

Dictamen nº: **586/21**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **16.11.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 16 de noviembre de 2021, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Madrid, a través del consejero de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en relación con el expediente sobre la segunda modificación del contrato de obras de “*construcción del centro deportivo municipal La Cebada*”.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de octubre de 2021 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo relativa al expediente de modificación del contrato de obras de “*construcción del centro deportivo municipal La Cebada*”.

A dicho expediente se le asignó el número 569/21, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día señalado en el encabezamiento de este dictamen.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Por decreto del delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda de 21 de diciembre de 2018, se aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que habrían de regir el contrato de obras de *“construcción del centro deportivo municipal La Cebada”*.

(“el contrato”).

Prevía licitación por procedimiento abierto, el contrato se adjudicó a la Unión Temporal de Empresas Centro Deportivo La Cebada (en lo sucesivo, la UTE adjudicataria) mediante decreto de fecha 26 de abril de 2019 del delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda y publicado ese mismo día en el perfil del contratante.

El 24 de mayo de 2019 se formaliza el contrato, cuya cláusula segunda recoge el precio total de 10.383.303,85 euros (IVA incluido). El plazo de ejecución fue de 19 meses según su cláusula tercera. Así mismo, la cláusula séptima señala que de conformidad con lo previsto en el PCAP *“no se establecen modificaciones del artículo 204 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”*.

El acta de comprobación de replanteo de las obras fue suscrita por la dirección de obra y la empresa adjudicataria el 21 de junio de 2019, iniciándose las obras al día siguiente.

2.- Consta en el expediente que se aprobó una primera modificación del contrato, el 23 de octubre de 2020, por un precio total de 2.059.098,22 euros (IVA incluido) que supuso un porcentaje de 19,83 % de variación respecto del precio inicial del contrato y una ampliación de plazo de nueve meses. Este primer modificado se justificó en base a circunstancias sobrevenidas, en los capítulos de movimiento de tierras, estructura, conexión a la red de saneamiento, en el capítulo de alimentación eléctrica a la parcela y por último, debido a unas modificaciones en la distribución de determinados espacios interiores.

Ya en el presente año, consta que por decreto de 5 de marzo 2021 se aprobó una nueva ampliación de plazo por dos meses, quedando fijada la fecha de finalización de la obra el día 21 de diciembre de 2021.

3.- Por la directora general de Arquitectura y Conservación se propone una segunda modificación del contrato por causas sobrevenidas, con base al informe de la dirección facultativa de obra de 20 de abril de 2021, que fundamenta la necesidad de modificar el sistema de climatización del polideportivo, por una parte; y otras modificaciones no sustanciales, por otra, por causas diferentes a las del modificado anterior, pues afectan a otros capítulos del proyecto (carpeta nº8 del expediente).

Por decreto de la delegada de Gobierno de Obras y Equipamientos de fecha 26 de abril de 2021, se autoriza el inicio del expediente de modificación nº 2 del contrato.

El proyecto de obra modificado nº 2 es de fecha 17 de junio de 2021, y se informa favorablemente por la jefa del Servicio de Supervisión de Proyectos y Verificación de Obras al día siguiente, por cuanto que el proyecto *“incluye los documentos exigidos en la legislación vigente y en ellos el redactor justifica que ha tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal y reglamentario, así como la*

normativa técnica de aplicación. Los precios de los materiales y de las unidades de obra son adecuados para la ejecución del proyecto. Por todo ello, se considera que la documentación aportada reúne los requisitos exigidos (...)”.

Por la dirección facultativa y por el contratista se firma el acta de precios contradictorios el 18 de junio de 2021.

4.- Por decreto de la delegada del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos firmado el 25 de junio de 2021, se aprueba el proyecto de modificado nº 2 del contrato.

Consta en el expediente que se otorgó trámite de audiencia a la UTE contratista, que comparece en las dependencias municipales de la Subdirección General de Obras y Conservación del Patrimonio y manifestó su conformidad a la segunda modificación del proyecto del contrato, mediante escrito firmado el 30 de junio de 2021.

