



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Según el expediente remitido, completado después del Acuerdo de este Consejo Jurídico 19/2006, de 28 de diciembre de dicho año, son antecedentes del procedimiento de contratación los siguientes:

1º) Previamente aprobado el proyecto el 28 de septiembre de 2004, el 28 de junio de 2005 la Consejería consultante formalizó con la UTE D. A., S.A., y V. C., S. A, un contrato relativo a las obras de "NUEVO TRAZADO DE LA CTRA. C-3223 A SU PASO POR FORTUNA Y LOS BAÑOS"; se enumeran las mejoras propuestas en su oferta por la UTE adjudicataria.

2º) El 27 de julio de 2005 se levantó el Acta de Comprobación del Replanteo, manifestando que *"deberá redactarse un Proyecto Modificado que recoja los aspectos técnicos ofertados en el Concurso y que forman parte del correspondiente contrato"*. Asimismo, se hace constar que *"se están estudiando diversas propuestas realizadas por el Ayuntamiento de Fortuna y que afectarían a la tipología del cruce de camino de la Depuradora y a la posibilidad de entronque con la intersección de la carretera 5A"*. No obstante, se autorizó al contratista para que iniciara los trabajos.

3º) El día 28 de diciembre de 2005, por la Dirección General de Carreteras se formula Propuesta para aplazar *"la presentación de las justificaciones técnicas que deberá contener la citada addenda y se incorporen al proyecto modificado que se redactará próximamente,..."*. La Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de fecha 30 de diciembre de 2005 dispuso el aplazamiento de la presentación de dicha addenda.

4º) Mediante comunicación interior de fecha 30 de mayo de 2006, y dirigida al Subdirector General de Carreteras, el Ingeniero Director de las Obras manifiesta que *"... se está tramitando el correspondiente Proyecto Modificado, y con el fin de no interferir en el correspondiente Programa de Trabajos y el correspondiente Plazo de Ejecución, le ruego tramite ante el órgano correspondiente, la solicitud para elaborar y firmar el preceptivo Acta de Suspensión Temporal, que afectaría únicamente a las obras que contempla el presente Proyecto Modificado, en concreto, al tramo final del entronque con la ctra. C-3223 en la zona del polígono industrial de Fortuna"*. A la vista de tal comunicación, con fecha 1 de junio 2006 la Dirección General de Carreteras formula propuesta para *"que se proceda a la Suspensión Temporal Parcial de las obras, en el tramo afectado por las modificaciones, hasta que se obtenga su aprobación"*. Con fecha 8 de junio de 2006 se dicta Orden de la Consejería por la que se dispone la suspensión temporal parcial de las obras (pero no hay acta de suspensión).

5º) El día 17 de noviembre de 2006, la Oficina Supervisora de Proyectos emitió informe relativo al proyecto modificado en el que enumera las características generales del mismo:

A) Respecto al trazado en planta: a) modificación del punto de conexión de la variante fijándose el nuevo punto 400 metros al sur del punto inicial de conexión, en una rotonda de 50 metros de diámetro exterior, introducida por el proyecto modificado; b) supresión del paso superior en el pk 0+379 y modificación de los enlaces números 1, 2 y 3.

B) Respecto al trazado en alzado: se modifica por completo el perfil longitudinal del tronco de la carretera.

C) Respecto a las estructuras: a) modificación longitudinal de los viaductos sobre las ramblas del Cantalar y de Ajauque; b) modificación de la tipología de las estructuras en los enlaces números 1, 2 y 3, y la tipología de las cimentaciones.

D) Respecto a las reposiciones de servicio, se han producido grandes cambios con respecto al proyecto original, no descubriéndose nuevos servicios a reponer, pero teniendo que realizar modificaciones impuestas por las empresas suministradoras y explotadoras (T., I., M. C. T., C. R.); globalmente este capítulo aumenta un 232,73 por ciento.

Concluye su informe indicando que el proyecto supone un adicional líquido de 1.647.607,34 euros, y que las mejoras técnicas ofertadas por el adjudicatario *"... han quedado recogidas en el proyecto modificado. No obstante, se han detectado variaciones con respecto a la oferta de licitación..."*. También indica que *"...la falta de concreción en algunas mejoras de la oferta, tienen difícil verificación cualitativa y cuantitativa."*

6º) El 21 de noviembre de 2006 la Dirección General de Carreteras dictó resolución por la que se aprobó técnicamente el citado proyecto, y formula propuesta para que se levante la suspensión temporal parcial; se amplíe el plazo de ejecución inicialmente previsto, hasta el 31/12/2006; se emita informe sobre consignación presupuestaria; se ejecute el mismo por el contratista adjudicatario de la principal; y que se incorpore al expediente el Acta de Replanteo Previo y el Certificado de Disponibilidad de los Terrenos. Estos dos últimos documentos son expedidos e incorporados al expediente el 22 de noviembre de dicho año.

