



Este documento se ha obtenido directamente del original que contenía la firma auténtica y, para evitar el acceso a datos personales protegidos, se ha ocultado el/los código/s que permitiría comprobar el/los original/es.

ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID
CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E INTERIOR

S.J.: 144/2023

Se ha recibido en este Servicio Jurídico, para su preceptivo informe, el expediente de modificación del contrato de obras denominado **“CONSTRUCCIÓN DE ADECUACIÓN A LA D.I.A. DE LA DUPLICACIÓN DE LA CARRETERA M-501 ENTRE QUIJORNA Y NAVAS DEL REY”**. EXPEDIENTE: A/OBR-016112/2020.

De acuerdo con lo dispuesto en el **artículo 4.1.b)** de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, tenemos el honor de emitir el siguiente:

INFORME

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Ha tenido entrada en este Servicio Jurídico la petición de Informe del presente modificado junto con la documentación y los antecedentes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Tal y como se infiere del apartado 2 de la disposición transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014: *“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 modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.”*

A la vista de este precepto, así como de la disposición final decimosexta de la propia Ley 9/2017, que remite su entrada en vigor al día 9 de marzo de 2018, y dado que el presente contrato fue adjudicado el día 5 de julio de 2021 a la empresa KREAN, S. COOP, la normativa aplicable al modificado del contrato que nos ocupa viene constituida por la ley vigente al tiempo de su adjudicación; esto es, la citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).



Segunda.- Conforme al artículo 190 de la LCSP, la facultad de modificar el contrato por razones de interés público es una de las prerrogativas de que dispone la Administración en materia de contratación, ajustándose a los requisitos establecidos en dicho precepto y en los artículos 202 y siguientes de la misma.

En efecto, la legislación aplicable de contratos de las Administraciones Públicas tradicionalmente consagra, entre las prerrogativas de la Administración en la contratación pública, la llamada *potestas variandi* o potestad de modificación del contrato; así se recoge en el artículo 190 LCSP: *"Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta"*.

La jurisprudencia ha señalado que el llamado *ius variandi*, esto es, el poder de la Administración de modificación unilateral del contrato, es una de las más trascendentales características del contrato administrativo, en cuanto que implica un apartamiento del principio básico que en materia contractual es el de *pacta sunt servanda* (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1987). Constituye un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas, de manera que es el interés general el que debe prevalecer en todo caso (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1978).

El necesario equilibrio entre el cumplimiento del contrato administrativo en sus términos y la admisibilidad de que la Administración pueda variar tales condiciones en determinadas circunstancias y por razones de interés público, llevan a admitir el citado *ius variandi* de la Administración, pero con sometimiento a determinados requisitos para evitar la indebida alteración del principio de licitación pública.

Así, y como ha recordado el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, el sometimiento a cauces estrictos del *ius variandi* de la Administración tiene su razón de ser precisamente en la salvaguarda del principio de concurrencia y licitación pública que preside la



contratación administrativa. Se advierte igualmente que tal facultad debe ser entendida de modo restrictivo, interpretándose la Ley en la forma y sentido más rigurosos (Dictamen del Consejo de Estado número 3.062/98, de 10 de septiembre de 1998, y Dictámenes de 5 de diciembre de 1984 y 24 de julio de 2003), todo ello, por cuanto un uso indiscriminado de dicha potestad de modificación de los contratos, podría entrañar un claro fraude de Ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas.

Tercera.- La denominada potestad de modificación del contrato, por tanto, se constriñe a lo dispuesto en los artículos 203 y siguientes y solo concurre *por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección (4ª), y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207*. Además, estas modificaciones deben formalizarse conforme al artículo 153 y publicarse de acuerdo con los artículos 207 y 63. El artículo 203.2 aclara también que se refiere a contratos administrativos (artículo 25) celebrados por los órganos de contratación.

Pues bien, los contratos administrativos solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- Cuando se encuentre expresamente previsto, de acuerdo con el artículo 203.2 apartado a): Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204.
- Cuando sea necesario y no esté previsto, pero se trate solo de realizar variaciones indispensables, de acuerdo con el artículo 203.2 b): *Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.*

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en la propia LCSP.



Nos encontramos por tanto con dos regímenes distintos que posibilitan la modificación del contrato: que las causas de posible modificación se hayan previsto en el pliego, o que nos encontremos en alguno de los supuestos del artículo 205 LCSP.

Hay que recordar, no obstante, que la posibilidad de modificar el contrato por una causa no prevista en el pliego, tiene los límites que dispone el apartado 2 del mismo artículo 205.

Cuarta.- En el caso que nos ocupa, nos encontramos con una modificación cuya posibilidad no se encuentra prevista en los correspondientes Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP).

En efecto, el apartado 21 de la cláusula 1 del Pliego señala *“Modificaciones previstas del contrato: NO”*

Será preciso analizar a continuación si se cumplen los requisitos de los citados preceptos teniendo en cuenta que, como indica el borrador de Resolución, las razones de la modificación de este contrato vienen dadas por las siguientes causas de interés público que concurren en el expediente de modificación:

Causa 1: El interés público es proteger a los habitantes del entorno de la carretera M-501 de las emisiones acústicas que se producen en la misma.

