

## INTERVENCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

- IGAE -

8 de junio de 2016

INFORME de la IGAE, de 8 de junio de 2016, por el que se resuelve discrepancia sobre si un expediente de gasto puede tramitarse como un contrato de obras complementarias o bien, se trata de una modificación del contrato inicial o, incluso, debe tramitarse como un expediente de obras independiente.

Se ha recibido en esta Intervención General escrito del Subsecretario del Ministerio de Fomento en el que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, se plantea discrepancia con el reparo formulado por la Intervención Delegada en el Departamento Ministerial con motivo de la fiscalización previa del contrato de obras complementarias relativo a la «mejora de las conexiones del Nuevo Enlace de Castellbisbal con la Autovía A-2 y la Autopista AP-7 y otras obras complementarias», por importe de 15.691.140,90 euros.

Del examen de la documentación remitida, se ponen de manifiesto los siguientes

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de julio de 2007 se adjudicó el contrato de obras, tramitado por procedimiento abierto y adjudicado mediante concurso, de “Enlace entre autovía del Baix Llobregat y la autopista AP-7 en Castellbisbal”, a la empresa “....., S.A.”, por un importe de 46.373.274,00 euros, con un plazo de ejecución de 27 meses.

**SEGUNDO.-** Tras la aprobación de diversos reajustes de anualidades y del incremento del plazo de ejecución de las obras, así como del gasto adicional derivado del incremento del tipo impositivo del IVA del 16% al 18%, con fecha 6 de octubre de 2011 se aprobó la modificación nº 1 del contrato de obras de referencia, por un importe de 9.403.013,77 euros, aumentándose el plazo de ejecución de las obras en 8 meses, lo que supuso un incremento del 19,93 % del presupuesto.

Dicho modificado obedeció, en síntesis, según se expone en el informe de la Inspección General de Fomento, de 22 de mayo de 2009, a determinados excesos y reducciones de mediciones que se habían producido durante la ejecución de la obra, así como a la necesidad de subsanar determinadas omisiones y errores del proyecto inicial.

**TERCERO.-** Con posterioridad, tras aprobarse nuevamente diversos reajustes de anualidades e incrementos del plazo de ejecución de las obras, así como un nuevo gasto adicional por incremento del tipo impositivo del IVA del 18% al 21%, el 21 de octubre de 2013 se aprobó la modificación nº 2 del citado contrato de obras, que no supuso la aprobación de un gasto adicional.

El Director de las obras, en informe de 17 de mayo de 2013, describió las variaciones técnicas incluidas en el proyecto modificado nº 2, que obedecían, en síntesis, a reducciones y excesos de mediciones, ajustes a la normativa actual así como nuevas necesidades surgidas durante la redacción de dicho proyecto, consistentes en la instalación de alumbrado, cambio de tipología de los muros 2, 3 y 4, así como la variación y mejora de las protecciones de un oleoducto.

Con fecha 28 de diciembre de 2015 se aprobó por el Director General de Carreteras un nuevo reajuste de anualidades, en el que figura como fecha prevista para la terminación de las obras el 30 de noviembre de 2016.

**CUARTO.-** En la orden de estudio del proyecto de obras complementarias, autorizada por el Director General de Carreteras con fecha 14 de febrero de 2014, se expone que la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña solicitó el 21 de agosto de 2013 la referida orden de estudio para redactar el proyecto de obras complementarias «mejora de las conexiones del Nuevo Enlace de Castellbisbal con la Autovía A-2 y la Autopista AP-7 y otras obras complementarias». Dicha solicitud vino motivada por la necesidad de:

- “Actualizar los datos del tráfico existente. El tráfico que se preveía en el Proyecto Original para el año de estudio 2003 y año de puesta en servicio 2008 ha quedado ampliamente superado por los valores de tráfico actualizado extraídos de los aforos del Ministerio de Fomento”.

- “Evitar la circulación por los arcenes en hora punta tal como había previsto el Proyecto Original. En los estudios de tráfico del Proyecto Primitivo se indicaba:

«En el proyecto de construcción se han dimensionado las secciones máximas posibles, dada la zona urbana en que se desarrolla el proyecto.

