

S.J.: 46/2023

Se ha recibido en este Servicio Jurídico, para su preceptivo informe, el proyecto de Orden para la modificación del contrato de obras denominado **“CEIP BELLAS VISTAS, OBRAS DE MEJORA, ACONDICIONAMIENTO, REPARACIÓN Y MANTENIMIENTO”, EN ALCORCÓN (A/OBR-019759/2021)**, adjudicado a HARADO DE CONSTRUCCIONES Y ASISTENCIA TÉCNICA SL, el 11 de mayo de 2022.

A la vista de los antecedentes remitidos, en cumplimiento de 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, y en el artículo 97 del 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, tenemos el honor de emitir el siguiente

INFORME

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - El contrato fue adjudicado por la Consejería de Administración Local y Digitalización el 11 de mayo de 2022 a la empresa HARADO DE CONSTRUCCIONES Y ASISTENCIA TÉCNICA SL, con un importe de adjudicación de 119.881,01 euros, IVA incluido.

Segundo.- Según se afirma en el proyecto de Orden, con fecha 7 de septiembre de 2022, Don José Manuel García Arena como Director Facultativo de la obra presenta escrito en el que indica la necesidad de adaptar el proyecto, dado que se ha detectado que los daños originales del CEIP Bellas Vistas se han visto incrementados y han variado las patologías con respecto a años anteriores, de modo que las partidas previstas en el proyecto han de adecuarse o modificarse según los daños existentes actuales.

Mediante Orden 677/2022 de la Consejería de Administración Local y Digitalización de 17 de noviembre, se dispone iniciar la tramitación del expediente para la modificación del contrato de obras de la actuación denominada “CEIP Bellas Vistas, obras de mejora, acondicionamiento, reparación y mantenimiento” en el municipio de Alcorcón, incluidas en el PIR 2016-2019 prorrogado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 205, 206 y 242.4 LCSP, y autorizar el inicio de la modificación de la redacción del proyecto, de acuerdo al informe favorable del Área de Equipamientos Urbanos de 12 de septiembre de 2022.

Mediante Resolución de 21 de marzo de 2023 del Director General de Inversiones y Desarrollo Local se resuelve aprobar el Proyecto Modificado de la actuación denominada “CEIP Bellas Vistas, obras de mejora, acondicionamiento, reparación y mantenimiento”, en el municipio de Alcorcón, incluido en el Programa de Inversión Regional de la Comunidad de Madrid para el periodo 2016-2019 prorrogado, por importe de 108.982,73 euros, de acuerdo al informe favorable del Área de Equipamientos Urbanos de 24 de noviembre de 2022.

Finalmente, el 9 de junio de 2023 se emite propuesta de modificación suscrita por el Director General de Inversiones y Desarrollo Local, en relación con la modificación del contrato, conforme los antecedentes anteriormente expuestos, considerando que concurre el supuesto establecido en el art. 205.2.b) 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 (en adelante LCSP).

Tercero.- Se ha concedido trámite de audiencia al contratista, figurando en el expediente remitido acuse de recibo de la notificación realizada, sin que este haya realizado alegaciones.

Cuarto.- A la solicitud de informe se acompaña la solicitud del Director Facultativo sobre la necesidad de modificación del proyecto original del contrato, Orden de la Consejería de Administración Local y Digitalización de 16 de

noviembre de 2022 por la que se acuerda aprobar el acta de suspensión temporal total de las obras, informe favorable a la modificación emitido por parte de la unidad promotora del contrato, Orden de inicio del expediente de modificación del contrato, proyecto modificado, informe favorable de la unidad promotora al proyecto modificado, Resolución de fecha de 21 de marzo de 2023 del Director General de Inversiones y Desarrollo Local por la que se resuelve aprobar el proyecto modificado, trámite de audiencia al contratista, propuesta de modificación del contrato suscrita por el Director General de Inversiones y Desarrollo Local, y proyecto de Orden de modificación correspondiente.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. - Procede, en primer lugar, determinar el régimen jurídico aplicable al expediente de modificación.

A tenor 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 (LCSP), apartados 1 y 2:

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se registrarán 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 sin publicidad, 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 registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

El contrato analizado se adjudicó el 11 de mayo de 2022; por tanto, el régimen jurídico aplicable al presente modificado será el previsto en la vigente LCSP.

Segunda. - La legislación 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 una separación del principio básico en materia contractual 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 de los principios que rigen la 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 (Dictámenes de 10 de septiembre de 1998, 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. - El régimen jurídico de modificación de los contratos del sector público se contiene fundamentalmente en los artículos 203 y siguientes LCSP, el primero de los cuales, señala:

“1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.

2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204;

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 esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina.”.

En consecuencia, en sede de modificación contractual, la LCSP distingue en función de que dicha modificación esté prevista o no en el pliego; en el primer caso, se

regirá por el artículo 204 y por el propio PCAP, mientras que en caso de que no esté prevista, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 205.

En el presente caso, se persigue modificar el contrato por una causa de modificación no prevista expresamente en el pliego, por lo que será de aplicación lo previsto en el artículo 205 de la LCSP, que dice así:

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.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando esta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, siempre y cuando se den los dos requisitos siguientes:

1.º Que el cambio de contratista no fuera posible por razones de tipo económico o técnico, por ejemplo que obligara al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; y, asimismo, que el cambio de contratista generara inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación.

En ningún caso se considerará un inconveniente significativo la necesidad de celebrar una nueva licitación para permitir el cambio de contratista.

2.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.

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. (el subrayado es nuestro)

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.”.

