



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de... solicita, mediante escrito de fecha 9 de marzo pasado y registro de entrada en Diputación el día 10 del mismo mes, la emisión de un Informe por parte de este Departamento de Asistencia a Municipios y Formación, que dé respuesta a las dudas surgidas en el curso de la tramitación de un expediente de modificación de obra ejecutada con cargo al Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local.

Con dicha finalidad, la primera autoridad municipal, tras proporcionarnos algunos datos referidos al objeto, importe y modalidad de contratación utilizada para la adjudicación de las obras, nos informa, al mismo tiempo, del acuerdo adoptado por el Pleno municipal, a instancias del técnico redactor del proyecto de obra y director de la misma, en relación con la *“Autorización de inicio del correspondiente expediente para la Modificación del Contrato de Ejecución de Obra y Autorización”*, en virtud del cual se habría autorizado al arquitecto redactor del proyecto para que procediera a la redacción de la oportuna modificación.

Una vez redactado y presentado en el Ayuntamiento el indicado *“Proyecto Modificado”*, y, a pesar del importante incremento producido en el coste final de las obras, cuya ejecución material ha pasado de los 177.135,21 € (S/IVA) del presupuesto de adjudicación inicial, a los 259.600,68 € (S/IVA) del proyecto actual, con un aumento, por tanto, de 82.465,47 €, o lo que es igual, del 46,55%, el Ayuntamiento pretende que sea el contratista inicial quien ejecute la totalidad de la obra, mostrándose éste conforme con dicha pretensión.

El problema es que, tras haber sido informado desfavorablemente el referido *“Proyecto Modificado”* por la arquitecta municipal, *“entre otras razones, por considerar que un proyecto modificado no debe superar el 20% del contrato inicial (...)”*, el Secretario municipal ha venido manteniendo que, en base a lo dispuesto en el artículo 217.1, en relación con el 220, letra e), de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), *“el límite del 20% se refiere al importe máximo a partir del cual ya no serían obligatorias las modificaciones del contrato de obras para el contratista(...)”*, pudiendo, por tanto, *“(...) realizarse modificaciones en el contrato que superen dicho límite, sin perjuicio de que en estos casos ya no sean obligatorias las modificaciones para el contratista y sean causa de resolución del contrato a instancia del*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



mismo”. Además, el aludido Secretario mantiene también que la posibilidad de modificación del contrato en cuantía superior a un 20% está prevista igualmente en el artículo 195.3, letra b), de la citada LCSP, “(...) **al establecer** [en dichas circunstancias] **la obligatoriedad del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma (...)**”.

A la vista de los antecedentes expuestos, el Sr. Alcalde desea conocer nuestra opinión y nos plantea las siguientes cuestiones:

1ª De las dos interpretaciones mantenidas, tanto por la Arquitecta como por el Secretario municipal, en relación con el alcance y posibles efectos del límite máximo de incremento del 20% del proyecto modificado, ¿cuál es la correcta?

2ª En el supuesto de hecho planteado, ¿sería preceptivo el informe al que hace referencia el artículo 195.3, letra b), de la LCSP?

Pues bien, una vez consultada la legislación que consideramos de aplicación al caso y que, en el momento adecuado, citaremos, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO

En primer lugar, y pese a que no se cuestiona nada por parte del Ayuntamiento en relación con una de las características determinantes de las obras objeto de consulta, como es su realización en el marco de las reglas o normas específicas establecidas por el Real Decreto Ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, no podemos dejar de señalar la existencia de dicho régimen específico aplicable a las inversiones, proyectos y actuaciones financiadas con cargo a dicho Fondo.

Así, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, cabe recordar que la correcta aplicación de los recursos del Fondo a los fines previstos por el mismo se encuentra sometida al control de la intervención General de la Administración del Estado (en adelante, IGAE), de forma que los Ayuntamientos que hubieran financiado inversiones con recursos del Fondo deberán poner a disposición del citado organismo toda la



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



documentación y antecedentes de las cuentas justificativas presentadas y facilitar cuanta información y medios resulten necesarios a tal fin.

Igualmente, se recuerda que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.4 del citado Real Decreto Ley, con cargo al referido Fondo, *“no podrán financiarse obras (...) que hubiesen recibido financiación procedente de otros programas de ayudas de cualquier Administración Pública, incluidas las procedentes de la Unión Europea, salvo que se trate de ulteriores fases de obras financiadas a través del Fondo Estatal de Inversión Local creado por el Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre y se encuentren dentro de la tipología de obras prevista en el artículo 9 del presente real decreto-ley”*.

Por último, se recuerda, así mismo, lo dispuesto en el artículo 16 del referido Real Decreto Ley, en relación con los plazos establecidos, tanto respecto de la fecha límite de ejecución de las obras, incluida la correspondiente prórroga opcional, como de la acreditación de su realización, cuyo incumplimiento podría suponer la incoación de un hipotético expediente de reintegro de las cantidades percibidas por el Ayuntamiento con cargo al Fondo.

SEGUNDO

Entrando ya en el fondo de la cuestión objeto de consulta, cabe indicar, en primer lugar, que la materia relativa a la “Modificación de los contratos” ha sido objeto, precisamente, de una muy reciente e importante modificación, llevada a cabo en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES), cuya Disposición Final Decimosexta, además de las modificaciones operadas en diversos artículos de la referida LCSP, ha llegado a introducir *ex novo*, en su Libro I, un nuevo Título V, que, bajo la rúbrica de “Modificación de los contratos”, y, según lo expresado en su Exposición de Motivos, apartado III, pretende modificar *“por completo la normativa de los modificados de obras”*.