7º) El 22 de noviembre de 2006 el Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes aprobó el proyecto de las obras de "Modificado del Nuevo Trazado de la Ctra. C-3223 a su paso por Fortuna y Los Baños", con un presupuesto modificado de adjudicación de 12.714.611,04 euros, produciéndose por tanto un adicional de 1.647.607,34 euros, IVA incluido, que representa un 14,89 % de aumento sobre el presupuesto de adjudicación. La citada orden también especifica la clasificación exigible para la realización de las citadas obras.

8º) El Informe previsto en el artículo 73.2 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, RCAP) se emitió el 24 de noviembre de 2006.

9º) Por Orden de 29 de noviembre de 2006 se acuerda el inicio del expediente de contratación del proyecto modificado, siendo emitido informe por el Servicio Jurídico el 11 de diciembre de 2006, en el que pone de manifiesto que *"... cuando de emitir un informe jurídico se trata sobre la potestad de modificación, y por tanto sobre los límites del artículo 101 transcrito, debe hacerse antes de la redacción del Proyecto, ..."*. Añade que, con independencia de lo anterior y entrando en el análisis del Proyecto, se han introducido grandes cambios en los servicios a reponer, como consecuencia de exigencias de compañías explotadoras; expone también que algunas mejoras puntuadas en la oferta del concurso ahora desaparecen sustituidas por otras soluciones técnicas; llama la atención sobre el hecho de que sea necesario cambiar los vanos de algunas estructuras importantes, *"para adaptarse a la realidad del terreno"* y que ello suponga en uno de ellos, la Rambla del Cantalar, pasar de un vano de 137,10 metros a otro de 80 metros, lo que supone un 40 por ciento de disminución, extrañándose de que esta circunstancia pasara desapercibida a los redactores del proyecto o en la comprobación del replanteo y, pese a ello, se genere un adicional líquido. Destaca también que se ha modificado por completo el perfil longitudinal del tronco de la carretera, y que el punto de conexión de la variante se sitúa ahora a 400 metros del punto inicialmente previsto.

10º) Se redacta Propuesta de Acuerdo de Consejo de Gobierno para que autorice la celebración del contrato y el gasto del "Proyecto Modificado del Nuevo Trazado de la Ctra. C-3223 a su paso por Fortuna y Los Baños", con un presupuesto modificado de adjudicación de 12.712.611,04 euros, que implica un adicional líquido de 1.647.607,34 euros, IVA incluido,

que representa un 14,89 % de aumento sobre el presupuesto de adjudicación.

11º) Remitido el expediente a la Intervención General el 12 de diciembre de 2006, emite ésta su informe de fiscalización el 18 de diciembre siguiente, formulando los siguientes reparos:

A) Incumplimiento del artículo 146.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 junio, (BOE 21 junio 2000, núm. 148, TRLCAP), no constando la propuesta del Director Facultativo recabando autorización para la redacción del proyecto, ni documento en el que se enumeren las razones que hacen necesario el mismo, salvo lo indicado en la comprobación del replanteo, y que entre la documentación remitida no se ha podido constatar la existencia de la obligación del adjudicatario de elaborar una Addenda.

B) Al analizar las razones que justifican el modificado manifiesta que *"... se echa en falta una más completa acreditación de las razones de interés público que lo motivan ..."*, añadiendo que *"... los motivos aducidos no parecen deberse a necesidades nuevas ni a causas imprevistas, sino más bien, en unos casos a errores en el proyecto inicial ... y en otros a mejoras respecto al mismo, como la prolongación de la variante o los cambios efectuados en los enlaces números 1, 2 y 3"*. Concluye que *"... todas las necesidades pudieron ser previstas o bien constituyen errores del proyecto inicial..."*, incluido el caso de los accesos al suelo urbanizable de uso residencial de "Las Lamparillas", cuyo acceso principal sur, según la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, se define como sistema general viario, y se realizará a través de la C-3223 en una redonda a proyectar en la intersección de la C-3223 y la A-5.

C) En relación al plazo de ejecución de las obras del proyecto modificado, destaca la contradicción existente entre varios documentos del expediente, considerando que fijar como fecha de finalización de las obras el día 31 de diciembre de 2006, es *"... incompatible con la envergadura de la modificación que se propone (...) y teniendo en cuenta el estado de tramitación del expediente (...) hace presumir que, en caso de dictarse el acto de autorización, se incurriría en causa de nulidad porque el acto fuera de contenido imposible"*.