Por el jefe del Departamento de Obras de la Subdirección General de Obras y Conservación del Patrimonio, se firma el 30 de junio de 2021, el acta de replanteo previo, en la que se manifiesta la conformidad del replanteo del proyecto modificado 2 del contrato, respecto a los documentos contractuales del proyecto, la realidad geométrica de la obra y la disponibilidad del edificio y de los terrenos para su ejecución.

Por la dirección facultativa de las obras se emite informe técnico justificativo de fecha 6 de julio de 2021, para la modificación nº 2 del contrato de obras. En él se señala, en síntesis, que las modificaciones propuestas corresponden, por una parte, a la causa del artículo 205.2 b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en cuanto que es necesario un nuevo sistema de climatización del polideportivo tras el COVID-19 para garantizar la correcta

renovación del aire, así como en el capítulo de acondicionamiento del terreno, al haberse detectado restos de cimentaciones antiguas, muros y losas enterradas no detectadas en el estudio geotécnico; y por otra, a las causas del artículo 205.2. c) de la citada ley, tratándose de otras modificaciones no sustanciales para corregir errores y mediciones que sobre la práctica realidad de la ejecución de la obra, han ido surgiendo; refiere que las nuevas unidades de obra no alteran las condiciones esenciales de la adjudicación, ya que este modificado se limita a introducir las variaciones indispensables para responder a las causas objetivas que lo hacen necesario; y por último, que para la ejecución de estas modificaciones no es necesario un aumento de plazo en el contrato actual, que finalizaría el 21 de diciembre de 2021.

Por todo lo anterior, se propone a la delegada del Área de Obras y Equipamientos la aprobación de la modificación nº 2 del contrato de obras de construcción de centro deportivo municipal La Cebada, con un incremento del precio de contrato de 995.108, 84 euros, IVA incluido, que supone un incremento del 9,58 % sobre el precio del contrato inicial.

Así mismo, emitió informe la Asesoría Jurídica el 2 de septiembre de 2021, por el que se informa favorablemente la propuesta de modificación nº 2 del contrato, indicándose que dicho informe se emite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

El director general de Presupuestos firma 6 de septiembre de 2021, el informe del jefe de servicio, en el que se indica que la imputación del gasto se adecúa a la normativa presupuestaria, conforme a las partidas que se detallan.

Por la secretaria general técnica se propone el 6 de septiembre de 2021, al órgano de contratación, previo informe de la Intervención,

“aprobar la modificación n°2 del contrato de obras denominado (...), adjudicado a la UTE (...), que supone un incremento sobre el precio del contrato de 995.108,84 euros, IVA incluido. Requerir al contratista para que acredite haber reajustado la garantía definitiva por importe de 41.120,20 euros, correspondiente al 5 % del incremento que supone la modificación del contrato sin IVA, conforme a lo establecido en el artículo 109.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”.

La Intervención General emite el informe de control el 8 de septiembre de 2021 en el que se comprueban determinados extremos y se devuelve el expediente para subsanación de las observaciones que se señalan. Conforme a lo indicado, se realizan las subsanaciones oportunas por el arquitecto director facultativo de las obras y por la Dirección General de Arquitectura y Conservación del Patrimonio.

Nuevamente, la Intervención General emite el 29 de septiembre de 2021 el informe de control con el resultado *“de conformidad”*, siendo este el último documento del expediente remitido.

En este estado del procedimiento, tal y como ha sido indicado, se firma por la coordinadora general de la alcaldía el 6 de octubre de 2021, la solicitud de dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de

diciembre, conforme al cual: “3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”.

La solicitud de dictamen del alcalde de Madrid, órgano legitimado para ello, se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Administración Local y Digitalización, conforme al artículo 18.3.c) del ROFCJA.

Este dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato cuya modificación se pretende se adjudicó el 26 de abril de 2019, por lo que le resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP/17).

En materia de procedimiento, la modificación del contrato exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 de la LCSP/17, a cuyo tenor “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de (...), modificarlos por razones de interés público (...)*”. Además, el artículo 203 que regula la potestad de modificación de los contratos, reitera la necesidad de su justificación por razones de interés público, y que se tramite por el procedimiento del artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207 de la LCSP/17.

