

**CONTROL DE CAMBIOS**

<b><u>REVISIÓN</u></b>	<b><u>FECHA</u></b>	<b><u>MOTIVO</u></b>
0	22/04/11	<ul style="list-style-type: none"><li>• Publicación.</li></ul>
1	10/06/11	<ul style="list-style-type: none"><li>• Adaptación a nueva normativa.</li></ul>
2	16/01/12	<ul style="list-style-type: none"><li>• Adaptación al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.</li><li>• Introducción de la cuestión C.18.08.</li><li>• Reestructuración contenidos punto 5.- Procedimiento de ejercicio.</li></ul>
3	6/03/12	<ul style="list-style-type: none"><li>• Fe de erratas: Apartado 2.- <i>Reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible</i>. El artículo del TRLCSP al que hace referencia la segunda parte del último párrafo es el 105.1.2º pfo (NO el 104.1.2º pfo.)</li></ul>
4	6/05/12	<ul style="list-style-type: none"><li>• Incorporación de la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los contratos.</li><li>• Jurisprudencia contenida en la STS_3293/2011. Obligatoriedad de la ejecución de obras por parte del contratista aun en el caso de no estar de acuerdo con los precios acordados por la Administración.</li><li>• Se reescriben ciertos apartados.</li></ul>

## TEMA 18: MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS

### ÍNDICE

1.- REGULACIÓN NORMATIVA

2.- ALCANCE DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

3.- CONCEPTO

4.- PRESUPUESTOS Y CLASES

A.- MODIFICACIONES PREVISTAS EN LA DOCUMENTACIÓN QUE RIGE LA LICITACIÓN

B.- MODIFICACIONES NO PREVISTAS EN LA DOCUMENTACIÓN QUE RIGE LA LICITACIÓN

B1.- Circunstancias que deben concurrir y justificarse

B2.- Condiciones esenciales cuya afectación impedirá la modificación del contrato

5.- PROCEDIMIENTOS DE EJERCICIO

A.- PROCEDIMIENTO GENERAL APLICABLE A LAS MODIFICACIONES NO PREVISTAS DE LOS CONTRATOS

B.- PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN EL CONTRATO DE OBRAS

C.- PROCEDIMIENTO APLICABLE AL RESTO DE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO

6.- EFECTOS

A.- PRECIO

B.- PLAZO

C.- GARANTÍA

D.- FORMALIZACIÓN

E.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

F.- RECURSOS

\*\*\*

## **ANEXO I.- CUESTIONES**

(Clicar, para desplazarse al contenido de cada una de las cuestiones)

(C. 18.01.- ¿Es aplicable la baja de adjudicación a las nuevas unidades de obra como consecuencia de la modificación del contrato? ... Sí, cuando son ejecutadas por el mismo contratista. En el caso de que se acuda a una nueva licitación, habrá de estarse a la baja resultante del proceso).

(C.18.02.- ¿Como se tramita una modificación sobre un contrato menor cuando, como resultado de la variación (en más), el importe total del contrato modificado excede los límites señalados por la ley para este tipo de contratos?... La modificación de un contrato menor no puede superar los límites cuantitativos que para este tipo de contratos establece la ley).

(C.18.03.- ¿La expresión "precio primitivo del contrato" que recoge el artículo 234.3 TRLCSP –Modificación del contrato de obras-, se refiere exclusivamente al precio de adjudicación del contrato principal, o también al importe de la revisión de precios y en su caso al importe de las modificaciones?... Debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato).

(C.18.04.- A los efectos de computo del límite (10%) en el incremento del gasto previsto en los artículos 107.3.d (92 quáter 3. d. LCSP), y 234.3 TRLCSP (217.3 LCSP) –Art. 160 RGLCAP- ¿Cabe la compensación entre aumentos y minoraciones?...No).

(C.18.05.- ¿En el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación, han de compararse el precio inicial y el modificado sin aplicar tipos diferentes en el Impuesto sobre el Valor Añadido?... Sí, habrá de prescindirse del IVA).

(C.18.06.- En el supuesto previsto en el artículo 234.3 TRLCSP y 160 RGLCAP, -variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas ordenadas por el director de las obras- ¿Puede entenderse implícitamente ampliado el plazo de ejecución del contrato?...No).

(C.18.07.- ¿Puede un tercero personarse en el expediente de modificación de un contrato? ... Sí, si acredita interés legítimo).

(C.18.08.- ¿El porcentaje (10%) de los eventuales excesos de medición (Art.234.3 TRLCSP -217.3 LCSP-), se ha de entender incluido y acumulado al límite del 10% al que hace referencia el artículo 107.3.d TRLCSP -92 quater 3.d. LCSP- a los efectos de la consideración de la modificación como una alteración esencial del contrato?...No).

(C.19.01.- En el supuesto de que la tramitación del modificado exija la suspensión de las obras, ¿La tramitación del expediente consta de una sola fase -la prevista en el artículo 234.4 TRLCSP (217.4 LCSP) o de dos fases -la indicada más la general de las modificaciones- ... De dos fases).

\*\*\*

## 1.- REGULACIÓN NORMATIVA

<u>T.R.L.C.S.P. / L.C.S.P.</u>		<u>R.G.L.C.A.P.</u>	<u>T.R.L.C.A.P</u>
ARTÍCULO	TITULO DEL ARTICULO		
(B) 105 /92 bis	Supuestos	101	---
(B) 106 / 92 ter	Modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación	---	---
(B) 107 / 92 quáter	Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación	---	101
(B) 108 / 92 quinquies	Procedimiento	97; 102; 158 a 162	101; 59
(B) 210 /194	Enumeración (Prerrogativas de la A.P. en los contratos administrativos).		59
211 / 195 (B)1,3,4. (NB) 2	Procedimiento de ejercicio (Prerrogativas de la A.P. en los C. Activ.).	97; 102	59
(B) 219 / 202	Modificación de los contratos	101; 102; 158 a 162	146
234 / 217 (B) 1,2,3 (b) / (NB) 3 (a,c) 4	Modificación del contrato de obras	102; 102; 158 a 162	146

(B) Legislación Básica. (NB) Legislación no básica. (D.F. 7ª LCSP)

El régimen de la modificación de los contratos se regula en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de igual modo en que se venía contemplando en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (LCSP), a partir de la reforma introducida por la Ley 2/2011 de Economía sostenible (LES):

- 1) Los presupuestos y las clases de modificación se regulan por una parte en los artículos **105 a 107** (92 bis a 92 quater, LCSP), dentro del *Título V Modificación de los contratos*, del *Libro I Configuración General de la Contratación del Sector Público y Elementos Estructurales del Contrato* y, por otra en el artículo **219** (202 LCSP) dentro del *Capítulo IV Modificación de los Contratos*, del *Título I Normas Generales*, del *Libro IV Efectos, cumplimiento y extinción de los contratos Administrativos*.
- 2) Las normas específicas aplicables a la modificación del contrato de obras se recogen en el artículo **234** (217 LCSP); las del contrato de concesión de obra pública en los artículos **243** (226 LCSP) y **250** (233 LCSP); las del contrato de gestión de servicios públicos en el artículo **282** (258 LCSP); las del contrato de suministro en el artículo **296** (272 LCSP); y las del contrato de servicios de mantenimiento en el artículo **306** (282 LCSP).
- 3) El procedimiento de ejercicio se regula en el artículo **108** (92 quinquies, LCSP) y **211 -195 LCSP-**. La formalización en el artículo **156** -140 LCSP-, y determinados efectos (Art.**29, 95, 99, 156, 219, 234** -29, 83, 87, 140, 202 y 217 LCSP-), se contemplan en otros artículos del TRLCSPP.
- 4) El artículo **20** del TRLCSPP se refiere a la aplicación de la normativa sobre modificación de los contratos a los contratos privados.