D) Respecto a la inclusión de las mejoras ofertadas por el adjudicatario en el proyecto modificado, se indica que carece de sentido que *"... su admisión obligue a la tramitación de una modificación contractual que en ningún caso cumple con los requisitos del artículo 101 del TRLCAP, lo que podría generar un supuesto subsumible en las previsiones del artículo 6.4 del Código Civil"*. Añade que estas mejoras deberían ser propuestas por los licitadores mediante la presentación de variantes. Y manifiesta que *"analizadas las mejoras ofrecidas por la adjudicataria del contrato y su reflejo en el proyecto modificado, se observa que algunas han sufrido variaciones (...) hecho este último relevante sobre todo si se tiene en cuenta que estas mejoras fueron valoradas para la determinación del adjudicatario, prevaleciendo su oferta sobre las de otras empresas, algunas de ellas con una proposición económica inferior"*.

Por todo lo anterior no fiscaliza de conformidad la propuesta remitida.

SEGUNDO.- En el procedimiento para la resolución de la discrepancia constan las siguientes actuaciones (art. 17 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General, RCIM):

1º) Informe del Subdirector General de carreteras (19 de diciembre de 2006). Indica que la causa fundamental del modificado es el cambio de trazado del tramo inicial, al ser considerada más adecuada para el interés público la modificación propuesta por el Ayuntamiento de Fortuna, modificación que no pudo ser prevista al ser todas las actuaciones relativas a la redacción del proyecto anteriores a la Orden de aprobación de las Normas Subsidiarias de dicho Municipio. Asimismo, informa que dado el tiempo transcurrido entre la toma de datos para la redacción del proyecto y la ejecución material de las obras, no es de extrañar que se hayan

producido cambios de criterio de las compañías titulares de los servicios objeto de reposición, para la solución final que éstas están dispuestas a autorizar; y que los cambios de tipología de los enlaces han sido determinados en gran medida por las recomendaciones arqueológicas, ya que con estas soluciones se ocupan mucho menos zonas de ese interés. Entiende, de acuerdo con el informe de fiscalización, que las mejoras propuestas por el contratista y puntuadas para la adjudicación del contrato no son causa suficiente para la redacción de un proyecto modificado.

2º) Informe del director de las obras (19 de diciembre de 2006). Manifiesta que la solicitud de autorización del modificado se realizó el 23 de enero de 2006, pero que no llegó a tramitarse porque se entendió que la Orden de 30 de diciembre de 2005 autorizaba tácitamente la redacción del mismo. Considera el informante que las modificaciones propuestas son debidas a necesidades nuevas por no estar contenidas en el proyecto originario, y que están motivadas por razones de interés público porque se sirve mejor a éste con la autorización del modificado, que con la alternativa al mismo que incluiría la paralización de las obras, la rescisión del contrato con indemnización al contratista, y una nueva contratación. Y, en relación a las observaciones relativas al Programa de los Trabajos, manifiesta que, a la vista de las unidades que quedan por desarrollar, los trabajos podrían finalizarse a finales de febrero de 2007. Termina indicando que las mejoras que no aparecen son mínimas, y son relativas a unidades de obra que no se ejecutan o han sido sustituidas.

3º) Informe del jefe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante (22 de diciembre de 2006). Informa de que la razón fundamental de la Intervención General para no fiscalizar de conformidad -la existencia de imprevisiones en el proyecto- ha tenido un extenso tratamiento en la doctrina del Consejo de Estado y del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, y que el núcleo central de la argumentación de la Intervención gira sobre el hecho de que se trata de un error de proyecto por no tener en cuenta la aprobación de la Modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Fortuna. Añade que en la caracterización de la "cláusula de interés público" ha jugado siempre un papel el importe de las modificaciones contractuales, ya que si ésta es muy cuantiosa se pone en riesgo el principio de concurrencia del artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sirviéndose entonces al interés público mediante la extinción de la relación contractual. Pero, según se dice, el caso informado es el contrario, dado que el proyecto de modificado no alcanza al 15 % del importe del contrato originario, siendo, por tanto, inferior al porcentaje que determina la posibilidad de resolución del contrato, por lo cual, concluye, es *"... más que legítimo acudir a la idea del interés público, respaldada por una larga doctrina (Dictamen 47126, de 5 de diciembre de 1984, Dictamen 1629, de 23 de enero de 1992, Dictamen 424, de 2 de abril de 1992, todos ellos del Consejo de Estado) a favor del mantenimiento del vínculo contractual y de la aprobación de la modificación por las razones mencionadas"*.

4º) Informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos (10 de enero de 2007). Tras una larga exposición de los antecedentes que obran en el expediente, de la normativa aplicable y de la doctrina de los órganos consultivos, informa favorablemente el levantamiento del reparo por el Consejo de Gobierno.

