

Informe 5/10, de 23 de julio de 2010. « Consulta sobre la posibilidad de modificar un contrato de obras por causas imprevistas »

Clasificación de los informes: 21.Contratos de obras. 21.8. Modificaciones del contrato de obras.

ANTECEDENTES.

Por el Ayuntamiento de Collado-Villalba se formula la siguiente consulta:

"Primero.- La Junta de Gobierno de este Ayuntamiento en sesión celebrada el día 5 de febrero de 2009, aprobó el expediente de contratación de las obras denominadas "REMODELACIÓN DEL ACCESO Y SALIDA NORTE DE COLLADO VILLALBA", cuyo tipo de licitación que figuraba en el Pliego de Cláusulas administrativas particulares que sirvió de base a la contratación ascendió a 698.736,45 euros (IVA incluido) siendo adjudicado el contrato de obras por el mismo órgano en su sesión de 14 de mayo de 2009, a la empresa CONSTRUCCIÓN Y DESARROLLO DE SERVICIOS, S.A. (VOLCONSA) por el precio de 616.984,29 euros (IVA incluido).

Las citadas obras se inscriben y se financian en su integridad, a través del Fondo Estatal de Inversión Local regulado por el Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre.

Segundo.- A fecha actual se encuentra en fase de ejecución el contrato, habiéndose emitido y aprobado certificaciones de obra que suman el importe de 258.977,84 euros, (IVA incluido), y pese a encontrarse prevista su terminación antes del 31 de diciembre de 2009, ha tenido que ser prorrogada su ejecución por espacio de 6 meses, debido a las circunstancias que motivan la presente consulta.

Tercero.- Esta obra se encuentra afectada en origen por diversas circunstancias técnicas y jurídicas derivadas de su relación con infraestructuras dependientes de otras Administraciones Públicas, estatales y autonómicas, (Confederación Hidrográfica del Tago, Vías Pecuarias, Dirección General de Carreteras) y de varias compañías de suministros (Canal de Isabel II, Gas Natural, Iberdrola).

Cuarto.- En la fase de elaboración del Proyecto se solicita de las diversas Compañías suministradoras información sobre sus infraestructuras soterradas, al objeto de dar solución con la conformidad de dichas empresas, a las afecciones sobre las mismas.

Así mismo se tramitan y obtienen los correspondientes permisos de afección de los correspondientes organismos públicos, incorporando las soluciones aprobadas:

Todos estos datos y soluciones se incorporan al proyecto.

Quinto.- Durante la ejecución de las obras, en el proceso de excavaciones, se comprueba que algunos de los datos facilitados por las compañías no coinciden con su situación real en el terreno, principalmente en cuanto a las cotas de altura; Esta situación conlleva que el resto de soluciones planteadas se encuentren muy afectadas. Por otro lado, las propias compañías y organismos, alteran algunas de las soluciones inicialmente aprobadas.

A título de ejemplo, durante la limpieza del terreno aparece un elemento arquitectónico, que se encontraba totalmente oculto y que afecta al Patrimonio Histórico, competencia de la Comunidad Autónoma, teniendo que solucionar el problema de incorporar ese elemento al resto del proyecto.

Sexto.- Todas estas variaciones provocadas por las afecciones y sus soluciones, representan a juicio de este Ayuntamiento, circunstancias sobrevenidas e imprevistas, justificándose debidamente por la Dirección facultativa de obra.

Séptimo.- Existen razones de interés público para introducir las modificaciones en el proyecto, al objeto de dar solución a los problemas surgidos en la ejecución de estas obras ya que su terminación resulta imprescindible para conseguir el acceso y salida Norte del Municipio. Dichas modificaciones se recogen en la propuesta de Modificado nº 1 elaborado por la Dirección facultativa de obras que se adjunta.

Octavo.- Según la mencionada propuesta de modificación, el modificado previsto supera el 20% del presupuesto original, alcanzando el 63,40% del presupuesto original (tipo de licitación).