El Real Decreto 1098/2001 por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), diferencia la modificación de la figura de la revisión de precios en el artículo **101**, indica el procedimiento a emplear en los artículos **97 y 102**, y establece diversas prescripciones sobre la modificación del contrato de obras en los artículos **158 a 162**.

El Decreto 3854/1970, que aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado (D 3854/1970) se refiere a la modificación del contrato en las cláusulas 59 a 65.

## 2.- ALCANCE DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY DE ECONOMÍA SOSTENIBLE

Según el preámbulo de la LES, *“... se modifica por completo la normativa de los modificados de obras, de acuerdo con las prácticas recomendadas por la Unión Europea, y teniendo en cuenta, especialmente, la postura manifestada por la Comisión sobre modificaciones no previstas en los documentos de licitación y sobre el carácter de alteración sustancial de aquellas que excedan en más de un 10 por ciento el precio inicial del contrato. ...”*

No ha sido sin embargo propiamente la recomendación de la Unión Europea, sino el procedimiento de infracción contra España abierto por la Comisión Europea contra España, y la más que probable condena de ésta, lo que forzó a dicha modificación. En efecto, la Comisión abrió en su día expediente por considerar que la legislación española *“confería a las entidades adjudicadoras poderes muy amplios, casi ilimitados, para modificar cláusulas esenciales de los contratos públicos tras su adjudicación, en condiciones que no se atenían a los principios de igualdad de trato entre licitadores, no discriminación y transparencia fijados por las normas sobre contratación pública de la UE...”* y que la normativa existente *“... abría la posibilidad de que la entidad adjudicadora recurriera a procedimientos negociados sin publicación, infringiendo así el artículo 31 de la Directiva 2004/18/CE...”*

La regulación comunitaria de las modificaciones en los contratos públicos viene dada por la Directiva 2004/18/CE y, fundamentalmente, por la jurisprudencia comunitaria, especialmente la [Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de abril de 2004, CAS Succhi di Frutta Spa.](#)

El 6 de abril de 2011, justo un mes después de la entrada en vigor de la reforma, la Comisión Europea ha hecho público el cierre o abandono del procedimiento de infracción contra España.

\*\*\*

Las modificaciones más significativas introducidas por la LES fueron las siguientes:

- La normativa sobre modificación de los contratos pasa a ser de aplicación a los **contratos privados**, esto es, a aquellos celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública (Art. 20 TRLCSP). Anteriormente solo era de aplicación obligatoria a los contratos que celebraran las Administraciones Públicas (contratos administrativos). En cualquier caso, el orden jurisdiccional civil seguirá siendo el competente para conocer de las controversias que surjan entre las partes en relación a la modificación de estos contratos privados (Art. 21.2 TRLCSP). (**Nota:** El Art. 20 TRLCSP define también como privados determinados contratos, -ninguno de ellos de obra-, celebrados por una Administración Pública).
- Se establece la obligación de computar, dentro del **valor estimado** del contrato, los posibles modificados del contrato que se hallen previstos en la documentación que rige la licitación (Art. 88.1 TRLCSP -76.1 LCSP-). La determinación del valor estimado del contrato es considerado por el TRLCSP a múltiples efectos: para determinar el tipo de procedimiento por el que se puede o debe tramitar un expediente ( Artículos 13 y 14, -contratos sujetos a regulación armonizada-, 171 – procedimiento negociado-, etc.); para establecer la forma en el que se ha de dar publicidad a la licitación (Art. 177); para determinar los supuestos en que ciertos entes han de recabar autorización del Consejo de Ministros para celebrar contratos (Art. 317); etc.

De igual modo, el valor estimado incide en la exigencia de clasificación o no a las empresas y en la categoría de las mismas. El artículo 65.1 TRLCSP exige la clasificación para aquellos contratos de obra cuyo valor estimado sea igual o superior a 350.000 €, o de servicios de valor estimado igual o superior a 120.00 €. El grupo/subgrupo en el que han de estar clasificadas las empresas licitadoras y, dentro de ellos, la categoría exigible para cada contrato, viene regulada especialmente en el artículo 36 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). El valor estimado del contrato determina por lo tanto la

exigencia o no de clasificación como, en su caso, la categoría de los subgrupos exigibles.

*(Comentario: No deja de causar extrañeza que una reforma de la Ley que, en lo que se refiere a la modificación de los contratos, pretende fundamentalmente garantizar el principio de libre concurrencia a la licitación, se convierta aquí en un límite a la libre concurrencia de aquellas empresas que teniendo la solvencia exigible para la ejecución de la obra realmente licitada, no disponen sin embargo de la clasificación o de la categoría exigible, por exigirse o no clasificación, no en función del importe de licitación sino por su valor estimado incluyendo en el mismo el valor de las modificaciones que, eventualmente, se puedan llevar a cabo.)*

- De modo expreso, se diferencia entre la **modificación del objeto del contrato** –se estudia en el presente tema- y las modificaciones subjetiva, temporal (prorroga) y, la que supone la revisión de precios (Art. 105.1 TRLCSP -92 bis 1 LCSP-).
- Al igual que en la regulación anterior se diferencia entre las **modificaciones previstas y la no previstas** en la documentación que rige la licitación, ahora bien, a diferencia de aquella, la regulación introducida por la LES, establece en numerus clausus, las circunstancias que deben concurrir para llevar a cabo una modificación no prevista en los pliegos o el anuncio de licitación (Art. 107.1 TRLCSP -92 quáter.1. LCSP-) y que, en todo caso, (Art. 107.2 TRLCSP -92 quáter.2. LCSP-) no podrá suponer una alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación, (Art. 107.3 TRLCSP -92 quáter.3. LCSP-).
- Dentro del concepto de alteración de las condiciones esenciales, se contempla expresamente (Art. 107.3 TRLCSP) las modificaciones del contrato, no previstas en la documentación que rige la licitación, que iguallen o excedan en **más o en menos el 10%** del precio de adjudicación. Superado el mismo, la ley establece la obligación por parte del órgano de contratación de proceder a la resolución del contrato (105.1. 2º pfo. TRLCSP - 92 bis LCSP-). Recordemos que con anterioridad a la reforma este porcentaje era del 20%, y el contratista se encontraba facultado para instar la resolución del contrato sobrepasado tal porcentaje.

### 3.- CONCEPTO

El *ius variandi* se refiere al poder de modificación unilateral del objeto del contrato que ostenta la Administración. La regla general de inmutabilidad de los contratos que impera en el derecho privado (*pacta sunt servanda / lex inter partes*), se ve alterada por esta potestad de la Administración de naturaleza extracontractual, teniendo carácter finalista, ya que permite adaptar los contratos a las nuevas vicisitudes que puedan plantearse durante su ejecución (ya sea por la larga duración o por la complejidad de su objeto), en aras a salvaguardar el interés público, cuya prevalencia es la que justifica esta prerrogativa, de forma tal que, por ministerio de la ley, la regla general de la inmutabilidad del contrato predominante en el ordenamiento civil, se transforma en inmutabilidad del fin o del servicio.