TERCERO.- A la vista de lo actuado, la Consejería consultante decide elevar al Consejo de Gobierno na propuesta para que acuerde autorizar la celebración del contrato modificado y el gasto que comporta, sometiéndose ello al Dictamen del Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el 26 de diciembre de 2006, completada mediante nueva comunicación de 10 de enero de 2007.

CUARTO.- Mediante Acuerdo 5/2007, de 22 de enero, el Consejo Jurídico solicitó a la Consejería consultante instrucción adicional declarada necesaria para dictaminar sobre el

fondo del asunto, consistente en:

1º) Un plano que refleje el trazado inicial de la carretera aprobado en el proyecto contratado y el que se pretende contratar con el proyecto modificado, destacando claramente las diferencias entre uno y otro, y en el que figuren ubicadas con precisión, de una parte, la glorieta inicial citada en la página 4 de la memoria del proyecto modificado, y, de otra, la obra denominada "intersección en glorieta entre las carreteras C3223, A-5 y vial de acceso a urbanización Las Lamparillas y mejora del trazado en alzado", sometida a información pública mediante anuncio en el BORM nº 294, de 23 de diciembre de 2005, pág. 28785.

2º) La documentación arqueológica que fundamenta el cambio de tipología de los enlaces.

3º) Un informe técnico que justifique la mejora que para el tráfico rodado suponga la modificación proyectada respecto a la inicial, en relación con el escrito dirigido por el Alcalde de Fortuna al Director General de Carreteras fechado el 21 de septiembre de 2005.

4º) El expediente por el que se produjo la adjudicación del contrato.

QUINTO.- Cumplimentada la instrucción adicional, tuvo entrada en el Consejo Jurídico el nuevo envío el día 29 de enero de 2007, resultando que se aporta un plano comparativo del trazado primitivo y el modificado en el que se aprecia que la intersección sur de la variante con la C-3223 y la A-5 la hace en una glorieta, sin que exista otra glorieta diferente que dé entrada a la urbanización Las Lamparillas; se acompaña el informe de arqueología que recomienda la reducción en la medida de lo posible de la zona de ocupación de los enlaces, así como un informe emitido por el Subdirector General de Carreteras (25 de enero de 2007) en el que considera que la modificación propuesta mejoraría notablemente las condiciones de circulación al evitar el tránsito por el polígono industrial de Fortuna de los 5.863 vehículos al día que, según se prevé, circularán por la variante, además de por otras razones que expone.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.-Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre la propuesta de resolución de un reparo formulado por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, que debe ser decidido por el Consejo de Gobierno (artículo 12.13 LCJ).

SEGUNDA.- Tramitación del expediente y alcance del Dictamen.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales. Es un procedimiento de naturaleza incidental, regulado por el RCIM, que se suscita en el seno de otro principal, el de modificación del contrato inicial. Esto es importante para comprender el alcance del presente Dictamen que no ha de extenderse más que a las cuestiones controvertidas y que -en palabras de la propuesta que se desea elevar al Consejo de Gobierno- pretende que se puedan autorizar por tal órgano tanto la celebración del contrato como el gasto que comporta. Si bien el sentido completo de la propuesta dictaminada se induce del contenido del expediente, es de destacar que la misma debiera referirse directamente y en primer lugar al levantamiento del reparo.

Dada la finalidad del procedimiento incidental en el que se inserta, el presente Dictamen no se refiere directamente a la modificación del contrato y su procedimiento, sino sólo a los aspectos de la misma recogidos por la Intervención General en su fiscalización y no aceptados por la Consejería consultante, reparo que se pretende levantar.

Con posterioridad al reparo formulado por la Intervención General la Consejería, a requerimiento del Consejo Jurídico (Acuerdo 5/2007), ha realizado una instrucción adicional, citada en el Antecedente Quinto, cuya consideración resulta determinante a efectos de este

Dictamen.

TERCERA.- Sobre la discrepancia mantenida.

Reiterando que el alcance del presente Dictamen ha de extenderse, exclusivamente, a las cuestiones suscitadas en los reparos formulados por la Intervención General y no aceptados por el Consejero consultante (Dictamen 43/04), ha de destacarse inicialmente que el Interventor General expone reparos de carácter procedimental y sobre el plazo de ejecución del contrato cuya bondad ha sido aceptada por la Consejería consultante al argumentar, con relación al primero, que parecía entenderse que la Orden de 30 de diciembre de 2006 autorizaba tácitamente la redacción del proyecto modificado (informe del director de obras de 19 de diciembre de 2006) y, con relación al segundo, porque se ha reajustado el plazo de ejecución, que ahora terminaría, según se dice en ese mismo informe, a finales de febrero de 2007, aunque en el proyecto modificado se contempla un aumento de 4 meses para la ejecución de la obra, fijando un nuevo plazo total de 17 meses. Este último dato ha supuesto también variar el proyecto modificado respecto al sometido a supervisión, en el cual se preveía un aumento del plazo de ejecución de 3 meses. En conexión con el plazo debe indicarse que, dispuesta la suspensión temporal parcial de las obras por Orden de 8 de junio de 2006 de la Consejería consultante, no hay constancia en el expediente del acta de suspensión preceptiva, desconociéndose el estado actual de ejecución de las obras.

