponer.

Claro está que es necesario separar las prácticas razonables de las espúreas, como la propia Memoria del Consejo de Estado apunta: “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”. Así, el considerando 109 de la Directiva 2014/24/UE dice claramente: “sin embargo, no puede aplicarse en los casos en que una modificación tiene como resultado una alteración de la naturaleza de la contratación global, por ejemplo si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado”; y no debe rechazarse de plano esta hipótesis por ser de laboratorio, como muestra el Dictamen del Consejo de Estado de 8 de junio de 1967, exponente de una auténtica alteración sustancial cualitativa, que se pronuncia sobre un supuesto de hecho sustanciado en que, estando prevista la construcción de un ferrocarril, se modificó el contrato, resultando finalmente la ejecución de una carretera.

2. Dictamen número 445/2013, de 18 de junio

En esta ocasión, se solicita dictamen facultativo sobre una prórroga del plazo de ejecución de las obras y su puesta en servicio correspondiente al tramo RENFE a

²⁵ “La modificación de los contratos. La reforma prevista en el proyecto de Ley de Economía sostenible. Incidencia de la jurisprudencia comunitaria”. Ponencia impartida en las Jornadas sobre Contratación Pública celebradas en Logroño en 2013. Disponible en www.caib.es/fitxer/get?codi=717363

Juan XXIII y Héroes de Sostoa, y correlativa y acumulativamente en el plazo de la concesión. Se trata de un dictamen, a nuestros efectos, de menor importancia que otros emitidos, no tanto por la incidencia que la prórroga pueda tener a efectos de libre concurrencia, sino por el acreditación del supuesto de hecho sin necesidad de especiales esfuerzos interpretativos.

La justificación de la demora en la ejecución de la obra tiene tres causas:

- Aparición de restos arqueológicos de una importancia muy superior a lo “*previamente razonable*”.
- Falta de disponibilidad de autorizaciones del Área de Tráfico del Ayuntamiento para la ejecución de los desvíos de tráfico necesarios para la ocupación del viario público se ha retrasado, por causas no imputables a la concesionaria ni a la UTE constructora
- Incidencias geotécnicas “*acreditadas*” ocurridas durante la excavación del túnel bajo la playa de vías de ADIF, cuyo origen son las pantallas y los jet-grouting anteriormente ejecutados.

Tras entender el Consejo Consultivo que tales causas no eran imputables a la contratista, informa favorablemente la prórroga del plazo de ejecución de la obra, así como en su puesta de funcionamiento, aunque no la prórroga de la concesión.

Como nos indica CALVO RUATA²⁶, “*la prórroga de los contratos también ofrece problemática sugerente... La razón de ello hay de buscarla en que la duración de los contratos, y por ende el régimen de prórrogas, puede afectar a los principios comunitarios de contratación pública, puesto que conceder facilidades importantes para prorrogarlos puede burlar condiciones exigidas a los contratistas u ofertadas por ellos determinantes de la adjudicación del contrato*”. En el TRLCSP, el art. 23.2 establece que “*el contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga*” y en coherencia, pasa a ser contenido mínimo contractual (art. 26 TRLCSP) “*la duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas*”. Por consiguiente, prohibición de las prórrogas tácitas pero admisión de prórroga por “*motivos no imputables al contratista*”(art. 213.2 TRLCSP).

3. Dictamen número 566/2013, de 30 de julio

El dictamen tiene por objeto expedientes en los que se solicita:

²⁶ “*La zozobra de la modificación de los contratos públicos*” op. cit.

- Transporte de material de la parcela al vertedero municipal, como consecuencia del vertido incontrolado en la parcela en cuestión, desde la fecha de redacción del proyecto constructivo hasta la fecha real de puesta a disposición por parte del Ayuntamiento.
- Aumento de la dotación de cal destinada a la mejora de los materiales de excavación obtenidos en el recinto para conseguir un relleno idóneo. Tanto en esta causa como en la anterior, el Consejo Consultivo considera “*comprobado que el proyecto constructivo realizó una campaña geotécnica suficiente*”
- Extracción y transporte a vertederos autorizados de residuos contaminados con hidrocarburos.

El Consejo Consultivo, sobre tales bases, informa favorablemente la modificación con cita literal de los principales pasajes del dictamen 558/2009, de 15 de septiembre.