En todo caso, el poder de modificación está sometido en cuanto a su ejercicio, a límites tanto de carácter formal, como de carácter material, ya que se trata de una potestad reglada, de modo que lo que constituye un título habilitante de la actuación administrativa, al propio tiempo se convierte en un conjunto de garantías para el contratista. Además, en garantía de los derechos de terceros, se señala en doctrina reiterada por el Consejo de Estado y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que la utilización de esta prerrogativa habrá de operar de modo restrictivo (excepcional), dado que, un uso indiscriminado de la misma puede entrañar un claro fraude a la ley, en cuanto puede atentar al principio de libre concurrencia, cerrando el acceso a una nueva licitación a otros posibles contratistas. Precisamente, la reforma en su día operada en la LCSP por la Ley de Economía Sostenible, tuvo como finalidad fundamental limitar el uso arbitrario de esta prerrogativa.

#### 4.- PRESUPUESTOS Y CLASES

Dispone el artículo 219 TRLCSP (202 LCSP), que una vez perfeccionado los contratos “... solo podrán ser modificados por razones de interés público”, reiterando lo dispuesto en su artículo 210 TRLCSP (194 LCSP), según el cual la Administración ostenta la prerrogativa respecto a los contratos “...de modificarlos por razones de interés público...”. El **interés público** es un concepto abstracto cuya aplicación a casos concretos ha de determinarse y transformarse en decisiones jurídicas. La precisa definición del interés público o general, se constituye en garantía de los intereses individuales y de los colectivos simultáneamente, y se concreta en normas protectoras de bienes jurídicos diversos que imponen límites a la actuación pública y privada.

\*\*\*

Además, 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.
- Incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente.

En estos supuestos, deberá procederse 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 en los artículos 171.b) –obras complementarias- ó 174.b) –servicios complementarios- (Art. 105.2 TRLCSP -92.bis.2 LCSP-).

\*\*\*

El régimen aquí estudiado es aquél al que con reservas podríamos denominar modificación objetiva, por afectar al objeto del contrato, fundamentalmente, a la prestación a la que viene obligado el contratista. Otras variaciones de las condiciones inicialmente pactadas en el contrato –...sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución... (Art. 105 TRLCSP - 92 bis LCSP-) – seguirán el procedimiento previsto por la normativa para cada caso.

\*\*\*

Contempla el TRLCSP dos tipos de modificaciones: Las que se encuentran previstas en el pliego o en el anuncio de licitación, y las no previstas en estos documentos, estableciendo regímenes, límites y procedimientos distintos para cada uno de ellas.

#### A.- 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. (Art. 106 TRLCSP -92 Ter LCSP-)*

La modificación así prevista, supondrá por lo general un aumento en el precio del contrato, tal repercusión

no sólo ha de ser tenida en cuenta en la documentación que prevea la modificación, sino que, tal y como señala el artículo 88.1 TRLCSP *“En el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 106, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado, se considerará valor estimado del contrato el importe máximo que éste pueda alcanzar, teniendo en cuenta la totalidad de las modificaciones previstas.”* Recordemos que el valor estimado del contrato es tomado en consideración por la ley a múltiples efectos, así para determinar la exigencia de clasificación, la consideración del contrato como sometido a regulación armonizada, etc.

## **B.- MODIFICACIONES NO PREVISTAS EN LA DOCUMENTACIÓN QUE RIGE LA LICITACIÓN**

La posibilidad de llevar a cabo una modificación no prevista en la documentación que rige la licitación requiere según previsión establecida en el artículo 107 del TRLCSP, que:

- **Concurran y se justifiquen** suficientemente alguna de las **circunstancias** previstas para ello en la ley.
- **No se alteren las condiciones esenciales** de la licitación y adjudicación definidas en la ley.

### **B1.- Circunstancias que deben concurrir y justificarse** (Art.107.1. TRLCSP)

**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.**

En su recomendación de 28/03/12 [MEH RECOM Art 107](#) la JCCA del Estado precisa:

*“La diligencia exigida en el caso de modificaciones producidas por las circunstancias contenidas dentro de este precepto,(107.1.b –siguiente-) es la misma que la que se exige en el caso de que se trate de modificaciones de un contrato público vinculadas a errores u omisiones del proyecto, por lo que, aunque no conste así de forma expresa dentro de este subapartado o letra a), la referencia a esta diligencia contenida dentro de la letra b) [Ver punto siguiente] del mismo precepto, se puede hacer extensiva y aplicable al primer subapartado.”*

**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 del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.**

Por lo tanto, en este supuesto como el anterior, la modificación no podrá ser llevada a cabo si trae como causa una deficiente elaboración del proyecto o especificaciones técnicas, lo que además, debería suponer el inicio de expediente para determinar las responsabilidades al autor del proyecto, contemplado por el propio TRLCSP en sus artículos 310 a 312, cuando el mismo ha sido elaborado por un tercero ajeno a la Administración en virtud de un contrato de servicios.

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

*“... hay que entender que el concepto de fuerza mayor a que se refiere el precepto transcrito no es el que establece descriptivamente el artículo 214 de la LCSP, (231 TRLCSP) ya que este precepto se refiere en concreto al contrato de obras (y a la fase de ejecución de las obras en el contrato de concesión de obra pública), siendo así que la regla del artículo 92 quáter, apartado 1 c), de la LCSP (107 TRLCSP) es aplicable a todos los contratos que regula este texto legal. Es por ello por lo que el concepto de fuerza mayor que ha de tenerse en cuenta a los efectos del precepto legal últimamente citado no es el del artículo 214,(231 TRLCSP) sino el que resulta del artículo 1105 del Código Civil.” (Circular 01/2011 de la Abogacía del Estado - [ABO 01 2011-](#)).*

**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.

La anteriormente mencionada recomendación [MEH RECOM Art 107](#) ., de la JCCA del Estado expone al respecto:

*“En estos casos, cuando el poder adjudicador es al mismo tiempo la autoridad responsable de la aprobación de nuevas medidas que puedan afectar a las especificaciones del contrato, los pliegos del contrato deberán definir las prestaciones teniendo en cuenta el contenido de las medidas que se pretenden aprobar en un momento posterior de la ejecución del contrato.”*

## **B2.- Condiciones esenciales cuya afectación impedirá la modificación del contrato**

*La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria. (Art.107.2. TRLCSP)*

*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. (Art.107.3. TRLCSP):*

**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.**

Esta limitación no debe ser interpretada en el sentido de prohibir incrementos en el precio, sino a que han de tomarse como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato y sus bajas, no pudiendo aumentar con ocasión de la modificación, el beneficio del contratista. Este supuesto, recoge la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 2008, que en su sentencia en el asunto [C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH](#), cuyo apartado 37 establece: *“una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial”*.

**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.**

Entiende la Abogacía del Estado ([ABO 01 2011](#)) que estaremos ante unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas cuando el proyecto modificado exija una clasificación antes no requerida, o la exigencia de clasificación en un grupo y subgrupo distinto del inicialmente requerido, así como la exigencia, por consecuencia de la modificación, de una categoría superior que no sea la inmediata a la inicialmente exigida, en tanto no se dará esa modificación sustancial cuando la nueva categoría exigible es la inmediatamente superior.

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

Ahora bien, "...tal consideración no implica que las modificaciones que se encuentren por debajo de ese 10% sean siempre calificadas como no esenciales, esto es, toda modificación que exceda del 10% debe ser considerada como esencial, pero no todas las modificaciones del precio que sean inferiores a ese 10% deben ser rechazadas automáticamente como no esenciales" ([MEH RECOM Art 107](#)).