En los puntos conflictivos, no cabe ampliación posible, pero puede regularse la circulación en las horas punta, permitiendo la circulación por los arcenes dimensionados a tal efecto».”

- Y tener en cuenta que “no está en servicio la B-40 (Abrera-Terrassa-Granollers) que podría absorber parte del tráfico de larga distancia que va a circular por el Enlace de Castellbisbal”.

Según se indica en la citada orden de estudio, “las obras del Proyecto Complementario nº 1 tienen como aspecto más importante a destacar la ampliación de las conexiones del Enlace de Castellbisbal con la Autovía A-2 y con la Autopista AP-7 (Proyecto denominado en los sucesivos Enlace de Castellbisbal). La ampliación obedece a la necesidad de considerar estas conexiones como «Confluencia y Bifurcación entre Autopistas» y no como las considera el proyecto primitivo «Convergencia y Divergencia con carriles de

entrada o salida» lo cual empeora el Nivel de Servicio de la vía con la que conecta, colapsándola y aumentando la probabilidad de accidentes por congestión”.

Además, se expone que se han incluido otros capítulos en el Proyecto Complementario nº 1, “los cuales de forma imprevista no han sido contemplados en el Proyecto Vigente y que son necesarios para realizar la obra tal como está prevista sin modificarla”.

**QUINTO.-** Remitida la propuesta de obras complementarias a la Subdirección General de Inspección de Servicios y Obras de la Inspección General de Fomento, ésta, en informe de fecha 25 de noviembre de 2013, informa favorablemente las actuaciones incluidas en la citada propuesta, “con la salvedad de que la cuantía de los nuevos precios propuestos sea evaluada por la Oficina de Supervisión de Proyectos competente”.

No obstante, en el apartado quinto de dicho informe, relativo a las consideraciones sobre las obras complementarias propuestas, tras señalar que “los datos de tráfico obtenidos en 2008 en los tramos de la A-2 y la AP-7 a enlazar mediante estas obras, muestran IMD’S que superan ampliamente las previstas para esa fecha, contemplada en el año de estudio del proyecto original para la puesta en servicio”, se indicó lo siguiente:

“ (...)

Aunque se considera que las actuaciones propuestas son necesarias, se aprecia que los motivos que se aducen para su justificación ya debían ser suficientemente conocidos en noviembre de 2011, fecha en la que se presentó la propuesta de autorización del proyecto modificado nº 2 (aprobado el 21/10/13 y actualmente vigente). Por tanto, y dado que estas actuaciones son difícilmente segregables de la obra principal, habría sido oportuna su inclusión en dicho modificado nº 2.

No obstante, teniendo presente que el adicional acumulado en las dos modificaciones del proyecto aprobadas asciende al 19,93% del presupuesto de adjudicación, se entiende que el Órgano de Contratación ha optado por evitar la compleja tramitación de un proyecto modificado que supusiera un incremento del presupuesto superior al 20% y que, por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 del TRLCAP, hubiera requerido el informe preceptivo del Consejo de Estado. Dicha tramitación, al no ser compatible con la autorización para la continuidad provisional de las obras prevista en el artículo 146.4 del TRLCAP para modificaciones con adicional inferior al 20%, habría producido un nuevo retraso en la ejecución de unas obras prioritarias para la red de carreteras de gran capacidad en Cataluña.

En función de estas apreciaciones, se considera aceptable la tramitación de un proyecto de obras complementarias con el contenido del propuesto, siempre que se salvaguarde el interés de la Administración, aplicando a todos los precios unitarios que no sean nuevos la misma baja que se aplica a los del proyecto vigente (21,73%).

Además, se aprecia que en la elaboración del presupuesto estimado para las obras complementarias propuestas, no se ha tenido en cuenta lo dispuesto en la Orden FOM/1842/2013, de 30 de septiembre, pues se ha considerado un 17% de gastos generales, en lugar del 13% que se fija en dicha Orden. Aplicando este porcentaje, resultaría un presupuesto total sin IVA de 12.994.575,59 €, en lugar de los 13.300.019,59 € estimados.