Noveno.- Aunque en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y en las cláusulas del contrato no figura expresamente contemplada la posibilidad de modificación del contrato, en la cláusula 106.4 del Pliego de condiciones del Proyecto se recoge de forma expresa la siguiente previsión: "Si fuera necesario establecer alguna modificación que obligue a emplear una nueva unidad de obra, no prevista en los cuadros de precios, se determinará contradictoriamente el nuevo precio, de acuerdo con las condiciones generales y teniendo en cuenta los precios de los materiales, precios auxiliares y cuadros de precios del presente proyecto. La fijación del precio se hará, en todo caso,

antes de que se ejecute la nueva unidad. El precio de aplicación será fijado por la Administración a la vista de la propuesta del Director de obra y de las observaciones del contratista. Si éste no acepta el precio aprobado quedará exonerado de ejecutar la nueva unidad de obra y la Administración podrá contratarla con otro empresario en el precio fijado o ejecutarla directamente,"

Los Pliegos de cláusulas administrativas particulares se basaron, como era preceptivo, en los pliegos tipo de cláusulas administrativas particulares de los contratos de obras del Fondo de Inversión Local aprobados por la Junta Consultiva de Contratación, que se publicaron por el Ministerio de Administraciones Públicas (hoy Ministerio de Política Territorial).

Décimo.- Los servicios de Dirección Facultativa y de redacción de Proyecto, han sido contratados con una misma empresa, externa al Ayuntamiento.

En atención a lo expuesto se formula la siguiente CONSULTA:

Primera.- El artículo 202, de Ley 30/2001, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) establece que:

"1.- Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.

2.- La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual."

Por su parte el artículo 220 del mismo texto legal, considera como causa de resolución del contrato de obras:

"e). Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 % del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial".

Añade por su parte el artículo 221 (LCSP) lo siguiente: "1. En relación con la letra e) del artículo anterior se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 % del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido."

Ante la situación planteada, y a la vista del contenido de los reseñados preceptos legales:

a) ¿Considera ese Organismo que las circunstancias expuestas, pueden tener el carácter de "causas imprevistas"?

b) ¿Afectarían a las "condiciones esenciales del contrato"?

c) ¿Resultaría posible modificar el contrato, aún no estando prevista dicha modificación en los Pliegos de prescripciones administrativas ni en el contrato, aunque sí en la cláusula 106.4 -en la forma expresada anteriormente- del Pliego de condiciones del proyecto, o sería obligatorio proceder a resolver el contrato y convocar nueva licitación, lo que podría ocasionar diversos perjuicios al interés público de este municipio, dado los perentorios plazos a los que están sujetos los contratos financiados con cargo al Fondo Estatal de inversión Local?

Segunda.- En caso que se considerase necesario la resolución del contrato y posterior licitación de uno nuevo, ¿se podría acudir a lo establecido en el art. 154.d) LCSP, puesto que técnicamente sería inviable o causaría grandes dificultades su ejecución por dos empresas distintas?

Tercera.- En caso de no ser viable la opción anterior, ¿sería posible acudir a lo establecido en el art. 155.b) LCSP entendiéndose las obras como complementarias, al tratarse de obras que no figuraban en el proyecto ni en el contrato, pero que debido a las circunstancias imprevistas anteriormente expuestas, pasan 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 pretende confiar al contratista de la obra principal de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente, ya que las obras no pueden separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Son diversas las cuestiones que plantea el Ayuntamiento de Collado Villalba en su consulta, si bien todas ellas tienen el denominador común de referirse a la admisibilidad de modificar un contrato por causas no previstas en los pliegos.

A este respecto, y con objeto de centrar debidamente la cuestión, indicaremos que las modificaciones contractuales pueden preverse de forma explícita en el pliego o surgir como consecuencia de circunstancias imprevistas y no previsibles de conformidad con las prácticas propias de una buena gestión. El resto de modificaciones, es decir aquellas que surgen como consecuencia de un cambio de criterio del órgano de contratación, ciertamente se encuentran prohibidas por el legislador.

Consecuente con este principio el artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público establece que *"1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato.*

2. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual".

De conformidad con el precepto indicado el contrato sólo puede ser modificado por causa de interés público que reúna los dos requisitos adicionales de:

a) que no haya sido prevista, y habrá que entender que, además, no fuera previsible de conformidad con los criterios de una buena administración, y

b) que no afecte a las condiciones del contrato.

Como requisito formal se añade en el párrafo segundo que en el pliego de cláusulas se prevea, para el caso de que ocurra alguna de las circunstancias señaladas, las condiciones en que podrá producirse la modificación.

De conformidad con la redacción de este precepto parecería que la nueva Ley de Contratos del Sector Público no recoge la posibilidad de modificar el contrato por causas previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Tal conclusión, sin embargo, resulta desvirtuada, de una parte por lo dispuesto en el artículo 194 que establece con carácter general la facultad de modificar los contratos por causas de interés público, lo que lógicamente incluye aquellas causas de modificación expresamente previstas en los pliegos y, por otra, por las diferentes normas reguladoras de cada tipo de contrato que de forma expresa admiten tal posibilidad (arts. 217, para el contrato de obras, 233 y 241, para la concesión de obras, 258 para el contrato de gestión de servicios públicos, 272, para el contrato de suministro y 282 para el de servicios).