(C.18.04.- A los efectos de computo del límite (10%) en el incremento del gasto previsto en los artículos 107.3.d (92 quáter 3. d. LCSP), y 234.3 TRLCSP (217.3 LCSP) –Art. 160 RGLCAP- ¿Cabe la compensación entre aumentos y minoraciones?...No).

(C.18.05.- ¿En el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación, han de compararse el precio inicial y el modificado sin aplicar tipos diferentes en el Impuesto sobre el Valor Añadido?... Sí, habrá de prescindirse del IVA).

**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.

**f.-** Aparte de las señaladas, la Recomendación de la JCCA [MEH RECOM Art 107](#) reiteradamente citada, rechaza que las expuestas, sean las únicas causas que pueden suponer una alteración de las condiciones esenciales del contrato, razonando que cualquier causa que suponga una alteración de tales condiciones debe impedir proceder a la modificación del contrato: "Por último, hay que destacar que toda la regulación que aparece dentro del artículo 107, debe entenderse hecha a partir de la línea directriz que supone el **segundo apartado** de este precepto, que debe servir de base para cualquier interpretación que deba hacerse de este artículo. Así pues, las referencias hechas a las modificaciones que aparecen dentro de los apartados 1 y 3 del mismo, sólo entrarán en juego en el caso de que se trate de modificaciones que no alteren las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, las cuales, según este mismo precepto, deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria."

(Nota: La JCCA de Cataluña en su informe [CAT 14/2010](#), se pronunciaba en el siguiente modo: "... En este sentido, hay que tener en cuenta que la expresión "condiciones esenciales del contrato" responde a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, lo cual supone que no se pueda establecer una fórmula que permita determinar previamente qué condiciones tienen carácter esencial, sino que esta determinación tiene que efectuarse caso por caso, sin perjuicio que se pueda entender como esenciales aquellas estipulaciones que, de haber figurado en el anuncio de licitación o en los pliegos, hubieran permitido a los licitadores presentar una oferta sustancialmente diferente.").

## **5.- PROCEDIMIENTOS DE EJERCICIO**

La modificación de los contratos se llevará a cabo en el modo previsto en el TRLCSP. Como en todos los procedimientos regulados por el TRLCSP, será de aplicación subsidiaria la normativa contenida en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y normas complementarias (Disposición Final 3ª TRLCSP –D.F. 8ª LCSP-), si bien, según doctrina tanto del Consejo de Estado ([DCE 477/2001](#)), como de la JCCA ([MEH 16 2000](#)), no debe llevarse a cabo una aplicación supletoria indiscriminada de la LRJPAC, cuando el resultado pueda ser contrario a los principios generales que rigen la contratación administrativa.

Tratándose de **modificaciones previstas** en el contrato "...las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos." (Art.108.1 TRLCSP). En todo caso será preceptivo el Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 % del precio primitivo del

contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros. Este informe no es vinculante para el órgano de contratación (Art. 83.1 LRJPAC)

Tratándose de **modificaciones no previstas**, establece el TRLCSP un procedimiento general aplicable al ejercicio de todas las prerrogativas de las Administraciones públicas que contendrá ciertas singularidades según cual sea el tipo de contrato sobre el que se ejercita. Además, habrá de hacerse referencia a ciertos procedimientos especiales aplicables al contrato de obras. Por último, será objeto de estudio el procedimiento aplicable por aquellas entidades del sector público que no tengan la condición de Administración Pública.

#### **A.- PROCEDIMIENTO GENERAL APLICABLE A LAS MODIFICACIONES NO PREVISTAS DE LOS CONTRATOS**

Los requisitos procedimentales para la modificación del contrato se regulan fundamentalmente en el artículo 211 TRLCSP -195 de la LCSP-, habiéndose de tener en cuenta, además, ciertas precisiones contenidas en el artículo 108 y, tratándose de un contrato de obras, lo previsto en el artículo 234 TRLCSP. A continuación se relacionan estos trámites, mezclando los generales de todo tipo de contrato, con los que son propios del contrato de obras, si bien, como se verá en el apartado siguiente, la ley hace mención a tres supuestos específicos del contrato de obras con su singular procedimiento.

**a.- Audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas**, si éstos 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. (Art. 108.2 TRLCSP -92 quinquies 1. LCSP-).

**b.- Propuesta del servicio administrativo competente** en la que se justifique la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley y se valore, en su caso, la cuantía de la modificación, a efectos del restablecimiento del equilibrio económico del contrato y de su posible resolución por exceder los límites cuantitativos.

Tomando como base la LRJPAC, se interpreta que no solo la Administración, como parece deducirse del TRLCSP, se encuentra legitimada para instar la modificación del contrato, sino que también puede ésta ser solicitada por el contratista.

*(C.18.07.- ¿Puede un tercero personarse en el expediente de modificación de un contrato? ... Sí, si acredita interés legítimo).*

**c.- (C. obra) Redacción de la modificación** del proyecto y aprobación técnica de la misma. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente. (Art. 234.2 TRLCSP -217.2 LCSP-). El RGLCAP (Art 162.2), exige de igual modo, la conformidad del contratista a la variación de plazo resultante de la introducción de nuevas unidades. Por su parte el artículo 161 RGLCAP dispone que se tramitaran como modificación del contrato los cambios del origen o procedencia de los materiales naturales previstos y exigidos en la memoria o, en su caso, en el pliego de prescripciones técnicas.

**d.- Audiencia del contratista**, por plazo mínimo de tres días.

**e.- Informe del servicio jurídico** correspondiente cuando la Administración contratante sea el Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales. En el resto de administraciones, habrá que estar a su normativa reguladora. Este informe no es vinculante para el órgano de contratación (Art. 83.1 LRJPAC).

(Nota: La exigencia contenida en el artículo 211.3.b. de solicitar Informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, cuando la cuantía de las modificaciones, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10 % del

precio primitivo del contrato y éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros, no es aplicable al supuesto de modificados no previstos, al no ser posible que los mismos superen el 10% del precio primitivo del contrato).

f.- Acuerdo motivado del órgano de contratación aprobando el expediente, tanto en su dimensión técnica como económica. El acuerdo adoptado por el órgano de contratación pondrá fin a la vía administrativa y será inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de su impugnación en vía contenciosa. El derecho del contratista prescribe a los cuatro años contados desde la fecha en que se produce la notificación del acuerdo de modificación.

g.- Formalización de la modificación en el modo previsto en el artículo 156 TRLCSP (140 LCSP) para la formalización de los contratos.

La omisión de alguno de los trámites señalados determinará la nulidad del procedimiento y la retroacción de las actuaciones al momento en que se prescindió del mismo. (Nota: Si bien cierta jurisprudencia ha relativizado la exigencia del trámite de audiencia del contratista "de manera que únicamente cuando genere indefensión en el interesado podrá servir para producir efectos invalidantes" (STS nº roj 3048/2002), la misma es anterior a la vigencia de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), norma en la cual, por primera vez, se recogía de modo expreso su exigencia, por lo que ha de entenderse que actualmente, la omisión de este requisito supondrá causa de nulidad del procedimiento).

(C.18.02.- ¿Como se tramita una modificación sobre un contrato menor cuando, como resultado de la variación (en más), el importe total del contrato modificado excede los límites señalados por la ley para este tipo de contratos?... La modificación de un contrato menor no puede superar los límites cuantitativos que para este tipo de contratos establece la ley).