Con fecha 24/10/13, la Oficina de Supervisión de Proyectos de la D.G.C., en cumplimiento de la Orden FOM/2226/2010 informa favorablemente la presente propuesta de Obras Complementarias nº1”.

**SEXTO.-** Con fecha 14 de febrero de 2014 el Director General de Carreteras autorizó la orden de estudio citada anteriormente, indicando que debía redactarse el correspondiente proyecto “teniendo en cuenta los criterios expuestos en el artículo 171 apartado b) 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”, relativo al procedimiento negociado sin publicidad.

El citado proyecto de obras complementarias fue informado favorablemente por la Oficina de Supervisión de Proyectos, el 10 de junio de 2014, indicando que “en aplicación del artículo 136.3 del Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas, se considera que reúne cuantos requisitos son exigidos por la Ley y por dicho Reglamento”.

No obstante, con posterioridad se aprobaron dos modificaciones del programa de trabajos y la corrección de un error en la fórmula de revisión de precios del proyecto primitivo empleada para calcular el presupuesto líquido actualizado de las obras complementarias, por lo que la Oficina de Supervisión de Proyectos, en informes de fecha 3 de noviembre de 2014 y 29 de octubre de 2015, consideró que dichas modificaciones del programa de trabajo eran “factibles”.

**SÉPTIMO.-** Remitida para su preceptiva fiscalización previa la propuesta de gasto de 15.691.140,90 euros correspondiente al contrato de obras complementarias de referencia a licitar por tramitación anticipada y procedimiento negociado sin publicidad, la Intervención Delegada en el Ministerio de Fomento, mediante informe de 28 de diciembre de 2015, indica que:

- “De acuerdo con el contenido de las obras a ejecutar y lo establecido en el informe de la Inspección General, se considera que las actuaciones propuestas son objeto de un proyecto modificado, sin que pueda dar lugar a la aprobación de obras complementarias.
- Asimismo, y conforme con lo establecido en el artículo 13.1 del Real Decreto 2188/95 de 28 de diciembre (...), se solicita el expediente original y completo, en especial el Proyecto de Obra.
- El informe de supervisión de 29 de octubre de 2015, sólo se refiere a la modificación del programa de trabajo, sin que conste informe del presupuesto de la obra actualizado a aprobar. Asimismo, el acta de

replanteo incluida en el expediente, está efectuada con anterioridad a la fecha de emisión del citado informe de supervisión”.

**OCTAVO.-** En contestación a dicho informe, el Director General de Carreteras emite escrito fechado el 30 de diciembre de 2015, en el que se expone lo siguiente:

«La propuesta de Obras complementarias incluye únicamente actuaciones adicionales al proyecto vigente que no figuran como tales en dicho proyecto, que han surgido de manera imprevista durante la ejecución de los trabajos y que resultan necesarias para ejecutar la obra proyectada sin modificarla. La ejecución de las distintas unidades debe confiarse al contratista de la obra principal porque estas obras no pueden separarse ni técnica ni económicamente del contrato primitivo sin resultar un serio perjuicio para esta Administración o bien son necesarias para el perfeccionamiento de este contrato primitivo. Concurriendo además la circunstancia de que el importe acumulado de estas actuaciones no supera el 50% del precio primitivo del contrato, efectivamente nos encontramos plenamente en las condiciones requeridas por el mencionado artículo 171.b del Texto Refundido de la LCSP y se justifica por tanto la inclusión de las mismas en un proyecto complementario cuya contratación puede ser realizada con el contratista principal mediante procedimiento negociado.

El Inspector General, en un informe de fecha 25 de noviembre de 2013, concluye que informa favorablemente las actuaciones incluidas en el PC nº1. No obstante, en el cuerpo de dicho informe se dice que aunque las “actuaciones propuestas son necesarias, los motivos que se aducen para su justificación ya debían ser suficientemente conocidos en noviembre de 2011, fecha en la que se presentó la propuesta de autorización del proyecto modificado nº2 (...). Por tanto”, continúa la Inspección General, “y dado que estas actuaciones son difícilmente segregables de la obra principal, habría sido oportuna su inclusión en dicho modificado nº 2”.»