Causa 2: El interés público es la minimización de los riesgos en el tráfico de la carretera M-501, limitando los trabajos de demolición con invasión en calzada al mínimo imprescindible.

Con carácter general, y como ya hemos señalado, debe existir en todo caso un interés público que aconseje y justifique la modificación, que no afecte al contenido esencial y que se motive la causa. Como señala el TJUE, solo así se garantiza la igualdad de trato (Sentencia “Socchi di Frutta”, de 29 de abril de 2004).

Este interés público debe ser claro, patente e indubitado, tal y como reconoce el Dictamen del Consejo de Estado 42179/1979 de 17 de mayo, y debe ser justificado de modo



principal por el órgano de contratación en el expediente tramitado a tal fin (Dictamen Consejo de Estado 3062/1998 de 10 de septiembre).

En este sentido, y cómo hemos visto, constan expresamente en el expediente remitido, las razones de interés público que justificarían el presente modificado.

Quinta.- Una vez analizada la necesidad de concurrencia del interés público en la presente propuesta de modificado, pasaremos a examinar si se cumplen los requisitos del citado art. 205 de la LCSP.

Este precepto señala que:

1. Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos:

a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo.

b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

Con relación al primero de los requisitos tanto la propuesta de modificado, de fecha 26 de abril 2023, como el borrador de resolución sujeto a este informe, encuadran su justificación en los supuestos b) y c) del art. 205.2 LCSP.

-La primera causa de la presente propuesta de modificado se encuadra en **el apartado b)** del referido art. 205.2 LCSP que dice:

“b) Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.



3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido”

Habrà que analizar, por tanto, si la presente modificación cumple los requisitos previstos en el citado apartado.

Para ello tanto en el borrador de Orden como en el informe de modificación se exponen las razones por las que la Dirección General de Carreteras entiende que la modificación propuesta cumple con los requisitos previstos en el art. 205.1 y 2 b) LCSP señalando que:

“Con fecha 13 de agosto de 2021 se levantó acta de comprobación de replanteo relativa al contrato referenciado en la que, entre otros, se puso de manifiesto la posibilidad de que el terreno donde se iba a ejecutar la pantalla P3 (y por tanto también la pantalla P2 que se encuentra en la misma zona) pudiera no ser de roca meteorizada, como recogía el proyecto, sino de una matriz de roca, que pudiera impedir la ejecución de las excavaciones para las cimentaciones con la partida de excavación incluida en el proyecto para tal fin, al requerirse otra tipología de cimentación, no contempladas en el proyecto.

Iniciadas las obras, se realizaron catas en los emplazamientos de las pantallas P1, P2 y P3 para ver las características del terreno. El resultado de las mismas fue que en la zona de la pantalla P2 afloraba la roca, en alguna zona a los 30 cm de excavación y en la pantalla P3, en el entorno del poste 15, también afloraba la roca prácticamente en la superficie. Esto implica la imposibilidad de construir las pantallas 2 y 3 del proyecto, con sujeción a las partidas incluidas en el mismo.

Esta modificación deriva de circunstancias sobrevenidas no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y que fue imprevisible en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, 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, por cuanto dicha modificación:

1.Se deriva de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. Es imprevisible conocer la existencia de roca matriz en el subsuelo hasta que no se comienzan los trabajos con la ahoyadora.

2.No tiene como resultado un contrato de naturaleza materialmente distinta. La naturaleza misma del contrato no varía puesto que el fin último es construir las pantallas acústicas.



3. Implica una alteración en la cuantía que no excede del 50% del precio inicial, IVA excluido. Esta alteración económica es del 15,61 %".

-La segunda causa de la presente propuesta de modificación se encuadra en el apartado c) del art. 205.2 LCSP que reza como sigue:

"c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes:

1.º Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando la obra o el servicio resultantes del proyecto original o del pliego, respectivamente, más la modificación que se pretenda, requieran de una clasificación del contratista diferente a la que, en su caso, se exigió en el procedimiento de licitación original.

2.º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

3.º Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato.

En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando:



(i) El valor de la modificación suponga una alteración en la cuantía del contrato que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos, o bien que supere el umbral que en función del tipo de contrato resulte de aplicación de entre los señalados en los artículos 20 a 23.

(ii) Las obras, servicios o suministros objeto de modificación se hallen dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro, siempre que se haya iniciado la tramitación del expediente de contratación.”

Corresponde ahora analizar, si la presente modificación cumple los requisitos previstos en el citado apartado c).

De nuevo, tanto en el borrador de Orden como en el informe de modificación se exponen las razones por las que la Dirección General de Carreteras entiende que la modificación propuesta sí cumple con los requisitos previstos en el art. 205.1 y 2 b) LCSP señalando que:

“La zona de ubicación de la pantalla 4 se encuentra dentro de la franja del dominio público del ramal de salida correspondiente al PK 25+000, margen derecha, de la carretera M-501, entre la barrera de seguridad metálica y el cerramiento de la propiedad particular. La ejecución de dicha pantalla 4 exige por lo tanto la invasión del carril de desaceleración para incorporarse al ramal, con un riesgo considerable de provocar accidentes, dado el acortamiento de la distancia de desaceleración y la proximidad de la “nariz” de la salida al ramal.”