## **B.- PROCEDIMIENTOS ESPECIALES EN EL CONTRATO DE OBRAS**

Previstos todos ellos en el artículo 234 del TRLCSP.

### **B1.- Modificación instada por el Director Facultativo**

*Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente, que se sustanciará con carácter de urgencia 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. (Art. 234.3 TRLCSP -217.3 LCSP-)

### **B2.- Modificación del número de unidades inicialmente prevista.**

*No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato. (Art. 234.3 TRLCSP -217.3 LCSP-. Igual redacción artículo 160.1 RGLACP).*

*Las variaciones mencionadas en el apartado anterior, respetando en todo caso el límite previsto en el mismo, se irán incorporando a las relaciones valoradas mensuales y deberán ser recogidas y abonadas en las certificaciones mensuales... o con cargo al crédito adicional del 10 %... No obstante, cuando con posterioridad a las mismas hubiere necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de las previstas... [para el contrato de obras]..., habrán de ser recogidas tales variaciones en la propuesta a elaborar, sin necesidad de esperar para hacerlo a la certificación final citada.(Art. 160.2).*

Subrayar, que el porcentaje señalado del 10% lo es en relación al precio, no al número de unidades, las cuales podrán alterarse en más o en menos, siempre que no se supere el límite del 10% del precio.

(C.18.04.- A los efectos de computo del límite (10%) en el incremento del gasto previsto en los artículos 107.3.d (92 quáter 3. d. LCSP), y 234.3 TRLCSP (217.3 LCSP) –Art. 160 RGLCAP- ¿Cabe la compensación entre aumentos y minoraciones?...No).

Téngase en cuenta además, que en el supuesto de que la modificaciones introducidas no respeten los requisitos de procedimiento y competencia, como sucede por ejemplo, en el supuesto de que no teniendo competencia para ello la misma sea ordenada, expresa o tácitamente, por el director de la obras sin aprobación del órgano de contratación, el contratista que de buena fe ejecuta el exceso respecto a la prestación inicialmente pactada, tendrá derecho a ser indemnizado por la Administración. Así se ha reconocido en numerosas sentencias (Ver p.ej. [STS 8489/2011](#) y las citas a otras sentencias en ella contenida), con base en la doctrina del **enriquecimiento injusto**, doctrina aplicable así mismo para justificar la procedencia del abono de las obras complementarias no previstas en proyecto.

*(C.18.08.- ¿El porcentaje (10%) de los eventuales excesos de medición (Art.234.3 TRLCSP -217.3 LCSP-), se ha de entender incluido y acumulado al límite del 10% al que hace referencia el artículo 107.3.d TRLCSP -92 quater 3.d. LCSP- a los efectos de la consideración de la modificación como una alteración esencial del contrato?...No).*

*(C.18.03.- ¿La expresión “precio primitivo del contrato” que recoge el artículo 234.3 TRLCSP –Modificación del contrato de obras-, se refiere exclusivamente al precio de adjudicación del contrato principal, o también al importe de la revisión de precios y en su caso al importe de las modificaciones?... Debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato).*

### B3.- Modificación que suponga la suspensión de las obras

Acordada por el órgano de contratación la redacción de modificaciones del proyecto que impliquen la imposibilidad de continuar ejecutando determinadas partes de la obra contratada, deberá acordarse igualmente la suspensión temporal, parcial o total, de la obra.

*Cuando dicha suspensión pueda ocasionar graves perjuicios para el interés público, el Ministro, si se trata de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, podrá acordar -y este acuerdo supondrá además la aprobación del gasto- que continúen provisionalmente las mismas tal y como esté previsto en la propuesta técnica que elabore la dirección facultativa, siempre que el importe máximo previsto no supere el 10 % del precio primitivo del contrato y exista crédito adecuado y suficiente para su financiación.*

*El expediente modificado a tramitar al efecto exigirá exclusivamente la incorporación de las siguientes actuaciones:*

- a. Propuesta técnica motivada efectuada por el director facultativo de la obra, donde figurará el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar.*
- b. Audiencia del contratista.*
- c. Conformidad del órgano de contratación.*
- d. Certificado de existencia de crédito.*

*En el plazo de seis meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de ocho meses el expediente del modificado.*

*Dentro del citado plazo de ocho meses se ejecutarán preferentemente, las unidades de obra previstas, aquellas partes que no hayan de quedar posterior y definitivamente ocultas. (Art. 234.4 TRLCSP -217.4 LCSP).*

*(C.19.01.- En el supuesto de que la tramitación del modificado exija la suspensión de las obras, ¿La tramitación del expediente consta de una sola fase -la prevista en el artículo 234.4 TRLCSP (217.4 LCSP) o de dos fases -la indicada más la general de las modificaciones- ... De dos fases).*

**(Comentario:** La continuación de las obras mientras se elabora el proyecto y aprueba el expediente modificado, puede llevar a la sorprendente situación de finalizar las obras sin encontrarse aprobado el modificado, con todo lo que ello puede suponer ante la imposibilidad de receptorlas hasta que sea aprobado el modificado, situación que se complicaría aun mas, si se procede a la ocupación efectiva de las obras en cuyo caso (Art. 235.6 TRLCSP) “... desde que concurran dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras y en los términos en que reglamentariamente se establezcan.”)

### C- PROCEDIMIENTO APLICABLE AL RESTO DE ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO.

Como ha quedado anotado, a partir de la modificación introducida en la LCSP por la LES, la normativa sobre modificación de los contratos pasa a ser de aplicación a los contratos privados, esto es, a aquellos celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública (Art. 20 TRLCSP); Anteriormente solo era de aplicación obligatoria a los contratos que celebraran las Administraciones Públicas (contratos administrativos). En cualquier caso, el orden jurisdiccional civil seguirá siendo el competente para conocer de las controversias que surjan entre las partes en relación a la modificación de estos contratos privados (Art. 21.2 TRLCSP).

*“... En este segundo supuesto no se establece en la LCSP ninguna regla que fije el procedimiento que deba seguirse. Así las cosas, y dado que no resulta aplicable el procedimiento del artículo 195 de dicho texto legal (211 TRLCSP), hay que entender que el procedimiento será el que se determine, en la documentación que rija la licitación, por el ente, organismo o entidad contratante, que podrá aplicar el procedimiento que, en su caso, haya establecido en las normas de contratación a que se refieren los artículos 175 y 176 de la LCSP, (191 Y 192 TRLCSP) si bien deberá darse trámite de audiencia en todo caso al contratista, siendo recomendable el informe de la Asesoría Jurídica...” (Circular 01/2011 de la Abogacía del Estado - ABO 01 2011-).*

## 6.- EFECTOS

Como manifestación de la prerrogativa de la Administración, la modificación del contrato es obligatoria para el contratista, según señala el artículo 219 del TRLCSP. Esta obligatoriedad es matizada en el caso de los contratos de suministros (Art.296 TRLCSP) y servicios de mantenimiento (Art.306) – *“...siempre que los mismos estén contenidos en el contrato...”*, pero de aplicación plena en el contrato de obras, según interpretación realizada por el Tribunal Supremo y a la que se hace referencia a continuación.

### A.- PRECIO

De suponer la modificación un **aumento** de obra, el contratista tendrá derecho al mayor precio resultante.