En este apartado de reparos aceptados por la Consejería consultante cabe incluir lo relativo a las mejoras propuestas por el contratista y puntuadas para la adjudicación del contrato, en cuanto que el Subdirector General de Carreteras, en el informe de 19 de diciembre de 2006, reconoce que no son causa suficiente para la redacción de un proyecto modificado. En relación a ello debe decirse que cuando se pretende de los licitadores en un concurso una contribución a la mejor definición del objeto del contrato, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha previsto el mecanismo de las variantes en las ofertas, según se establece en el artículo 87.

Las irregularidades expresadas y otras que se derivan de los antecedentes expuestos (especialmente las destacadas en el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante de 11 de diciembre de 2006 y en el informe de supervisión) componen un expediente que está lejos de poderse calificar como ejemplar.

Pero lo más significativo a los efectos del Dictamen que ahora se emite son los reparos relativos, uno, a la insuficiente acreditación de las causas de interés público que fundamentan la modificación, con el cual sostiene su discrepancia la Consejería en los informes evacuados en el seno del procedimiento dirigido a su resolución; y el otro, el referido a que *"todas las necesidades pudieron ser previstas o bien constituyen errores del proyecto inicial..."*, incluido el caso de los accesos al suelo urbanizable de uso residencial de "Las Lamparillas", cuyo acceso principal sur, según la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, se define como sistema general viario, y se realizará a través de la C-3223 en una redonda a proyectar en la intersección de la C-3223 y la A-5.

CUARTA.- Sobre la acreditación de las razones de interés público y de necesidades nuevas que motivan la modificación.

Dispone el artículo 101.1.del TRLCAP que *"una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente"*.

I. Dice la Intervención General que al analizar las razones que justifican el modificado *"... se echa en falta una más completa acreditación de las razones de interés público que lo motivan*

...", añadiendo que "... los motivos aducidos no parecen deberse a necesidades nuevas ni a causas imprevistas, sino más bien, en unos casos a errores en el proyecto inicial (...) y en otros a mejoras respecto al mismo, como la prolongación de la variante o los cambios efectuados en los enlaces números 1, 2 y 3". Concluye que "(...) todas las necesidades pudieron ser previstas o bien constituyen errores del proyecto inicial...", incluido el caso de los accesos al suelo urbanizable de uso residencial de "Las Lamparillas", cuyo acceso principal sur, según la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, se define como sistema general viario, y se realizará a través de la C-3223 en una redonda a proyectar en la intersección de la C-3223 y la A-5.

Frente a ello la Consejería consultante aduce lo siguiente:

Uno: que la causa fundamental del modificado es el cambio de trazado del tramo inicial, al ser considerada más adecuada para el interés público la modificación propuesta por el Ayuntamiento de Fortuna, modificación que no pudo ser prevista al ser todas las actuaciones relativas a la redacción del proyecto anteriores a la Orden de aprobación de las Normas Subsidiarias de dicho Municipio.

Dos: también se alega que los cambios de tipología de los enlaces han sido determinados en gran medida por las recomendaciones arqueológicas, ya que con estas soluciones se ocupan mucho menos zonas de ese interés.

Tres: finalmente, se dice que las modificaciones propuestas son debidas a necesidades nuevas por no estar contenidas en el proyecto originario, y que están motivadas por razones de interés público porque se sirve mejor al mismo con la autorización del modificado que con la alternativa al mismo, que incluiría la paralización de las obras, la rescisión del contrato con indemnización al contratista, y una nueva contratación.

Cuatro: se añade en el informe del Subdirector de Carreteras de 25 de enero de 2007, elaborado a raíz del Acuerdo 5/2007, de este Consejo Jurídico, que la modificación propuesta mejoraría notablemente las condiciones de circulación al evitar el tránsito por el polígono industrial de Fortuna de los 5.863 vehículos al día que, según se prevé, circularán por la variante, además de por otras razones que expone.