Además, se establece que la modificación del contrato tendrá lugar mientras esté vigente, y de manera excepcional, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205 del citado cuerpo legal.

Pues bien, el citado artículo 191.1 de la LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista y en su apartado tercero dispone que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva cuando la modificación del contrato no estuviera prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

Ante la falta de un desarrollo reglamentario en materia de contratación del sector público, debe considerarse aplicable el Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) que en su artículo 102 dispone: *“Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente”*.

En el caso que nos ocupa, consta debidamente cumplimentado el trámite de audiencia a la UTE adjudicataria y además, su conformidad con la modificación propuesta.

Por otro lado, resulta preceptiva la consulta a este órgano consultivo puesto que, según el expediente examinado, esta segunda modificación proyectada supone un incremento del precio del contrato

de 9,58 %, que sumado al porcentaje de la primera modificación ya operada del contrato original (19,83 %) alcanzaría un porcentaje de variación total del 29,41 %. El precio de la segunda modificación es de 995.108,84 euros (IVA incluido) pero sumado al de la primera modificación, resultaría que el precio total del contrato sería 13.437.510,91 euros.

Por ello, sí se cumplen los dos requisitos de porcentaje superior al 20 % del precio inicial y cuantía superior a 6.000.000 de euros que demandan la emisión de dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 191.2 de la LCSP/17 y, en el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, son necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación; si bien en el Ayuntamiento de Madrid, el informe preceptivo es el de la Asesoría Jurídica, conforme al artículo 28 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid.

Tal y como hemos referido en el antecedente de hecho segundo de este dictamen, constan en el expediente tanto el informe de la Asesoría Jurídica como el de la Intervención General.

Para concluir con el examen del procedimiento, hemos de referirnos al plazo para resolver el expediente de modificación del contrato. En el contrato de obras sí figura un plazo específico para la tramitación de la modificación y es de ocho meses, por mor del artículo 242.5 párrafo tercero de la LCSP/17.

En el procedimiento que nos ocupa, el decreto por el que se acuerda el inicio de la tramitación del modificado nº 2 es de fecha 26 de

abril de 2021. Es de advertir, que no consta en el expediente remitido que se haya hecho uso de la facultad de suspensión del plazo para resolver prevista en el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC), con la solicitud del dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora. La citada LPAC es supletoria de la LCSP/17.

En cuanto a la competencia para aprobar la modificación del contrato, corresponde a la Delegada del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos, de conformidad con lo establecido en el apartado 3º, punto 4 del Acuerdo de 27 de junio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Obras y Equipamientos (BOCM de 17 de julio de 2019).

TERCERA.- Sentado todo lo anterior en materia de procedimiento, hemos de analizar si concurren las causas justificativas para la modificación segunda del contrato. Pero antes, hemos de recordar que la posibilidad de modificación de los contratos, por parte del órgano de contratación, es una prerrogativa de la Administración que supone una excepción al principio general de invariabilidad que preside las relaciones contractuales, y en atención a ello, dicha potestad se encuentra reglada en su ejercicio, debiendo someterse a las exigencias y a los límites que impone la legislación, en particular la debida justificación del interés público concurrente.

La vigente LCSP/17 señala en cuanto a la vinculación contractual (artículo 189) que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas en favor de las Administraciones Públicas, entre las que se encuentra -como ya hemos dicho- la de modificación.

Esta Comisión Jurídica Asesora ha venido señalando que este *ius variandi* está sujeto no sólo a unos trámites procedimentales, sino

además, al cumplimiento de los requisitos y condiciones debidamente justificados de conformidad con la legislación vigente en cada momento. Así, tal y como indicábamos en el Dictamen 543/16, de 1 de diciembre y se reiteró en el 439/19, de 30 de octubre, ambos relativos a modificaciones de un contrato del Ayuntamiento de Madrid, la facultad de modificación de los contratos ha sido objeto de una especial atención en el derecho comunitario de contratos, sobre todo desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 *Succhi di Frutta* (C-496/99). Al respecto, la jurisprudencia europea considera que un abuso de las modificaciones contractuales afecta negativamente a los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia, obstaculizando el desarrollo de una competencia efectiva. En este sentido la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (T- 235/11).