En caso de que la modificación suponga **supresión o reducción** de unidades de obra, el contratista no tendrá derecho a reclamar indemnización alguna. (Art. 234.1 TRLCSP)

*(C. 18.01.- ¿Es aplicable la baja de adjudicación a las nuevas unidades de obra como consecuencia de la modificación del contrato? ... Sí, cuando son ejecutadas por el mismo contratista. En el caso de que se acuda a una nueva licitación, habrá de estarse a la baja resultante del proceso).*

Cuando las modificaciones supongan la **introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste**, los precios aplicables a las mismas serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles. Si éste no aceptase los precios fijados, el órgano de contratación podrá contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente. (Art. 234.2 TRLCSP). La interpretación tradicional del precepto reproducido, consideraba ser éste un supuesto que excepcionaba la regla general de la obligatoriedad de la modificación para el contratista de la obra, de modo que si no estuviera conforme con el precio señalado para las nuevas unidades podría negarse a su ejecución, sin embargo la sentencia del Tribunal Supremo [STS 3293/2011](#), considera que la negativa del contratista lo que abre es una posibilidad a la Administración para que ésta contrate tales unidades con un tercero, o las ejecute por si mismo pero, de no ejercer tal facultad, **el contratista se verá obligado a ejecutar los nuevos trabajos** a los precios señalados por la Administración, con independencia de la posibilidad de impugnarlos a través de los recursos correspondientes.

*“... Es en este contexto en el que debe interpretarse el artículo 146.2, [Art. 234.2 TRLCSP] como sostiene el Abogado del Estado, que no hace referencia a la obligatoriedad de continuar la obra modificada por el contratista, sino al precio del modificado, que es fijado por la Administración, y que posibilita a ésta, de no estar conforme el interesado con el precio fijado, (que por supuesto puede impugnar, lo que no ocurre en el caso presente), optar por ejecutar por ella misma la parte*

*modificada o encargarla a un tercero. Pero esta es una potestad que la Administración puede no ejercitar, como ocurre en el presente caso, donde el proyecto se ha modificado reforzando la cimentación, lo que impide que sean dos empresas distintas las que lo realicen, con la consecuencia de que sigue vigente la obligatoriedad para el contratista de ejecutar las obras, siempre que no superen los umbrales del artículo 149, letra e) y solicite el contratista la resolución, y sin perjuicio de que éste impugne el precio fijado unilateralmente por la Administración...”*

De haberse establecido un sistema de **retribución a tanto alzado** con precio cerrado, el precio ofertado por el adjudicatario se mantendrá invariable no siendo abonables las modificaciones del contrato que sean necesarias para corregir errores deficiencias u omisiones padecidos en la redacción del proyecto conforme a lo establecido en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 107. (Art. 233.2 TRLCSP -216.2 LCSP-). Esta transferencia del riesgo al contratista tiene su justificación en el hecho de que en las obras a tanto alzado y precio cerrado, el licitador tiene la posibilidad de forma previa a la presentación de su oferta, de comprobar la adecuación del proyecto a la realidad de la obra, para ello el órgano de contratación viene obligado a garantizar a los interesados el acceso al terreno donde se ubicarán las obras, a fin de que puedan realizar sobre el mismo las comprobaciones que consideren oportunas con suficiente antelación a la fecha límite de presentación de ofertas y los licitadores están obligados a presentar un proyecto básico.

### **B.- PLAZO**

Cuando **sin introducir nuevas unidades** de obra las modificaciones del proyecto provoquen variación en el importe del contrato e impliquen la necesidad de reajustar el plazo de ejecución de la obra, éste no podrá ser aumentado o disminuido en proporción superior a la que resulte de la variación del importe. El plazo se concretará en meses redondeándose al alza el número de días sobrantes que resulte (Art. 162.1 RGLCAP).

Cuando sea necesaria **la ejecución de unidades nuevas** no previstas en el proyecto, el director de las obras elevará al órgano de contratación las propuestas de los precios nuevos y la repercusión sobre el plazo de ejecución del contrato. La conformidad por parte del contratista a los nuevos precios y a la variación del plazo total de la obra será condición necesaria para poder comenzar los trabajos correspondientes a las unidades nuevas (Art. 162.2 RGLCAP).

*(C.18.06.- En el supuesto previsto en el artículo 234.3 TRLCSP y 160 RGLCAP, -variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas ordenadas por el director de las obras- ¿Puede entenderse implícitamente ampliado el plazo de ejecución del contrato?...No).*

### **C.- GARANTÍA**

Cuando como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, se deberá, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, reajustarse la garantía en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique al empresario el acuerdo de modificación (Art. 99 TRLCSP -87 LCSP-).

### **D.- FORMALIZACIÓN**

La modificación aprobada debe formalizarse en el modo previsto en el artículo 156 TRLCSP -140 LCSP- para la formalización de los contratos.

La modificación del contrato ha de ser comunicada, en el plazo de tres meses desde su formalización, por el órgano de contratación al Tribunal de cuentas o, en su caso, al órgano de control externo de la Comunidad Autónoma, cuando el precio del contrato de obra exceda los 600.000.-€ (Art.29 TRLCSP -Ídem LCSP-).

Deberá igualmente, procederse al reajuste de la financiación del contrato y su fiscalización por la intervención (Art 109.3 TRLCSP -93.3 LCSP-).

### E.- RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

En el supuesto de que no concurran los presupuestos, o se excedan los límites establecidos por la ley para la modificación del contrato, el TRLCSP establece la obligación de resolver el contrato, indemnizando al contratista, y efectuando una nueva licitación.

Recordemos que estos presupuestos/límites no concurrirán o se excederán:

- a) Cuando no exista una razón de interés público para modificar el contrato (Art.219.1 TRLCSP -202 LCSP-).
- b) Cuando no sea posible la modificación del contrato por tener por finalidad 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.
- c) Cuando no concurran las circunstancias previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación para la modificación del contrato y,
- d) Tampoco concurran las circunstancias señaladas por la ley para las modificaciones contractuales no previstas, a las que hace referencia el artículo107.1 TRLCSP (92 quáter 1. LCSP) o, concurriendo, alteren las condiciones esenciales de licitación y adjudicación señaladas en el artículo 107.2 TRLCSP (92 quáter 3. LCSP).

En los supuestos señalados en el apartado b) podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b). (Art. 105.2 TRLCSP -92 bis 2 LCSP-).

Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de éste quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de éste por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles. (Art. 225.6 TRLCSP -208.6 LCSP-).

### F.- RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Establece el artículo 40.2 TRLCSP “...no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.”

## **ANEXO I.- CUESTIONES**

(C.18.01.- ¿Es aplicable la baja de adjudicación a las nuevas unidades de obra como consecuencia de la modificación del contrato? ... Sí, cuando son ejecutadas por el mismo contratista. En el caso de que se acuda a una nueva licitación, habrá de estarse a la baja resultante del proceso).

(C.18.02.- ¿Como se tramita una modificación sobre un contrato menor cuando, como resultado de la variación (en más), el importe total del contrato modificado excede los límites señalados por la ley para este tipo de contratos?)... La modificación de un contrato menor no puede superar los límites cuantitativos que para este tipo de contratos establece la ley).

(C.18.03.- ¿La expresión “precio primitivo del contrato” que recoge el artículo 234.3 TRLCSP –Modificación del contrato de obras-, se refiere exclusivamente al precio de adjudicación del contrato principal, o también al importe de la revisión de precios y en su caso al importe de las modificaciones?... Debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato).

(C.18.04.- A los efectos de computo del límite (10%) en el incremento del gasto previsto en los artículos 107.3.d (92 quáter 3. d. LCSP), y 234.3 TRLCSP (217.3 LCSP) –Art. 160 RGLCAP- ¿Cabe la compensación entre aumentos y minoraciones?...No).