En relación con dicho informe y, en concreto, sobre el posible conocimiento de los motivos que justifican el proyecto complementario, el Director General de Carreteras indica en el citado escrito que “en la fecha en que se presentó la solicitud de autorización para la redacción del PM nº 2, noviembre de 2011, no se conocía el problema planteado. En efecto, se realizó el estudio de tráfico, base de la propuesta del PC nº 1, el 6 de agosto de 2013. La solicitud de autorización de redacción del PC nº 1 se presentó el 14 de agosto de 2013 a la Dirección General de Carreteras. Difícilmente podía haberse incluido en el PM nº 2 una solución que surge de un estudio de tráfico elaborado posteriormente”.

Por otro lado, se indica que “con referencia a las actuaciones recogidas en el PC nº 1 dice el Inspector General en su informe que dado que estas actuaciones son difícilmente segregables de la obra principal, habría sido oportuna su inclusión en el PM nº 2. Lo que se considera sustancial es conocer si estas actuaciones, de acuerdo con el Texto Refundido de la LCSP, corresponden a actuaciones complementarias o no, ya que según su artículo 171.b las obras complementarias deben de ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto primitivo, por lo que no parece necesario según dicho artículo

que sean segregables de la obra principal, es más en dicho artículo se contempla que aunque resulten separables sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, por lo que se vuelve a deducir que no es condición para ser obra complementaria que sea segregable de la obra principal”.

Además, se incorpora al expediente un nuevo informe adicional de la Oficina de Supervisión de Proyectos, de 29 de diciembre de 2015, en el que “se considera que el programa de trabajos es factible y que el nuevo presupuesto actualizado de 15.691.140,90 € se ha calculado correctamente”, así como nueva acta de replanteo previo, de fecha 29 de diciembre de 2015.

**NOVENO.-** Remitido nuevamente el expediente al órgano de control, en informe de fecha 15 de marzo de 2016, la Intervención Delegada del Departamento Ministerial indica lo siguiente:

- “Se acompaña informe de la Dirección General de Carreteras de 30 de diciembre de 2015, señalando los motivos que llevan a considerar que la propuesta se ajusta al artículo 171.b) del TRLCSP, con arreglo al cual se tramita. No obstante, examinado el contenido de las actuaciones a realizar, así como el informe de la Inspección General sobre las mismas, de 25 de noviembre de 2013, se estima que se está ante una modificación del contrato principal, debiendo tramitarse como tal, de acuerdo con la normativa aplicable.
- No se puede acceder al contenido del proyecto de las obras en el formato que se remite”.

**DÉCIMO.-** En contestación al informe anterior, el Director General de Carreteras emite nuevo escrito, de fecha 16 de marzo de 2016, en el que se reitera en las consideraciones expuestas en su informe de 30 de diciembre de 2015, entendiéndose “que las obras referenciadas han de tramitarse como obras complementarias”. Asimismo, se indica lo siguiente:

- «Se insiste en que el informe de la Inspección General es claro y contundente en su conclusión (...), a la hora de considerar las actuaciones como obras complementarias; pero que aun no habiéndolo sido, se recuerda que es esta Dirección General la competente para la decisión; ya que el informe de la Inspección es preceptivo, pero no vinculante; circunstancia que parece obviarse en más de una ocasión.
- Que, de acuerdo con el artículo 152.1 de la Ley General Presupuestaria y los apartados primero y noveno 1.3, del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 30 de mayo de 2008, entre los extremos generales de comprobación, apartado primero 1.g) se remite como extremos adicionales al apartado noveno, donde cuando se trata de obras complementarias, se concreta:
  - o Párrafo A.g). “Cuando se proponga como procedimiento de adjudicación el negociado, comprobar que concurren los supuestos previstos en la normativa para utilizar dicho procedimiento”.

Se comprobará, por tanto, que el órgano competente ha motivado el procedimiento, atendiendo a los supuestos previstos en la normativa. Pero comprobar que existe tal motivación no implica discutirla ni arrogarse la facultad de rechazarla, “estimando que se está ante una modificación”.