2. Sentado lo anterior, procede entrar en el examen de cada una de las preguntas formuladas por el Ayuntamiento de Collado Villalba. En primer lugar, se solicita el criterio de esta Junta acerca de si las causas mencionadas en el texto de la consulta podrían tener la condición de imprevistas y si podría considerarse que afectan a las condiciones esenciales del contrato. Es decir se consulta acerca de si en el caso indicado por el Ayuntamiento se dan o no las condiciones del artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Ante todo debe indicarse que no es función propia de esta Junta informar en derecho cuestiones que por sus características carezcan de interés general. Ello no obstante, aún cuando en la consulta presente se pretende dar solución a una cuestión concreta, es evidente que la solución ofrecida para resolver la misma puede resultar de aplicación a otros casos similares, lo que avalaría la emisión del informe solicitado.

Como consecuencia de ello, y procediendo al análisis de cada una de las cuestiones que se plantean debemos indicar, en primer lugar, que para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato. En tal sentido, si para la redacción del proyecto se tuvo en cuenta la existencia de conducciones y servicios soterrados en la zona que debía ser ocupada por las obras y se requirió la intervención de las entidades titulares de los mismos para que aportaran la solución más adecuada para

evitar que las obras pudieran ejecutarse sin causarles perjuicio, debe decirse que ninguna otra previsión era necesaria ni, probablemente, posible.

Del mismo modo, que ocurre con la determinación de cuando es imprevisible que concurren circunstancias que afecten de una u otra manera a la ejecución del contrato, ocurre con el establecimiento de un criterio general a la hora de establecer si tales circunstancias y las modificaciones derivadas de su concurrencia afectan o no a las condiciones esenciales del contrato. Esta Junta ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en el informe 43/08, de 28 de julio de 2008, en el que se decía, con referencia al artículo 202 de la Ley de Contratos del Sector Público, que *"la redacción empleada por el legislador en este precepto pone de manifiesto de manera clara que la expresión "condiciones esenciales del contrato" es uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación, como acertadamente dice en su consulta la Intervención General, resulta difícil de hacer. Desde este punto de vista cabe decir que pueden imaginarse dos procedimientos para establecer el modo de concretar el alcance del concepto enunciado. El primero de ellos consistiría en formular criterios de carácter general tales como los mencionados en el propio texto de la consulta, es decir la alteración de condiciones del contrato que de haber figurado en el anuncio de la licitación habrían permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente distinta o las que hacen referencia a las que supongan alteración de la naturaleza de la prestación que constituye el objeto del contrato. La adopción de métodos como los indicados en realidad no resuelve tampoco de forma directa el problema pues consisten en desplazar el momento de la interpretación del concepto de unos términos a otros. En efecto, en el primero de los casos indicados es preciso hacer un juicio de carácter subjetivo acerca de cuál habría sido el comportamiento de los licitadores de haber conocido la modificación contractual y en el segundo la necesidad de concreción se traslada a la determinación de cuáles son las alteraciones que afectan a la naturaleza de la prestación. En realidad, lo que ocurre es que la propia esencia de la figura del "concepto jurídico indeterminado" supone la necesidad de hacer una valoración de los supuestos en cada caso concreto a fin de determinar si pueden considerarse incluidos o no dentro del mismo. Por ello, la única solución admisible consiste en hacer la enunciación de una serie de supuestos que pudieran ser considerados como condiciones esenciales de los contratos y resolver las dudas que se planteen respecto de otros supuestos diferentes. La utilidad de este procedimiento es dudosa habida cuenta de la dificultad de establecer a priori una lista de condiciones contractuales que puedan considerarse como esenciales. En particular, debe tenerse en cuenta que según el tipo contractual de que se trate determinadas condiciones pueden ser consideradas como esenciales y, sin embargo, no serlo respecto de otro tipo contractual distinto. Incluso, en relación con contratos de la misma naturaleza unas mismas condiciones pueden tener carácter esencial o no dependiendo del resto de las cláusulas que determinen el contenido obligacional del contrato"*.

Queda, pues, claro de conformidad con lo dicho que la determinación de cuándo una modificación contractual afecta a las condiciones esenciales del contrato sólo puede hacerse mediante el análisis de cada caso concreto, no siendo aceptable con norma general más que la prevista en el artículo 221.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, relativa al contrato de obras, de conformidad con el cual *"se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido"*.