4. Dictamen número 291/2014, de 29 de abril

Según la Administración solicitante del dictamen, atendiendo al grado de ejecución de los distintos tramos de obra, el desfase temporal entre la implantación de la señalización ferroviaria de la fase 1 y la de la fase 2 actualmente se podía cifrar en 14 meses. En cuanto a la fase 3, existían a la fecha meras previsiones de puesta en servicio, condicionadas por la “*indefinición de la solución a adoptar para el trazado del tramo Guadalmedina - Malagueta -soterrado o superficie-*”, aunque se calculaba un desfase no inferior a 20 meses. Tal estado de ejecución era la causa fundamental para que se propusiera una “*nueva implantación por fases más ventajosa que la prevista*”, lo cual conllevaba un ahorro respecto a lo previsto en el escenario anterior, pasando de un escenario presupuestario de 11.929.000 de euros a 9.529.000. Junto a ello, se acreditaban nuevas necesidades por unificar el sistema de señalización en los tramos a ejecutar por la Agencia de Obra Pública y los que ejecutaba la sociedad concesionaria.

El Consejo Consultivo vuelve a informar favorablemente con cita de la doctrina del Dictamen 558/2009.

5. Dictamen número 292/2014, de 29 de abril

En este caso, la modificación contractual se refería a numerosas incidencias económicas relativas al proyecto de construcción de suministro eléctrico de la Línea 1, proyecto de construcción de instalaciones eléctricas, mecánicas y especiales y de seguridad y comunicaciones de las Líneas 1 y 2. El Consejo Consultivo fundamenta su parecer favorable en el informe emitido por el Gerente de Proyectos y Obras de la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, sobre una base doctrinal que mantiene la línea instaurada por el Dictamen 558/2009.

6. Dictamen número 293/2014, de 29 de abril

El supuesto de hecho integra un elevado conjunto de incidencias en la Línea 2; de hecho, la Administración no admite un alto número de las inicialmente invocadas por la contratista; en concreto, en infraestructura se aceptan 21 de las 59 actuaciones modificatorias planteadas (por valor de 12.936.650,11 euros en lugar de los 32.195.819,48 euros solicitados por el contratista), como incidencias adicionales se aceptan 16 de las 21 propuestas (1.602.936,01 euros en lugar de 1.876.731,45 euros), no habiéndose aceptado ninguna de las 23 incidencias relacionadas con servicios afectados asociados a la línea 2.

Vuelve el Consejo Consultivo a avalar la propuesta de la Consejería solicitante, nuevamente con cita de la doctrina contenida en el dictamen 558/2009, de 15 de septiembre.

7. Dictámenes números 456/2014 y 457/2014, de 24 de junio

Llegamos al contrapunto con la línea mantenida hasta este momento. El supuesto de hecho que motiva en esta ocasión la intervención del Consejo Consultivo consistía en sustituir un tramo a ejecutar por la Administración concedente por otros dos, a ejecutar (uno de ellos en superficie) igualmente por la Administración concedente. La intención era acortar la línea de metro inicialmente prevista entre determinadas paradas y construir un nuevo trazado de 1.800 metros no contemplado en el contrato adjudicado. Todo ello para solucionar una problemática descrita por la Administración en relación con la presencia de yacimientos arqueológicos de diversa tipología, evitar la afección al aparcamiento de La Marina, proteger los ficus centenarios de la Alameda, mantener los flujos de agua freática tanto en la Alameda como en el Paseo del Parque y no afectar determinados eventos ciudadanos, en especial, la celebración de la Semana Santa. Tal y como se refiere en ambos dictámenes, esta solución aparecía como producto del consenso entre la administración local y la autonómica.

Estas modificaciones se tramitaban en dos expedientes paralelos que el Consejo dictamina en la misma sesión y unificando tanto el supuesto de hecho como la argumentación jurídica y la conclusión que le merecen, por lo que pueden ser tratados conjuntamente.

En esta ocasión, el Consejo Consultivo considera *“ciertamente complicado apreciar que las causas que se esgrimen para el modificado son realmente causas técnicas imprevistas o nuevas necesidades, tal como exige la ley de aplicación. Por el contrario, resulta llamativo que en su totalidad, las dificultades derivadas de la existencia de restos arqueológicos en la Plaza de la Marina y sus alrededores, un aparcamiento público en el mismo lugar, ficus centenarios en la Alameda Principal, ce-*

lebración de eventos como procesiones de Semana Santa, Cabalgata de Reyes, puestos de feria del libro y otras celebraciones tradicionales, que desde hace años se celebran y ubican en ese eje viario de la ciudad de Málaga, puedan considerarse nuevas necesidades o dificultades técnicas imprevistas, cuando son todos ellos eventos e incidencias conocidas no solamente en el momento de adjudicarse el contrato en el año 2004, sino en fechas muy anteriores. Nos encontramos, por tanto, ante una evidente falta de previsión desde el momento inicial de la contratación. O simplemente, ante una alteración tan sustancial del contrato suscrito, que no puede ser encauzada dentro de los límites legales de la modificación contractual”.