Hay que insistir que la Dirección General de Carreteras cuenta con servicios territoriales y centrales, con técnicos sobradamente capacitados para motivar y concluir en sus informes; requiriendo, cuando lo consideran oportuno, informes auxiliares, en aras de garantizar sus citadas conclusiones.

o Párrafo B.2) 1.3 Obras accesorias o complementarias.

“Deberán comprobarse los mismos extremos previstos para el expediente inicial. Cuando se proponga la adjudicación al mismo contratista de la obra principal, la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 155.b) de la Ley de Contratos del Sector Público se limitará a la circunstancia de que no se supera el límite del 50 por 100 del precio primitivo del contrato”.

(La referencia al artículo 155.b) de la LCSP ha de entenderse, en este caso, referida al artículo 171.b) del Texto Refundido).

Es decir, la verificación se limitará a la circunstancia del cumplimiento de no superar el límite del 50%.

No puede conducir, por tanto, a poner en duda el cumplimiento del resto de preceptos contenidos en dicho artículo, que son, como se ha dicho, competencia de esta Dirección General.»

**UNDÉCIMO.-** Remitido nuevamente el expediente a la Intervención Delegada, ésta, en informe fechado el 21 de marzo de 2016, realiza las siguientes consideraciones en relación con el contenido del escrito de la Dirección General de Carreteras, de 16 de marzo de 2016, mencionado anteriormente:

- «No se puede estar de acuerdo con que el informe de la Inspección sea claro y contundente en considerar las actuaciones como obras complementarias, pues dicho informe en su apartado 5. “Consideraciones sobre las obras complementarias propuestas” expone las apreciaciones que llevan a considerar aceptable la tramitación de un proyecto de obras complementarias con el contenido propuesto.

Esas apreciaciones consisten en que considera que las actuaciones propuestas son necesarias, habiendo sido oportuna su inclusión en el modificado nº 2, dado que son difícilmente segregables de la obra principal. No obstante, teniendo presente que el adicional acumulado de las dos modificaciones del proyecto aprobadas asciende al 19,93% del presupuesto de adjudicación, entiende la Inspección que el órgano de contratación haya optado por evitar la compleja tramitación de un proyecto modificado que al ser superior al 20%, hubiera requerido el informe preceptivo del Consejo de Estado. Además, continúa el informe, dicha tramitación, al no ser compatible con la autorización para la continuidad provisional de las obras prevista en el artículo 146.4 del TRLCAP, para modificaciones con adicional inferior al 20%, habría producido un nuevo retraso en la ejecución de unas obras prioritarias para la red de carreteras de gran capacidad en Cataluña.

- En cuanto al carácter preceptivo y no vinculante del Informe de la Inspección General, así es.

No obstante, dicho informe es de especial importancia para determinar la naturaleza jurídica del expediente, modificación contractual u obras complementarias del artículo 171.b) del TRLCSP, al margen de la forma o

denominación que se le dé, en este caso, obras complementarias. La fiscalización previa requiere como primer paso determinar el tipo de actuación contractual ante el que se está. Del examen del expediente completo, siendo fundamental el informe de la Inspección General, se deduce que la naturaleza jurídica es la propia de una modificación contractual, que no se tramita como tal por las dificultades que conlleva el procedimiento exigido y que enumera el informe de la Inspección en su apartado 5.

- Finalmente, el informe respuesta, en su punto 3, considera que el reparo de 15 de marzo de 2016, se habría formulado arrojándose una facultad que excede los límites a los que la Dirección General entiende debe circunscribirse el ejercicio de la función interventora, con lo que evidentemente no se está de acuerdo.

En consecuencia se fiscaliza desfavorablemente la propuesta por deducirse que la naturaleza jurídica de la actuación es la de una modificación contractual, resultando aplicables los artículos 101, 146 y 149.e) del TRLCAP 2/2000, de 16 de junio, al que está sujeto el contrato principal, así como los artículos 59.3.b) y 12.2.c) del mismo TRLCAP.»

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha de entrada de 25 de mayo de 2016, la Subsecretaría del Ministerio de Fomento presenta escrito de discrepancia ante esta Intervención General, con el fin de que “se resuelva la discrepancia surgida con la Intervención Delegada, en cuanto a la calificación del expediente como proyecto de obras complementarias o proyecto modificado”.