II. Tal como se plantea la controversia, existe acuerdo en que el objeto principal de la modificación es el cambio de trazado del tramo inicial. Según la Memoria del proyecto, anteriormente la carretera comenzaba en el punto kilométrico 13+300 de la actual carretera autonómica C-3223, y con la nueva solución comienza en el punto kilométrico 12+550, comenzando en una nueva glorieta donde confluyen la citada C-3223, con la A-5 Cta. de Molina y la entrada a la urbanización "Las Lamparillas". Dice la Consejería consultante sobre esta nueva solución que es *"más adecuada para el interés público la modificación propuesta por el Ayuntamiento de Fortuna, modificación que no pudo ser prevista al ser todas las actuaciones relativas a la redacción del proyecto anteriores a la Orden de aprobación de las Normas Subsidiarias de dicho Municipio"*. Siendo ésta la justificación dada a la que se presenta como causa principal de la modificación contractual, resulta necesario detenerse en los elementos que se ofrecen para tal afirmación.

Se dice inicialmente que la solución se propuso por el Ayuntamiento de Fortuna, y que se considera de interés público. Respecto a lo primero, cabe decir que consta entre los anejos del proyecto un escrito de 21 de septiembre de 2005 dirigido por el Alcalde de dicho municipio al Director General de Carreteras, en el que se expone lo siguiente:

"Como es sabido, la conexión de la variante de la carretera C-3223, cuyas obras se encuentran ya iniciadas, está previsto que se realice a la actual glorieta que también da servicio al Polígono Industrial de Fortuna. Con posterioridad a la aprobación de ese trazado, se ha tramitado ante esa Dirección General el llamado proyecto de "Intersección mediante glorieta entre las

carreteras C-3223, A-5 y vial de acceso a la Urbanización Las Lamparillas y mejora del trazado en alzado pk. 12+530 al pk. 13+275" cuya ejecución esperamos que sea autorizada a la mayor brevedad.

Dado que las dimensiones de esta última glorieta serían mayores que las de la existente, creemos que sería beneficioso para mejorar la fluidez del tráfico, que la conexión de la variante se modificara para llevarla a cabo a través de la nueva glorieta proyectada.

En consecuencia, le ruego estudie la posibilidad que aquí apuntamos para que, en su caso, se modifique la conexión prevista de la variante de la carretera C-3223".

En tal escrito se aprecia que la propuesta o sugerencia del Alcalde es para que se *estudie la posibilidad* de la modificación, cuestión en la que cabe incidir ya que no constaba en el expediente remitido a la Intervención General justificación alguna elaborada por la Consejería de que tal solución ofreciera ventajas para el tráfico respecto a la recogida en el proyecto inicial que se pretende modificar, ventaja que sólo ha sido expresada, como ha quedado dicho, a raíz del informe de 25 de enero de la Dirección General de Carreteras. Esta ausencia de justificación no es compatible con una correcta instrucción del procedimiento de modificación contractual, en el cual no es suficiente con afirmar de manera abstracta y genérica que concurren causas de interés público, sino que es necesario concretar esas causas. Como se desprende de lo dispuesto en los artículos 59 y 111 TRLCAP, desde un punto de vista material o sustantivo la modificación de los contratos ha de responder a la existencia de un interés público debidamente justificado y motivado, ya que la prerrogativa o derecho de modificación no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio y, en todo caso, ese "*ius variandi*" requiere una singular motivación de hechos que, en caso de no existir, impide la alteración del contrato (STS, Sala tercera, de 11 de abril de 1984). El interés público es el elemento esencial de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, ya que permite justificar la libertad de pactos del artículo 4, según el cual la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al *interés público*, y calificar los contratos como administrativos, al decir el artículo 5.2, b) que son tales los que satisfacen una *finalidad pública*. Este armazón tiene corolario lógico en el artículo 59.1 al establecer que la Administración ostenta la prerrogativa de modificar el contrato por razones de *interés público*, potestad que se concreta más adelante al expresar el artículo 111.1 que "una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razones de *interés público* en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades *nuevas* o causas *imprevistas*, justificándolo debidamente en el expediente". En estos casos en que la ley reclama una causa concreta de interés público la Administración tiene la carga de probar y motivar en cada supuesto la concurrencia de esa específica causa legitimadora, sin que sea suficiente una invocación genérica.

Existía, pues, razón bastante para la formulación del reparo que, en este aspecto, puede ahora considerarse subsanado y, por ello, no existiría, obstáculo para que el Consejo de Gobierno autorice que se levante.

III. Se aduce por la Consejería como causa de modificación del trazado la manifestada por el Alcalde de Fortuna, en su escrito de 21 de septiembre de 2005, que alude a una mejora en la fluidez del tráfico, a consecuencia de las dimensiones de la glorieta que se preveía autorizar a los promotores de la urbanización "Las Lamparillas", y, por otra, en el ya citado informe de 25 de enero de 2007 se alude a la conveniencia de evitar el tránsito de vehículos por el polígono industrial de Fortuna.