(C.18.05.- ¿En el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación, han de compararse el precio inicial y el modificado sin aplicar tipos diferentes en el Impuesto sobre el Valor Añadido?... Sí, habrá de prescindirse del IVA).

(C.18.06.- En el supuesto previsto en el artículo 234.3 TRLCSP y 160 RGLCAP, -variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas ordenadas por el director de las obras- ¿Puede entenderse implícitamente ampliado el plazo de ejecución del contrato?...No).

(C.18.07.- ¿Puede un tercero personarse en el expediente de modificación de un contrato? ... Sí, si acredita interés legítimo).

(C.18.08.- ¿El porcentaje (10%) de los eventuales excesos de medición (Art.234.3 TRLCSP -217.3 LCSP-), se ha de entender incluido y acumulado al límite del 10% al que hace referencia el artículo 107.3.d TRLCSP -92 quater 3.d. LCSP- a los efectos de la consideración de la modificación como una alteración esencial del contrato?...No).

(C.19.01.- En el supuesto de que la tramitación del modificado exija la suspensión de las obras, ¿La tramitación del expediente consta de una sola fase -la prevista en el artículo 234.4 TRLCSP (217.4 LCSP) o de dos fases -la indicada más la general de las modificaciones- ... De dos fases).

\*\*\*

### **C.18.01.- ¿Es aplicable la baja de adjudicación a las nuevas unidades de obra como consecuencia de la modificación del contrato?**

#### **RESUMEN**

Sí, cuando son ejecutadas por el mismo contratista. En el caso de que se acuda a una nueva licitación, habrá de estarse a la baja resultante del proceso.

#### **BAL 05/2001**

*“En las modificaciones de los contratos administrativos que introduzcan nuevas unidades de obra, de bienes o de servicios, no comprendidas en el contrato o cuyas características difieren sustancialmente de ellas, se deberá aplicar al precio de las nuevas unidades el mismo porcentaje de la baja de adjudicación, cuando dichas unidades sean ejecutadas por el mismo contratista.*

*... si el contratista no acepta los nuevos precios fijados en la modificación del contrato, se podrá acudir a la contratación con otro empresario, como así lo permite el tan citado artículo 146.2 de la TRLCAP, (234.2 TRLCSP -217.2 LCSP-) donde podrá producirse la correspondiente baja en la licitación que tenga lugar, que coincidirá o no con la del contratista primitivo, pero que por mor de todo el proceso de elaboración de los precios que se ha descrito, el presupuesto base de licitación habrá tenido el mismo punto de partida que el del contrato primitivo. “*

\*\*\*

**C.18.02.- ¿Como se tramita una modificación sobre un contrato menor cuando, como resultado de la variación (en más), el importe total del contrato modificado excede los límites señalados por la ley para este tipo de contratos?**

#### RESUMEN

La modificación de un contrato menor no puede superar los límites cuantitativos que para este tipo de contratos (50.000 € obras y 18.000 € resto –Art.138 TRLCSP-) establece la ley. En cualquier caso, no puede tramitarse la modificación como un procedimiento negociado sin publicidad.

#### MAD 04/2001

*“Conclusiones: 1.- Que como consecuencia de una modificación contractual no se pueden superar los límites cuantitativos que establece la LCAP cuando el contrato principal se ha tramitado como un contrato menor.*

*2.- Que un contrato menor, como consecuencia de una modificación contractual no podrá transformarse en un procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, ni tramitarse otro contrato menor.”*

**Nota:** Téngase en cuenta que, además, no cabe la revisión de precios en los contratos menores (Art.89.2 TRLCSP -77.2 LCSP-).

\*\*\*

**C.18.03.- ¿La expresión “precio primitivo del contrato” que recoge el artículo 234.3 TRLCSP –Modificación del contrato de obras-, se refiere exclusivamente al precio de adjudicación del contrato principal, o también al importe de la revisión de precios y en su caso al importe de las modificaciones?**

#### RESUMEN

En la expresión “precio primitivo” debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato.

#### CAT 08/2008

[El límite del 10 por 100 adicional previsto en el artículo 217.3, segundo párrafo, de la LCSP -234.3 TRLCSP-, y en el artículo 160 del RGLCAP], *“... hace referencia al precio primitivo del contrato, entendido como precio de adjudicación del contrato, sin que se puedan tener en cuenta, a tal efecto, ni ulteriores modificaciones aprobadas ni contratos complementarios.”*

#### MEH 37/2007

*“Por lo expuesto, la JCCA entiende que en la expresión precio primitivo del contrato debe considerarse únicamente el importe de adjudicación del contrato resultante del procedimiento de adjudicación, computando o no el importe correspondiente al Impuesto sobre el Valor Añadido en los supuestos en que la norma determina o no su exclusión, y que en los supuestos en que se produzca la revisión de precios, conforme a las normas establecidas al efecto, tal importe deberá actualizarse por la repercusión sobre el mismo de los índices o fórmulas de revisión aplicables en el tiempo, sin que sobre tal resultado puedan aplicarse los importes resultantes de las posibles modificaciones del contrato.”*

\*\*\*

**C.18.04.- A los efectos de computo del límite (10%) en el incremento del gasto previsto en los artículos 107.3.d TRLCSP (92 quáter 3.d.), 234.3 TRLCSP (217.3 LCSP) y 160 RGLCAP- ¿Cabe la compensación entre aumentos y minoraciones?**

#### RESUMEN

Hasta la modificación introducida en la LCSP por la Ley de Economía Sostenible (Art. 92 quáter.3.d.) la respuesta (JCCA central [MEH 16/2006](#)) era afirmativa, a partir de ésta –parece que- la respuesta ha de ser negativa (en el sentido ya adelantado por el informe [BAL 10/2003](#) de la JCCA de Baleares).

### MEH 16/2006

*“...sobre si cabe posibilidad de compensar excesos y defectos de medición a efectos del cómputo del límite del 10 por 100, entiende esta Junta Consultiva que no existe ningún impedimento para ello, puesto que el artículo 160 del RGLCAP se refiere a "variaciones" y no a aumentos o reducciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas de forma aislada. Por tanto, el límite del 10 por 100 ha de aplicarse sobre el saldo de dichos aumentos o reducciones, es decir teniendo en cuenta la variación total que se produce en el número de unidades ejecutadas.”*

**Nota:** El artículo 234.3 (último párrafo) TRLCSP, reproduce prácticamente en su totalidad el artículo 160.1 RGLCAP, si bien a diferencia de éste, aquél utiliza la expresión “alteración” en lugar de “variación” sin que, opino, dicho cambio en el término, deba llevar a una conclusión diferente.