A la vista de los antecedentes expuestos, la resolución de la presente discrepancia se concreta en el análisis de la siguiente

### **CUESTIÓN**

Determinación de si el expediente objeto de discrepancia puede tramitarse como un contrato de obras complementarias y, en tal caso, acogerse a las previsiones de la letra b) del artículo 171 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre o, por el contrario, se está ante una modificación del proyecto inicial.

A tales efectos, esta Intervención General estima necesario realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

I

Con carácter previo, se estima conveniente concretar, a la vista de lo señalado por el Director General de Carreteras en el escrito mencionado anteriormente, de 16 de marzo de 2016, en relación con el ejercicio de



la función interventora en régimen de requisitos básicos, que tal como señala la Intervención Delegada en su informe de 21 de marzo de 2016 y ha señalado esta Intervención General en diversas ocasiones, en el ejercicio de la función interventora es preciso determinar la verdadera naturaleza del gasto objeto de control previo habida cuenta que el régimen de este último y, en consecuencia, los extremos objeto de preceptiva comprobación cuyo incumplimiento motivarán la formulación de un reparo suspensivo están en función del tipo de gasto de que se trate.

Por ello es preciso delimitar la naturaleza del gasto contractual que se proyecta tramitar en este expediente, sin atender únicamente a su denominación formal, debiendo establecer si el presente expediente de gasto responde y puede tramitarse como un contrato de obras complementarias o bien, se trata de una modificación del contrato inicial o, incluso, debe tramitarse como un expediente de obras independiente.

A estos efectos, resulta necesario examinar el régimen jurídico aplicable al contrato de obras complementarias objeto de discrepancia, al que le resulta de aplicación el TRLCSP, debiendo destacar las previsiones contenidas en el artículo 171 b) del citado texto legal.

El artículo 171 del TRLCSP, que regula los supuestos específicos en los que cabe la adjudicación por procedimiento negociado en los contratos de obras, dispone en su letra b):

“b) Cuando se trate de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia que no pudiera haberse previsto por un poder adjudicador diligente pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes al órgano de contratación o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del importe primitivo del contrato”.

En la citada letra b) se establecen, por tanto, una serie de requisitos que deben cumplirse para poder tramitar un contrato de obras complementarias, contrato que el TRLCSP configura como un supuesto al que le resulta de aplicación el procedimiento negociado sin publicidad a efectos de su adjudicación al contratista de la obra principal.

En cuanto al contrato de obras complementarias objeto de discrepancia, la cláusula cuarta del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares indica que el valor estimado del presente contrato es de 12.967.885,04 euros, por lo que al superar el umbral establecido en el artículo 4 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, DN) y estar incluido en su Anexo II, se trata de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada.

En relación con los contratos sujetos a regulación armonizada, debe traerse a colación lo señalado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en la Recomendación de 15 de marzo de 2016, sobre la aplicación de las nuevas Directivas de contratación pública, que ha analizado el efecto directo de determinados aspectos de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo. Así, ante la ausencia de una completa transposición de las citadas Directivas en el ordenamiento interno español, una vez expirado el plazo de transposición de las mismas, esto es, el 18 de abril de 2016, se ha producido el denominado “efecto directo” de diversos aspectos de las Directivas, siempre que se cumplan una serie de requisitos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La citada Recomendación indica en su apartado cuarto, relativo a los “efectos de esta Recomendación”, que la misma “resultará aplicable a partir del 18 de abril de 2016, debiendo tenerse en cuenta las reglas establecidas en la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (...)”.

Por su parte, la disposición transitoria primera del TRLCSP dispone:

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

En la documentación remitida a este Centro figura la propuesta de aprobación del expediente de obras complementarias y del gasto correspondiente, por importe de 15.691.140,90 euros, IVA incluido, que se somete a la aprobación del órgano de contratación, incluida la aprobación del “Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que ha de regir el presente contrato”.