Partiendo del hecho constatado de que el proyecto que se pretende modificar se aprobó técnicamente el 28 de septiembre de 2004 y que la propuesta del Director General de

Carreteras para la iniciación del expediente de contratación data del día siguiente, y que se adjudicó su contrato el 28 de julio de 2005, la secuencia cronológica de los desarrollos urbanísticos mencionados es la siguiente:

- La aprobación definitiva del plan parcial y programa de actuación del "Polígono Industrial de Fortuna I" se publicó en el BORM de 2 de mayo de 2002, incluso el proyecto de reparcelación se aprobó inicialmente el 22 de octubre de 2002 (BORM de 30 de octubre).
- La aprobación inicial de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias de Fortuna "Las Lamparillas" fue el 29 de julio de 2003 (BORM de 7 de agosto de 2003), y la aprobación definitiva el 19 de diciembre de 2003, a salvo de las áreas incorporadas como suelo urbanizable sin sectorizar, así como los terrenos calificados como sistema general viario afectados por el nuevo ramal de acceso al sector desde el cruce de la A-5, que quedaba en suspenso hasta que se sometieran a exposición pública, cuya aprobación definitiva se produce por Orden del Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes el 9 de septiembre de 2004 (BORM de 13 de noviembre).

Por tanto, es evidente que para el expediente de contratación tales desarrollos urbanísticos no podían constituir causas nuevas.

QUINTA.- Sobre algunas incertidumbres del expediente remitido.

I. El aspecto central de la modificación contractual es, como ha quedado dicho, el cambio de trazado del tramo inicial (informe de carreteras de 19 de diciembre de 2006) que, en vez de enlazar con la C 3223 en la entrada del polígono industrial, lo haría en una rotonda de 50 metros de diámetro exterior, introducida por el proyecto (Informe de Supervisión).

Efectivamente, el proyecto dibuja en los planos la intersección de la variante con la A-5 en una glorieta que aparece en la planta general de trazado (plano 3.1), que se cita en la Memoria como elemento del trazado con la denominación de glorieta inicial (apartado 4.1), y cuya sección tipo se incluye en el plano 6.2.

A la vista de que, tal como apunta el informe de fiscalización, la descripción de esa glorieta podía coincidir con los accesos al suelo urbanizable de uso residencial de "Las Lamparillas", cuyo acceso principal sur, según la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, se define como sistema general viario, y se realizaría, según se dice, a través de la C-3223 en una redonda a proyectar en la intersección de la C-3223 y la A-5; y a la vista también de que la obra denominada "intersección en glorieta entre las carreteras C-3223, A-5 y vial de acceso a urbanización Las Lamparillas y mejora del trazado en alzado", sometida a información pública mediante anuncio en el BORM nº 294, de 23 de diciembre de 2005, Pág. 28785 (promovida por el Ayuntamiento de Fortuna y la mercantil G., S.L) podía ser coincidente con tales accesos, el Consejo Jurídico solicitó en el Acuerdo 5/2007 que, mediante plano, fueren ubicadas ambas con precisión. Cumplimentada la solicitud, el plano remitido revela, como ha quedado reflejado en Antecedentes, que la intersección sur de la variante con la C-3223 y la A-5 se hace en una glorieta, sin que exista otra diferente que dé entrada a la urbanización Las Lamparillas, y que la glorieta que se traza en el Proyecto es, por tanto, la autorizada a los promotores del tan citado Plan Parcial Las Lamparillas.

Debe recordarse que el Decreto Legislativo 1/2005, de 10 junio, por el que aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo, en su artículo 80 e), indica que es obligación de los propietarios de terrenos urbanos sectorizados *"costear, conforme a lo establecido en esta Ley y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales y las obras de ampliación o refuerzo requeridas por la dimensión y características del sector, de conformidad con los requisitos y condiciones que establezca el planeamiento general, o, en su caso, la cédula de urbanización o el Programa de Actuación"*, y que según la Orden de la Consejería de

Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, se define como sistema general viario el acceso sur del Plan Parcial Las Lamparillas a realizar en la intersección de la C-3223 y la A-5. Existe coincidencia, por tanto, entre la redonda promovida por el Ayuntamiento de Fortuna y G. S.L., y el acceso sur del Plan Parcial aprobado por la Consejería de Obras Públicas y cuya realización corresponde a los promotores del mismo, según dispone el citado artículo 80 del texto refundido de la Ley del Suelo, y según especifica también la ya citada Orden de 9 de septiembre de 2004.

Tal situación de hechos supone que una obra promovida y realizada por el Ayuntamiento de Fortuna y la mercantil G., S.L, está incluida en el proyecto modificado, situación en la que, como es obvio, el Consejo de Gobierno carece de fundamento en que apoyarse para autorizar el levantamiento del reparo formulado por la Intervención General hasta que no quede definida la situación jurídica de la referida glorieta y, por otra parte, hasta que no se descontase su importe del presupuesto del contrato modificado.