Y continúa el Consejo Consultivo: *“no se trata ya de un cambio desde el discurrir soterrado del metro, proyectado en el contrato, hacia un trazado en superficie, que puede abaratar costes. De lo que se trata es de abandonar parte importante del trazado inicial, y sustituirlo por otro ramal de línea de una longitud no precisamente desdeñable, al tratarse de 1.800 metros por suelo urbano consolidado por la edificación y el viario de la ciudad, por la trama urbana en definitiva”.*

A partir de aquí, se produce la ruptura con la línea mantenida hasta entonces en los precedentes dictámenes, como bien se trata de motivar: *“este Órgano ha venido haciendo un notable esfuerzo interpretativo en las múltiples modificaciones contractuales (...) No obstante lo apuntado, del contenido que pretende ser objeto de modificación contractual solamente puede colegirse un defecto en el proyecto primitivo y una injustificada imprevisibilidad inicial, insoslayable mediante una simple modificación contractual. Y todo ello con repercusión evidente en el presupuesto que sirvió de base para la adjudicación del contrato, hasta el punto de existir ya una desviación sobre el precio inicial que podemos calcular, grosso modo, superior al 70 por ciento”.*

El Consejo cree oportuno advertir que no es cierto que la modificación del trazado suponga una reducción del presupuesto (como indicaba la Administración) de 47.340.315,19 euros, sino que al implicar esta modificación el retraso en el inicio de la explotación del servicio, se hace necesario la adopción de un periodo transitorio desde la puesta en servicio parcial del Metropolitano hasta la puesta en servicio total del mismo (prorrogable de forma automática hasta el 1 de noviembre de 2020), lo cual exige un nuevo cuadro de aportaciones. *“Es decir, que la demora ya acumulada hasta el día de hoy, acrecentada nuevamente por un cambio de trazado que altera sustancialmente el proyecto primitivo, no es precisamente a coste cero para la Administración, incidiendo de forma sustancial en la relación jurídica existente entre concedente y concesionario, aunque sea la propia Agencia de Obra Pública la que asuma la entrega de las obras aún no concluidas”.* Por todo lo cual, se concluye que *“la propuesta de modificación excede de las previsiones normativas que contemplan la modificación de los contratos administrativos, no pudiendo tampoco acogerse, ni siquiera de forma excepcional, en la complejidad de una obra pública como es el trazado de un Metropolitano por una ciudad consolidada, tal y como en ocasiones anteriores se ha venido admitiendo por este Órgano, lo cual justifica que el dictamen sea desfavorable a la propuesta elevada”.*

De lo dicho hasta este momento, se infiere que no podemos estar de acuerdo con el viraje de la opinión del Consejo Consultivo. Respetando –como no puede ser de otro modo– sus razones y su alto parecer, consideramos que la cuestión no puede sustanciarse desde una óptica “cuantitativa”, sino “cualitativa”. Lo que importa –a efectos de su catalogación jurídica– no es el grado de desviación presupuestaria, sino la naturaleza de estos sucesivos cambios del proyecto y en particular, si los mismos desnaturalizan la obra licitada, según las particulares reglas que rigen el concreto nicho de mercado en que se inserta. Y en esta disyuntiva, no podemos por más que alinearnos con las razones expuestas por el Consejo Consultivo en sus primeros informes.

8. Dictamen número 649/2014, de 30 de septiembre

Finalmente, la modificación contractual sometida a dictamen se refiere a la prórroga del contrato de servicios de asistencia técnica para la supervisión y control de los trazados, por ser complementario de otro contrato principal de obra. En este caso, nos encontramos ante una problemática distinta a la estudiada por el Consejo Consultivo hasta este momento: para este órgano, *“resulta evidente que la presente prórroga (...) persigue legalizar una ampliación del plazo y del objeto del contrato que, en la práctica, se ha venido desarrollando, sin haber tramitado previamente el correspondiente expediente que otorgue cobertura jurídica a dicha actuación de hecho. De ahí que la propuesta de resolución invoque que nos encontramos ante una prórroga contractual con carácter retroactivo”*.