Por tanto, los pliegos que han de regir la licitación de este procedimiento negociado no se encuentran aprobados, lo que implica, según la citada Disposición transitoria primera del TRLCSP, que el expediente no se encuentra “iniciado” a esos efectos, siendo, por tanto, aplicables las consideraciones contenidas en la Recomendación de la JCCA de 15 de marzo de 2016 citada anteriormente, que, en relación con el procedimiento negociado, indica lo siguiente:

“A partir del próximo 18 de abril el procedimiento negociado solo podrá utilizarse para adjudicar contratos sujetos a regulación armonizada en aquéllos supuestos que estén recogidos en los artículos 170 a 174 del TRLCSP y que además figuren:

- En los artículos 26.4 o 32 DN, cuando se trate de contratos de obras, suministros y servicios.
- (...).

Así, cuando un supuesto concreto esté recogido en el TRLCSP y no lo esté en la DN, los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada no podrán ser adjudicados mediante un procedimiento negociado amparándose el órgano de contratación en ese supuesto. (...).

Al examinar el contenido de los artículos 26.4 y 32 de la DN se observa que no se encuentra contemplado en los mismos el supuesto regulado en el artículo 171 b) del TRLCSP por lo que, actualmente, en base al efecto directo de la DN y lo señalado en la Recomendación de la JCCA de 15 de marzo de 2016 no es posible tramitar el contrato de obras complementarias proyectado por el Centro gestor.

Actualmente, la DN prevé en su artículo 72.1.b) un supuesto muy similar al previsto en el artículo 171b) del TRLCSP, pero no lo regula como un supuesto de procedimiento negociado, sino como un supuesto de modificación contractual. Ahora bien, el régimen jurídico aplicable al contrato de obras inicial objeto de discrepancia, atendiendo a su fecha de adjudicación, es el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, normativa que, según la Disposición Transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, también resultaría de aplicación a la modificación nº 3 del citado contrato.

Establecido lo anterior, procede determinar si las actuaciones que se proyectan realizar deben ser objeto de una nueva contratación independiente, al no resultar posible su contratación a través de un contrato de obras complementarias conforme a las previsiones de la letra b) del artículo 171 del TRLCSP, o bien, si concurren los requisitos para poder ser tramitado como una nueva modificación del contrato inicial según el TRLCAP.

Al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que si bien el órgano gestor mantiene que el presente contrato contiene actuaciones adicionales “que han surgido de manera imprevista durante la ejecución de los trabajos y que resultan necesarias para ejecutar la obra proyectada sin modificarla”, por lo que entiende justificada la inclusión de las mismas en un proyecto complementario, según ha señalado la doctrina en reiteradas ocasiones la distinción en la práctica entre “obras complementarias” y “modificaciones del proyecto inicial” no está exenta de dificultades, toda vez que no aparece de forma clara en todos los casos en que se está alterando el proyecto primitivo.

En este sentido, el informe de la Subdirección General de Inspección de Servicios y Obras de la Inspección General de Fomento, de 25 de noviembre de 2013, ponía de manifiesto que “las actuaciones propuestas son necesarias”, si bien, teniendo en cuenta los motivos que se aducen para su justificación, que, a su juicio, ya debían ser suficientemente conocidos durante la tramitación del modificado nº 2 y que estas actuaciones son difícilmente segregables de la obra principal, “habría sido oportuna su inclusión en dicho modificado nº 2”.

Según el artículo 59 del TRLCAP, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de modificar el contrato por razones de interés público y con sujeción a una serie de trámites. Por su parte, el artículo 101 del TRLCAP, dispone, en relación con las modificaciones de los contratos, 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”.

El referido escrito del Director General de Carreteras de 30 de diciembre de 2015 expone que las actuaciones a realizar “han surgido de manera imprevista durante la ejecución de los trabajos”, en base a un estudio de tráfico realizado el 6 de agosto de 2013, de fecha posterior a “la fecha en que se presentó la solicitud de autorización para la redacción del PM nº 2, noviembre de 2011”, en la que “no se conocía el problema planteado”. Asimismo, en el informe del Director de las obras sobre el proyecto complementario nº 1, de 28 de octubre de 2015, se expone que estas obras “vienen motivadas por la necesidad de incorporar algunos supuestos no recogidos en el proyecto original de forma imprevista”, como son la necesidad de actualizar los datos del tráfico existente, incluyendo una tabla en la que se compara la intensidad media diaria del tráfico previsto en el proyecto original para el año de puesta en servicio, 2008, con el previsto en el proyecto complementario.