Esta modificación se justifica por la necesidad de minimizar los riesgos para el tráfico de la carretera M-501 producidos por los trabajos de demolición con invasión en calzada reduciendo estos al mínimo imprescindible.

Dichas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial dado que sólo una vez iniciada la ejecución del contrato y comenzados los trabajos de demolición de la primera cimentación de la pantalla 4, se pudo advertir que las cimentaciones existentes en dicha pantalla guardaban las características técnicas adecuadas para soportar una pantalla de mayor altura y, por lo tanto, podían reutilizarse las cimentaciones existentes no siendo necesario demolerlas invadiendo la calzada.”

Continúa la Dirección General de Carreteras en su propuesta, exponiendo el cumplimiento de los requisitos indicados:



“La modificación no es sustancial porque no tiene como resultado un contrato de naturaleza diferente al celebrado en un principio y cumple en particular las siguientes condiciones para su consideración de no sustancial:

1º.- La modificación propuesta no introduce condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente, o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación, no requiriendo una clasificación del contratista diferente a la que se exigió en el procedimiento de licitación original.

2º - La modificación de la Causa 2 propuesta, no altera el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera no prevista en el contrato inicial.

No se introduce ninguna unidad de obra nueva por la modificación de esta causa.

3º - La modificación debida a la Causa 2 no amplía de forma importante el ámbito del contrato.

La modificación supone una cuantía que no excede, aislada o conjuntamente del 15% del precio inicial del contrato, IVA excluido (i), (supone una disminución de - 4.958,72 € es decir un -2,71% del precio inicial del contrato, IVA excluido) ni las obras objeto de modificación se hallan dentro del ámbito de otro contrato, actual o futuro (ii)”.

En esta misma propuesta, así como en el borrador de Orden se recogen y explican las actuaciones que conllevará este modificado y que se concretan, por una parte, en la inclusión de una serie de nuevas unidades, así como las correspondientes mediciones de las unidades afectadas por el cambio de tipología necesario, parcial o total, para algunas de las cimentaciones y en la disminución de las mediciones de las unidades que mencionan y, por otra, en suprimir del proyecto la demolición de las cimentaciones existentes en la pantalla 4, a excepción de la que se utilizó para analizar el estado y composición de las mismas.

Además, se indica que las modificaciones del contrato suponen un incremento del 12,90% sobre el precio inicial del contrato y se propone un incremento del plazo de ejecución del mismo de 3 meses.



Del examen del expediente y de las razones que justifican el presente modificado, este Servicio Jurídico puede concluir que las modificaciones propuestas cumplen los requisitos exigidos en el art 205.1 LCSP, pues encuentran su justificación en el supuesto previsto en los apartados 2 b) y c) del citado precepto y se limitan a introducir las variaciones indispensables para responder a la causa objetiva que las hace necesarias.

Sexta.- Con relación al procedimiento a seguir, como se indica en el Dictamen de 29 de octubre de 2015, el Consejo Consultivo de Madrid (Dictámenes 403/09, de 15 de diciembre, 380/10, de 10 de noviembre y 403/2013, de 25 de septiembre), la normativa procedimental a aplicar es la vigente al momento de iniciarse el procedimiento de interpretación, modificación y resolución, por aplicación de las disposiciones transitorias del Código Civil, erigidas en derecho intertemporal común. En idéntico sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en sus Dictámenes 3062/1998 y 975/2002, así como el Dictamen 328/2012, de 27 de diciembre, del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha.

Así, el artículo 191 LCSP, dentro del capítulo relativo a las prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos, donde se enumeran las potestades de interpretación, modificación por razones de interés público y de resolución con determinación de sus efectos, regula el procedimiento de ejercicio de estas prerrogativas.

Además, habrá de tenerse en cuenta, como señalan los Dictámenes 511/12 y 515/12, de 19 de septiembre, de nuestro órgano consultivo, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la anterior norma legal y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

Con relación al trámite de audiencia, consta en el expediente que con fecha 17 de mayo de 2023 se dio audiencia al contratista y al redactor del proyecto, prestando ambos su conformidad con la propuesta de modificación comunicada.

En virtud de lo expuesto puede formularse la siguiente



CONCLUSIÓN

Se **informa favorablemente** el expediente de modificación propuesto del contrato denominado "CONSTRUCCIÓN DE ADECUACIÓN A LA D.I.A. DE LA DUPLICACIÓN DE LA CARRETERA M-501 ENTRE QUIJORNA Y NAVAS DEL REY"

Es cuanto tiene el honor de informar, salvo mejor criterio fundado en Derecho. No obstante, VD. resolverá.

Madrid, a fecha de firma.

LA LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Firmado digitalmente por: ALMAGRO MORCILLO CAROLINA
Fecha: 2023 05 26 13:38

Fdo: Carolina Almagro Morcillo.

SECRETARIA GENERAL TÉCNICA DE LA CONSEJERÍA DE TRANSPORTES E
INFRAESTRUCTURAS.