En este caso, la Dirección General de Inversiones y Desarrollo Local propone la modificación del contrato *“de conformidad con lo dispuesto en los artículos 205.2.b) y 242.4 LCSP, teniendo en cuenta el cumplimiento de:*

1º.- La necesidad de modificar un contrato vigente se deriva de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato y que una Administración diligente no hubiera podido prever (art. 205.2.b). 1º LCSP). Significar que se han detectado que los daños se han incrementado y han variado las patologías con respecto a años anteriores y las partidas previstas han de adecuarse o modificarse según los daños existentes actuales, siendo el resultado del mayor tiempo transcurrido del deterioro por la exposición y cambios bruscos de las temperaturas.

2º.- La modificación no altera la naturaleza global del contrato (art. 205.2.b). 2º LCSP): Indicar que se procede a la utilización de diferentes tratamientos e intervenciones requeridas adaptándose según cada patología, sin que se altere la naturaleza global del contrato cuyo objeto permanece inalterable en el sentido de ser obras de reparación, mantenimiento.

3º.- La modificación del contrato implica 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 (art. 205.2.b). 3º LCSP): Señalar que la modificación del contrato es “a coste cero”, ya que no supone incremento ni minoración del importe de adjudicación, sin perjuicio de que el contratista deba respetar la baja ofertada en la licitación en la ejecución del proyecto modificado”.

Determinado lo anterior, y verificándose el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 205 de la LCSP, este Servicio Jurídico no puede formular objeción jurídica alguna al respecto de la modificación pretendida.

Cuarta. - En relación con el procedimiento a seguir, el artículo 191 LCSP, dentro del capítulo relativo a las prerrogativas de la Administración Pública, regula el procedimiento de ejercicio de estas prerrogativas, señalando:

“1. En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a las prerrogativas establecidas en el artículo anterior, deberá darse audiencia al contratista.

2. En la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 109 y 195.

3. No obstante lo anterior, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación:

a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

b) Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

c) Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma.

4. Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos”.

A su vez, el artículo 206 LCSP señala, que *“1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.*

2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.”.

En el supuesto examinado la modificación propuesta no implica incremento ni minoración del importe de adjudicación del contrato, por lo que resulta obligatoria para el contratista. En este sentido, cabe señalar que consta en el expediente la cumplimentación del trámite de audiencia al contratista, así como el acuse de recibo de la notificación telemática, que fue aceptada por la empresa el mismo día de su notificación, esto es, el 19 de abril de 2023, sin que por parte de la misma se hayan realizado alegaciones.

Por su parte, el artículo 207.2 dispone que *“Antes de proceder a la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si estos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente”*.

En la misma línea, el artículo 242.4 LCSP establece que *“Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto y se cumplan los requisitos que a tal efecto regula esta Ley, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con las siguientes actuaciones:*

a) Redacción de la modificación del proyecto y aprobación técnica de la misma.

b) Audiencia del contratista y del redactor del proyecto, por plazo mínimo de tres días.

c) Aprobación del expediente por el órgano de contratación, así como de los gastos complementarios precisos. No obstante, no tendrán la consideración de modificaciones:

i. El exceso de mediciones, entendiéndose por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. Dicho exceso de mediciones será recogido en la certificación final de la obra.

ii. La inclusión de precios nuevos, fijados contradictoriamente por los procedimientos establecidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo, siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo.

Al respecto de la interpretación de este precepto ha tenido ocasión de pronunciarse la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el Expediente 85/2018, donde analiza distintas cuestiones planteadas por parte de la Diputación Provincial de Málaga en relación con la correcta aplicación de este precepto. De acuerdo con lo expuesto en el mencionado informe, resulta procedente en este caso tramitar la presente modificación, pues tal como resulta del proyecto modificado, la variación del proyecto implica no solo la adecuación de partidas existentes en el proyecto primitivo, sino también la inclusión de nuevas unidades de obra no previstas inicialmente y necesarias para poder reparar el estado actual de los pavimentos deportivos.

Además, habrán 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 normativa contractual, 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). Este último dispone en su artículo 102 que *“Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente”*.

Examinado el expediente, se comprueba que en su tramitación se han cumplimentado las exigencias impuestas por la normativa anteriormente citada.

Finalmente señalar que respecto de esta materia el RGLCAP contempla también una regla adjetiva sobre la fijación del precio de las unidades de obra no previstas en el contrato e incluidas con posterioridad, que deberá tomarse en consideración, en caso de que no se haya realizado así. Es el artículo 158, que indica lo siguiente:

“1. Cuando se juzgue necesario emplear materiales o ejecutar unidades de obra que no figuren en el proyecto, la propuesta del director de la obra sobre los nuevos precios a fijar se basará en cuanto resulte de aplicación, en los costes elementales fijados en la

descomposición de los precios unitarios integrados en el contrato y, en cualquier caso, en los costes que correspondiesen a la fecha en que tuvo lugar la adjudicación.

2. Los nuevos precios, una vez aprobados por el órgano de contratación, se considerarán incorporados a todos los efectos a los cuadros de precios del proyecto, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 146.2 de la Ley.”

En virtud de lo expuesto, procede emitir la siguiente

CONCLUSIÓN

El proyecto de Orden de modificación sometido a Informe **merece el parecer favorable** de este Servicio Jurídico, sin perjuicio de las recomendaciones efectuadas.

Es cuanto se tiene el honor de informar, no obstante V.I. resolverá.

Madrid, a fecha de firma

LA LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Documento firmado digitalmente por: GONZALEZ MERINO MERCEDES
Fecha: 2023.07.06 13:46
Verificación y validez por: [REDACTED]
La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv

Fdo.: Mercedes González Merino

SECRETARIA GENERAL TÉCNICA.

**CONSEJERIA DE ADMINISTRACIÓN LOCAL Y DIGITALIZACIÓN (ACTUAL
CONSEJERIA DE DIGITALIZACIÓN)**