A juicio de esta Intervención General, teniendo en cuenta los numerosos aumentos del plazo de ejecución de la obra principal, que se ha visto afectada por distintas contingencias, entre las que destaca la tramitación del procedimiento de resolución del presente contrato, posteriormente archivado por caducidad, así como la reprogramación de sus anualidades para ajustar los compromisos de gasto al nuevo marco presupuestario, al haberse visto afectado por los Acuerdos del Consejo de Ministros de 29 de enero y 20 de mayo de 2010 que aprobaron la no disponibilidad de créditos dentro de los Presupuestos Generales del Estado de 2010 y el Plan de Revisión del Gasto del Estado para el período 2011-2013, puede tener la consideración de causa imprevista el desajuste del tráfico previsto en el proyecto original con el previsto en el estudio realizado en 2013, sin perjuicio de la opinión cualificada que, desde un punto de vista técnico, puedan emitir otros órganos al respecto.

Asimismo, se considera que existen razones de interés público que aconsejan modificar el contrato de obras de referencia, teniendo en cuenta, por un lado, que todos los órganos preinformantes han considerado que las actuaciones a incluir en el nuevo proyecto eran necesarias, siendo “unas obras prioritarias para la red de carreteras de gran capacidad en Cataluña” y, por otro lado, que según ha señalado el Consejo de Estado en diversas ocasiones (vid. Informe 1126/2007, de 21 de junio de 2007), “desde el punto de vista económico, el coste del reformado siempre es menor que en el caso de que se procediera a una resolución del contrato actualmente vigente y a una nueva licitación, con las adicionales dificultades técnicas que ello conllevaría (...). Por otra parte, hay que tener en cuenta el mejor conocimiento que la adjudicataria tiene de la obra y el aplazamiento que supondría una nueva licitación”.

En base a ello, a juicio de esta Intervención General existen elementos de juicio suficientes para considerar que las obras objeto de discrepancia responden y pueden tramitarse como un proyecto modificado, sin perjuicio del superior parecer del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno, ya que, en el caso de que el órgano gestor proceda a tramitar el correspondiente modificado nº 3, será necesaria la cumplimentación de los correspondientes trámites técnicos y administrativos establecidos en el TRLCAP y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, entre los que figura el dictamen del Consejo de Estado en el supuesto previsto en el artículo 59.3.b) del citado texto legal.

A la vista de los antecedentes y de las consideraciones efectuadas, se llega a las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Se resuelve la discrepancia planteada a favor del criterio mantenido por la Intervención Delegada, ya que, a juicio de esta Intervención General, existen elementos de juicio suficientes para considerar que las obras objeto de discrepancia responden y pueden tramitarse como un proyecto modificado, sin perjuicio de la opinión cualificada que, desde un punto de vista técnico, puedan emitir otros órganos al respecto y del superior parecer del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno, ya que, en el caso de que el Centro gestor proceda a tramitar el correspondiente modificado nº 3, será necesaria la cumplimentación de los correspondientes trámites técnicos y administrativos establecidos en el TRLCAP y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entre los que figura el dictamen del Consejo de Estado en el supuesto previsto en el artículo 59.3.b) del citado texto legal.

**SEGUNDA.-** Actualmente, en base al efecto directo de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y teniendo en cuenta lo señalado en la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 15 de marzo de 2016, no es posible tramitar el contrato de obras complementarias proyectado en los términos propuestos por el Centro gestor habida cuenta que el supuesto regulado en el artículo 171 b) del TRLCSP no se encuentra contemplado en los artículos 26.4 y 32 de la citada Directiva.

De no estar conforme con el criterio anterior, conforme al artículo 155 de la Ley General Presupuestaria y 16 del Real Decreto 2188/1995, podrá interesar del titular del Departamento la elevación de la discrepancia al Consejo de Ministros.