De lo anterior se infiere que para el legislador existen al menos dos supuestos en que la modificación afecta a las condiciones esenciales del contrato: la primera cuando se produce una alteración cualitativa del proyecto inicial (modificación de los fines y características básicas) y cuantitativa, la segunda, establecida en el límite de que deban sustituirse unidades previstas por otras cuyo importe suponga al menos un 30% del precio primitivo del contrato.

Sin embargo, fuera de estos dos casos será preciso el análisis pormenorizado de cada supuesto concreto para poder considerar que las alteraciones introducidas en la prestación del contrato o en determinadas condiciones o características producen un cambio sustancial en la misma.

Ello no obstante, y por lo que respecta al caso que se examina, sí queda claro que la cuantía de la modificación supera con creces el 20 por 100 del importe primitivo del contrato, por lo que puede ser incluido plenamente en el supuesto que contempla el artículo 220 de la

misma, cuya letra e) considera como causa de resolución del contrato a instancia del contratista: *"Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido..."*.

Sin embargo, la inclusión del supuesto contemplado en la letra e) del artículo citado supone que en todo caso se excluye la obligación de celebrar nueva licitación si, como parece ser el caso, el contratista de la obra está dispuesto a mantener la relación jurídica contractual.

La anterior doctrina puede no ser plenamente acorde con los pronunciamientos de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, especialmente en la Sentencia conocida como "Socchi di Frutta", pero evidentemente es la adecuada de conformidad con la norma vigente en nuestro país en el momento actual.

3. Quedan, finalmente, por resolver las cuestiones planteadas en último lugar referentes a si se podría considerar de aplicación lo dispuesto en el artículo 154, letra b), o, en su defecto, considerar las obras como complementarias y adjudicarlas mediante procedimiento negociado a tenor de lo establecido en el artículo 155, letra d), ambos de la Ley de Contratos del Sector Público.

Ante todo debe indicarse que las dos cuestiones a que nos acabamos de referir carecen de interés desde el punto de vista práctico habida cuenta de que resuelto el anterior punto de la consulta en el sentido de que no es preciso realizar nueva licitación, no es necesario examinar la posibilidad de que la nueva adjudicación pudiera hacerse mediante el procedimiento negociado al amparo de alguno de los dos preceptos mencionados.

Ello no obstante, contestaremos las dos cuestiones, puesto que, haciendo abstracción de lo dicho en el apartado anterior, puede resultar de interés conocer el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre ambas.

En primer lugar debe señalarse que la posibilidad de acudir al precepto del artículo 154, c) es absolutamente inadecuado en este caso. En efecto el citado artículo en la letra indicada se refiere a la posibilidad de que sea adjudicado el contrato mediante procedimiento negociado en aquellos casos en que *"por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado"*. De los tres supuestos contemplados en este artículo sólo el primero podría ser de aplicación, es decir las razones técnicas, pero evidentemente el caso analizado no existen razones técnicas que exijan elegir para la ejecución del contrato razones técnicas de ningún orden, siendo las aducidas en el texto de la consulta más bien razones de índole práctica, tales como la conveniencia de no hacer coincidir en la ejecución de las obras a dos contratistas.

Desde el punto de vista legal sería más adecuado acudir al supuesto del artículo 155, letra d), considerando las obras como de carácter complementario y adjudicándolas por procedimiento negociado al contratista principal. En tal sentido sería preciso que las obras cumplieran los requisitos de

a) No figurar en el proyecto ni en el contrato.

b) Que por causas imprevistas pase a ser necesarias para la ejecución del proyecto en los términos previstos inicialmente.

c) Que en su ejecución se tengan en cuenta los mismos precios fijados en el contrato o con precios fijados contradictoriamente.

d) Que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento.

e) Que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por 100 del precio primitivo del contrato.

Puesto que las mencionadas en el texto de la consulta representan un 63,40 por 100 del precio inicial del contrato, es evidente que no se cumple el último de los requisitos mencionados

y, por consiguiente, no sería posible acudir al procedimiento negociado a que se refiere el artículo 155, d) de la ley de Contratos del Sector Público.

CONCLUSIONES.

1. Los contratos en general pueden ser modificados en los términos previstos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y, fuera de tales casos, en los supuestos previstos en los artículos 194 y 202 de la ley de Contratos del Sector Público con carácter general y, en particular para cada uno de los tipos contractuales regulados en la citada Ley de conformidad con los artículos que regulan cada uno de ellos.

2. La modificación de los contratos de obras que exceda del 20 por 100 del precio primitivo del contrato puede dar lugar a la resolución del mismo si lo solicita el contratista, pudiendo mantenerse la relación jurídica en caso contrario.