El Consejo, tras reconocer que el art. 279.2 LCSP permite que el contrato de servicios que sea complementario de un contrato principal de obras, pueda tener un periodo superior de vigencia que no exceda del principal, opone que *“lo que sucede es que en este contrato no se ha estipulado una duración paralela o en consonancia con el contrato principal de obra. No se ha vinculado la duración del contrato de servicios con la duración del principal (...) Desde el 31 de octubre de 2013, el contrato finalizó (y así lo reconocen los informes jurídicos de la asesoría del ente consultante y del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía), y la pretendida prórroga que ahora se ha tramitado desplegaría sus efectos sobre un contrato ya extinguido, lo cual no encuentra cobertura en la normativa aplicable, como se ha visto, ni siquiera con una aplicación retroactiva de la prórroga en los términos en que se propone en el expediente tramitado”*, luego de lo cual se dictamina desfavorablemente.

En realidad, lo que proponía el expediente era la aplicación del art. 57.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual *“excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando (...) produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”*, sobre la acreditada concurrencia en el expediente de tales requisitos.

Frente a la opinión del Consejo Consultivo de Andalucía, no podemos por menos que citar el dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (Dictamen 50/98): *“como ha reiterado el Consejo de Estado “las necesidades técnicas de la obra, la tramitación de un expediente de modificación contractual y la urgencia añadida en algunos casos, hace que sea relativamente frecuente, aunque no por ello deseable, que los reformados se aprueben “a posteriori” para convalidar una situación creada y consumada “de facto” con la ejecución material de la modificación” (Dictamen número 1497/93, de 28 de diciembre de 1993). En el mismo sentido ha recordado que “no son obviamente vías adecuadas para regularizar y dar carta definitiva de naturaleza a modificaciones ya ejecutadas, sino que son, por el contrario, un “prius” de tales alteraciones” (Dictamen número 40/94, de 21 de abril de 1994). Pese a lo anterior, el referido Órgano Consultivo no ha negado que, en estas circunstancias, sea jurídicamente posible aprobar tales expedientes, expresando que ello puede ser “conveniente” (así los citados Dictámenes y otros, como el 1281/94, de 21 de julio de 1994, 1834/95, de 11 de octubre de 1995 y 216/97, de 20 de marzo de 1997)”. Y es que, como indica el Consejo Consultivo de Castilla León 180/2011, “la apreciación de la demora en el cumplimiento de los plazos como causa resolutoria ha de hacerse ponderando en cada caso concreto las circunstancias concurrentes y afectantes al interés público, sin que proceda aquélla de modo automático. Así lo ha expresado en Tribunal Supremo en su jurisprudencia (recogida, entre otras, en las Sentencias de 14 de diciembre de 2001 y de 14 de junio de 2002”.*

Por su parte, el Consejo de Estado –en Comisión Permanente- de 29 de marzo de 2001 afirma que *“no es exacto, por tanto, sostener –como se contiene en el informe de la Intervención Delegada- que el Organismo propone modificar un contrato extinguido que no se cumplió, afirmación que pretende apoyarse en un supuesto incumplimiento de los plazos de ejecución previstos al efecto. Debe resaltarse, sin embargo, que el contrato administrativo subsiste (una vez nacido al mundo jurídico) en tanto no haya sido declarado resuelto o se haya producido la referida declaración de invalidez, declaraciones que no consta se hayan producido en el presente caso. Por ello no se está pretendiendo modificar un contrato extinguido (lo que sería jurídicamente inviable) sino un contrato cuya vigencia está expresa y reiteradamente reconocida por la Administración contratante”.*

En suma, hay argumentos para sostener una posición contraria a la que resuelve el Consejo Consultivo de Andalucía en este expediente, siempre desde la consideración de la naturaleza compleja de la construcción de una línea de metropolitano.

IV. CONCLUSIÓN

El propósito de estas líneas no es otro que llamar la atención sobre la necesidad de apegar el discurso jurídico a la realidad económica: la norma jurídica no puede ser un fin en sí misma, sino una herramienta para la consecución del interés general, en nuestro caso representado en la construcción de infraestructuras de transporte y en el correcto funcionamiento del mercado de empresas que se dedican a tal objeto.

Desde esta premisa, la complejidad no sólo jurídica, sino también económica y social de la construcción de obras de líneas de metropolitano, exige atemperar qué se entienda por modificación sustancial del objeto del contrato cuando se trata de enjuiciar la legalidad de reformados en los proyectos que obedecen a la razón de ser de este tipo de obras, al menos, así consideradas desde una razón práctica y estadística.