Pero antes de estudiar con detenimiento la nueva regulación, conviene determinar si ésta es aplicable o no a la materia objeto de consulta, pues, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Transitoria Séptima de la LES, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor –que tuvo lugar al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado el día 5 de marzo pasado– seguirán rigiéndose, *“en cuanto a*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Pues bien, de la dicción literal de la citada norma de derecho transitorio parece deducirse, a primera vista, que la operación autorizada por el Ayuntamiento, en relación con la modificación del proyecto inicial y el consiguiente aumento en el coste de ejecución de las obras, no se encontraría dentro de ninguno de los supuestos mencionados por el citado precepto legal, quedando comprendida, por el contrario, bajo el paraguas de la nueva regulación establecida sobre “Modificación de los contratos”. Luego, a nuestro juicio, la citada operación habrá que estudiarla a la luz de la nueva regulación.

TERCERO

Establecido lo anterior, no nos queda más que reproducir el nuevo régimen aplicable a la “Modificación de los contratos”, que, como hemos dicho en el apartado anterior, ha sido introducido *ex novo* por la nueva LES, mediante la incorporación al Libro I de la LCSP de un nuevo Título V, cuyo contenido vamos a estudiar y analizar a continuación, poniéndolo en relación con el supuesto de hecho objeto del presente Informe.

En este sentido, cabe comenzar recordando lo dispuesto en el nuevo artículo 92 bis de la LCSP, en su apartado 1, según el cual, “(...) *los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter*”; para añadir a continuación que, “*en cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada inicialmente, deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el Libro III [dedicado a la selección del contratista y adjudicación de los contratos]*”.

En todo caso, y según el apartado 2 del citado precepto legal, “**La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente (...)**”.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



Supuestos todos ellos que, en el caso de ser invocados durante la ejecución del contrato, determinarían la necesidad de tener que acudir “(...) **a una nueva contratación** de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas (...) [para los contratos de obras en el artículo 155, letra b), de la propia LCSP]”.

Excepcionalmente, cuando la pretendida modificación no estuviera prevista, en los términos y condiciones establecidas en el artículo 92 ter¹ de la LCSP, en la documentación que rige la licitación, **las modificaciones**, según lo dispuesto en el artículo 92 quáter, apartado 1, **podrían llevarse a efecto** siempre que quede suficientemente justificada “la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

a) *Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.*

b) *Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.*

c) *Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.*

¹ **Artículo 92 ter. Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación.**

Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

A estos efectos, los supuestos en que podrá modificarse el contrato deberán definirse con total concreción por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva y las condiciones de la eventual modificación deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta y ser tomadas en cuenta en lo que se refiere a la exigencia de condiciones de aptitud a los licitadores y valoración de las ofertas.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



d) *Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

e) *Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato”.*

Pero, incluso en el caso de que concurriera alguna de las circunstancias indicadas, la modificación del contrato, según el apartado 2 del citado precepto legal, **no podría llevarse a efecto**, cuando a través de ella pudieran verse alteradas *“las condiciones esenciales² de la licitación y adjudicación”*; debiendo limitarse, en cualquier caso, la modificación *“a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria”*.

CUARTO

Así pues, a la vista del nuevo régimen de modificación de los contratos, introducido ex novo en la LCSP por la reciente Ley de Economía Sostenible, y más allá de las discrepancias mantenidas al respecto por el Secretario y Arquitecta municipal, cuyas respectivas posiciones han quedado obviamente desactualizadas, a nuestro juicio, la pretensión del Ayuntamiento de que sea el mismo contratista inicial quien se encargue de la ejecución de las nuevas obras que han propiciado la modificación del proyecto no es

² **Artículo 92 quáter. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.**

(...)

3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, **se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación** del contrato en los siguientes casos:

a) cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.

b) cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

c) cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

d) **cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato**; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

e) en cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

posible legalmente, entre otros posibles motivos, por exceder la modificación del contrato el 10% de su precio de adjudicación. Circunstancia que ha sido calificada por el artículo 92 quáter, apartado 3, como una alteración de las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y, por tanto, impedimento legal insoslayable para la utilización de la vía de la modificación de los contratos.

Por otra parte, resuelta en los términos expresados la consulta principal, cabe decir, finalmente, que la segunda de las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento, en relación con el carácter preceptivo o no del informe del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, no tiene ya ningún objeto. No obstante, cabe recordar, a título meramente informativo, que, en el supuesto sometido a nuestra consideración, ni antes ni ahora el referido informe resulta preceptivo, pues, el precio del contrato primitivo es inferior a los 6.000.000 de euros establecidos como límite por el artículo 195.3, letra b), de la LCSP.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiendo expresamente a los destinatarios del presente Informe que las opiniones jurídicas recogidas en el mismo no pretenden suplir, en modo alguno, el contenido de aquellos otros Informes que sobre el mismo tema hayan podido solicitar o que preceptivamente deban emitirse para la válida adopción de acuerdos, razón por la cual las opiniones recogidas en él se someten expresamente a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

Toledo, 18 de Marzo de 2011