*160.1.-RGLAP. Sólo podrán introducirse variaciones sin previa aprobación cuando consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido.*

*234.3 LCSP. ... No obstante, podrán introducirse variaciones sin necesidad de previa aprobación cuando éstas consistan en la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que no representen un incremento del gasto superior al 10 % del precio primitivo del contrato.*

### BAL 10/2003

*“... Dicho esto y atendiendo a las anteriores consideraciones de este informe, podría afirmarse la posibilidad de proceder a compensaciones entre unidades de obra positivas y negativas siempre que ello no supusiese incremento alguno del presupuesto primitivo del proyecto o que, suponiéndolo, no representase más del 10 por 100 de éste.*

*Ahora bien, si lo anterior es cierto, no menos lo es, el que por vía de la compensación de unidades de obra positivas y negativas estemos desvirtuando el proyecto de obra modificándolo sustancialmente, en definitiva por la vía de la compensación se procedería a la modificación del objeto del contrato, en este caso de un proyecto de obra.*

*En todas estas actuaciones del “ius variandi” la solución, en cuanto afecte a la contratación pública, como ya se ha dicho, tiene que examinarse desde un punto de vista restrictivo, por lo que la compensación de unidades de obra, siendo una modificación contractual, tiene que interpretarse restrictivamente y con ello afirmar que la compensación no podrá suponer en ningún caso, una substancial variación del proyecto primitivo, ni en las calidades ni en las cantidades de las unidades de obra proyectadas y aunque con ello no se sobrepase el presupuesto primitivo del proyecto. Caso contrario tendrá que procederse a la apertura del procedimiento de modificación de los contratos.”*

\*\*\*

**C.18.05.- ¿En el supuesto de modificaciones, para el cálculo del porcentaje que representa la modificación, han de compararse el precio inicial y el modificado sin aplicar tipos diferentes en el Impuesto sobre el Valor Añadido?**

### **RESUMEN**

SI, habrá de prescindirse del IVA.

### MEH 32/1995

*“...La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ... (entiende)... que la determinación del importe de una modificación contractual y del porcentaje que representa respecto al precio inicial del contrato no puede realizarse tomando en consideración tipos impositivos distintos del Impuesto sobre el Valor añadido, pues la diferencia de tipo impositivo, por ser extremo distinto e independiente y, en cierto modo, accidental al contrato, no puede servir para cuantificar una modificación contractual ni el porcentaje que representa*

respecto al precio inicial del contrato.”

\*\*\*

**C.18.06.- En el supuesto previsto en el artículo 234.3 TRLCSP y 160 RGLCAP, -variaciones sobre las unidades de obras ejecutadas ordenadas por el director de las obras -, ¿Puede entenderse implícitamente ampliado el plazo de ejecución del contrato?**

#### RESUMEN

NO, requerirá una decisión expresa del órgano de contratación al respecto.

#### MEH 74/2009

*“1. Las variaciones en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto que no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato no requieren aprobación explícita pero sí requieren pronunciamiento acerca de si de ellas se deriva o no la necesidad de ampliar el plazo de ejecución del contrato.*

*2. Si se acordara que procede la ampliación del plazo esta deberá hacerse de forma automática en forma proporcional al incremento porcentual del precio.”*

\*\*\*

**C.18.07.- ¿Puede un tercero personarse en el expediente de modificación del contrato?**

#### RESUMEN

SÍ, si acredita interés legítimo.

#### DCE 1281/2005

*“...Según el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (LRJPAC) se consideran interesados en el procedimiento administrativo, además de quienes lo promuevan, "c) aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva". Este parece ser el supuesto que aquí se contempla, aunque quepa poner en duda hasta qué punto les afecta directamente a (...), la resolución que se adopte. Pero no hay que olvidar que la jurisprudencia (aunque referida a la legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo) ha sido cada vez más aperturista reconociendo la legitimación a los titulares de un interés propio, personal o colectivo, distinto del de cualquier ciudadano, para que se actúe de acuerdo con el ordenamiento jurídico en el sector en que ellos operan. Este reconocimiento amplio de la legitimación ha sido también admitido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de primera instancia de 16 de marzo de 2004, siempre dentro del ámbito jurisdiccional; y es también el criterio de este Consejo, en contra de lo alegado por... pues estima que los terceros que se personaron en este procedimiento tienen un interés legítimo, aunque no sea directo.”*

\*\*\*

**C.18.08.- ¿El porcentaje (10%) de los eventuales excesos de medición (Art.234.3 TRLCSP -217.3 LCSP-), se ha de entender incluido y acumulado al límite del 10% al que hace referencia el artículo 107.3.d TRLCSP -92 quater 3.d. LCSP-, a los efectos de la consideración de la modificación como una alteración esencial del contrato?**

#### RESUMEN

NO.

### CAN 04/2011

1ª.- Dentro del límite del 10% a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP,(234.3 TRLCSP) las variaciones de medición de las unidades de obra realmente ejecutadas respecto a las inicialmente previstas en el proyecto, no producen en ningún caso una modificación sustancial del contrato por ser inherentes al mismo, y, por tanto, su importe no se puede considerar acumulable al importe de las modificaciones a que se refiere el artículo 92 quater, (107 TRLCSP), a efectos del cómputo del límite del 10% a que se refiere el apartado 3.d) del artículo 92 quater para determinar la incidencia de una modificación sustancial del contrato.

2ª.- El importe de las variaciones de medición a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, (234.3 TRLCSP) cuyo importe no supere el 10% fijado en dicho artículo y que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 160.2 del RGLCAP se recojan posteriormente en un proyecto modificado, no ha de computarse junto al importe de las modificaciones que han dado lugar al proyecto modificado, a efectos de considerar el límite del 10% que determina la alteración sustancial del contrato. En consecuencia, dichas variaciones de medición deberán reflejarse de forma diferenciada en el proyecto modificado, a fin de poder realizar el control diferenciado del cumplimiento de ambos límites.

3ª.- Si un pliego de cláusulas incluye expresamente la previsión de realizar posibles variaciones de medición de determinadas unidades de obra, detallando las condiciones, el alcance y los límites en que puedan realizarse, en los términos establecidos en el artículo 92 ter de la LCSP,(106 TRLCSP) tales variaciones no interfieren en la viabilidad ni en el límite establecido en el artículo 217.3 de dicha ley (234.3 TRLCSP) para aquellas otras variaciones en las mediciones que se realicen de acuerdo con lo previsto en este artículo.”

### ARA 23/2011

El supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP (234.3 TRLCSP) -alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto de un contrato administrativo de obras-, es un supuesto específico de modificación legal, que no se incluye entre los supuestos de modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación, sin que por tanto le sean de aplicación las previsiones del artículo 92 quater LCSP (107 TRLCSP). En concreto, el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en este último precepto para considerar alterada una condición esencial, no comprende los eventuales excesos de medición que, por su propio carácter, se pondrán de manifiesto en un momento posterior, el de la medición final de la obra.

\*\*\*

**C.19.01.- En el supuesto de que la tramitación del modificado exija la suspensión de las obras, ¿La tramitación del expediente consta de una sola fase -la prevista en el artículo 234.4 -217.4 LCSP- o de dos fases -la indicada más la general de las modificaciones-?**

### **RESUMEN**

De dos fases.

### MEH 49/2001

“...deben distinguirse dos fases, la primera relativa a la autorización de la continuación provisional de las obras y la segunda relativa al expediente del modificado, En la primera fase se resuelve sobre la base de una propuesta técnica que elabora la dirección facultativa y el expediente a tramitar al efecto exige las actuaciones detalladas en las letras a) a d) del segundo párrafo del artículo 146.4 (234.4 TRLCSP) entre las cuales deben figurar el importe aproximado de la modificación así como la descripción básica de las obras a realizar. La segunda fase está constituida por la aprobación del expediente del modificado que debe producirse en el plazo de ocho meses y en el que ya no será suficiente fijar el importe aproximado de las obras y realizar una descripción básica de las mismas, sino que este expediente del modificado deberá comprender todos los documentos y cumplir todos los requisitos de los expedientes de modificación, entre ellos, la aprobación técnica del proyecto que el propio artículo 146.4 (234.4 LCSP) prevé que ha de tener lugar en el plazo de seis meses posterior a la autorización de continuación de las obras.”