II. Paralelamente a lo dicho queda por exponer la falta de claridad del expediente en cuanto al estado de las obras. Según consta, y ha quedado reflejado en Antecedentes, con fecha 8 de junio de 2006 se dicta Orden de la Consejería por la que se dispone la suspensión temporal parcial de las obras uniéndose un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución del contrato; parcial porque, según la propuesta formulada por el Ingeniero Director de la obra el 30 de mayo de 2006, *"afectaría únicamente a las obras que contempla el presente Proyecto Modificado, en concreto al tramo final del entronque con la C 3223, en la zona del polígono industrial de Fortuna"*. Entre la documentación remitida no figura el acta de suspensión cuyo levantamiento fue ordenado, lo que impide conocer si se ha cumplido la secuencia temporal exigible de que no se realicen las obras con anterioridad a su autorización, porque no consta, tampoco, que se haya seguido el procedimiento especial o "anticipado" previsto en el artículo 146.4 TRLCAP, según el cual: *"Cuando la tramitación de un modificado exija la suspensión temporal parcial o total de las obras y ello ocasione graves perjuicios al interés público, el Ministro (...) podrá acordar que continúen provisionalmente las mismas tal y como está previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe previsto no supere el 20 por 1000 del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación"*. La base imprescindible para la continuación de las obras hubiera sido una propuesta técnica que elabora la dirección facultativa, y que no existe, ya que lo ordenado fue la suspensión.

En esa situación, no escapa a los ojos del observador que la naturaleza material de algunas de las modificaciones (tipología de los enlaces, ajuste de longitud de los viaductos y reposición de redes) hace que no estén en ningún caso incluidas en la Orden de suspensión temporal, que sólo afectaba al trazado del tramo inicial, dando así la razón al reparo formulado por el Interventor General.

SEXTA.- Recapitulación.

La tramitación del procedimiento de contratación de una obra pública de envergadura, como es la de carreteras, implica la necesidad de extremar el celo en la elaboración de los proyectos y preparación de los contratos, cuestión en la que siempre ha insistido la doctrina (DCE 5484/1997, de 13 de noviembre de dicho año), recalcando también la necesidad de justificar las causas alegadas para la modificación (mismo DCE). No obstante, es posible que la necesidad de algunas modificaciones pueda tener, en ocasiones, la fuerza suficiente como para aceptarlas, pese a manifestarse ostensiblemente como el resultado de la imprevisión o de las deficiencias del proyecto inicialmente aprobado (Consejo de Estado, Dictámenes 454/1996, de 8 de febrero; 3371/1996, de 28 de noviembre; y 4860/1998, de 8 de abril de 1999), como es el caso, en el modificado que se dictamina, de las reposiciones de servicios y de los ajustes de

vanos de las estructuras; *mutatis mutandi*, también es posible aceptar, en el marco normativo vigente, la procedencia de ciertas modificaciones aunque se demuestre que no constituyen causas nuevas conforme al artículo 101 del TRLCAP, siempre que el interés público -alegado, concretado y probado- se vea mejor servido; incluso, como ha quedado expuesto, no es descartable que las mejoras del contratista puedan introducirse en el proyecto para hacer concordar éste con el contrato, si bien la solución idónea sería que en la licitación se acudiese a la introducción de variantes.

Sin embargo, no es posible continuar con la tramitación de un procedimiento de modificación contractual, hasta su autorización y adjudicación al contratista de la obra principal, sin definir claramente la situación jurídica de la infraestructura y, en este caso particular, sin determinar si la nueva glorieta donde confluyen la variante y la C-3223, con la A-5 y la entrada a la urbanización "Las Lamparillas", queda incluida dentro de la red regional de carreteras y a través de qué procedimiento; y, en segundo lugar, sin que quede constancia expresa de que tal glorieta, considerada por la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, como sistema general viario del plan parcial, queda excluida del presupuesto del contrato modificado.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, hay fundamento jurídico suficiente para entender que pueden levantarse los reparos formulados por el Interventor General, excepto el que se refiere a la variación del trazado e intersección de la variante en glorieta con la A-5 y la entrada de la urbanización "Las Lamparillas", hasta que se determine si esta glorieta queda incluida dentro de la red regional de carreteras y a través de qué procedimiento; y, en segundo lugar, de que quede constancia expresa de que tal glorieta, considerada por la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes de 9 de septiembre de 2004, BORM de 13 de noviembre, como sistema general viario del plan parcial, queda excluida del presupuesto del contrato modificado.

No obstante, V.E. resolverá.