Así las cosas, la modificación contractual sometida a dictamen es la segunda del proyecto de construcción del centro deportivo municipal La Cebada, y tal y como se recoge en el contrato, no está prevista en el PCAP. Por ello, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 205 y, además, al tratarse de un contrato de obras, el artículo 242 de la LCSP/17.

Ha de advertirse que, conforme al primero de estos preceptos, la modificación de un contrato solo puede tener lugar para los supuestos tasados –que son, por tanto, *numerus clausus*–, su existencia ha de justificarse debidamente, y además, se tiene que limitar a introducir las variaciones “*estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva*” que la hagan necesaria.

Pues bien, las causas de modificación invocadas en la propuesta de la secretaria general técnica son dos; se justifican en base al informe técnico emitido por la dirección facultativa de las obras el 6 de julio de

2021 y son las del artículo 205.2 b) y c) de la LCSP/17, respectivamente. Este informe justificativo, emitido en cumplimiento del artículo 242.4 de la LCSP/17, refiere como objetivo general de la segunda modificación, *“por un lado determinar las unidades de obra que se deben incorporar al proyecto, y por otro lado, regularizar las desviaciones de mediciones detectadas que, por error en la redacción del proyecto, o bien no figuran, o bien no se ajustan a las necesidades de la ejecución de la obra”*. Y en cuanto al porcentaje de modificación sobre el precio del contrato, se indica que la modificación propuesta, supone un porcentaje total de variación del 9,58 %, del cual el 1,50 % es por los conceptos del artículo 205.2 b), y el 8,08 % por los conceptos del artículo 205.2 c) de la ley.

Así, la primera causa se basa -fundamentalmente- en la necesidad de modificar el contrato vigente derivada de circunstancias sobrevenidas, imprevisibles en el momento de la licitación, cual es la de cambiar el sistema de climatización del centro deportivo por las recomendaciones del Ministerio de Sanidad tras el COVID-19, así como ; y además se modifica un subcapítulo relativo a *“Demoliciones y actuaciones previas”*. Y la segunda causa, es la relativa a la introducción de modificaciones no sustanciales para subsanar las omisiones del proyecto originario cuyas partidas se especifican con detalle en el informe justificativo.

Por tanto, hecho este resumen general, este órgano consultivo habrá de examinar si está debidamente justificado en el expediente, la modificación nº 2, es decir, si efectivamente ha surgido la necesidad de realizar obras no comprendidas en el proyecto original teniendo en cuenta, además, que ya ha habido una primera modificación de más de dos millones de euros y que la ley vigente es especialmente rigurosa cuando se trata de una modificación que no está prevista en el PCAP.

A) Se invoca la causa prevista en el artículo 205.2 b) LCSP/17 para justificar el cambio en la climatización del centro deportivo para la renovación del aire, lo que supone que se han de cumplir los requisitos previstos en dicho precepto legal, es decir, que se derive de circunstancias sobrevenidas, que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación, y que se cumplan las tres condiciones siguientes:

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

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

3º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas, del 50 % de su precio inicial, IVA excluido.

La justificación se encuentra en las páginas 2 *in fine* y siguientes del informe, y se basa en que debido a las circunstancias del COVID-19, los sistemas de ventilación y recirculación de aire de las instalaciones del centro deportivo se han tenido que cambiar para adecuarse a las nuevas directrices del Ministerio de Sanidad. Ello supone “*modificar el sistema de recuperación de aire para garantizar que no se mezcle el flujo del aire expulsado o de salida, con el aire renovado del exterior (de entrada), así como para un mejor filtrado del aire renovado, añadiendo a su vez, sistemas de eliminación del virus Covid-19 (u otros virus o bacterias). Estos sistemas de eliminación del virus se basan en la incorporación de luz ultravioleta en todas las máquinas que mueven aire, así como en la necesidad de reforzar la potencia de los climatizadores para suplir el déficit del aporte de la geotermia previsto en proyecto inicial*”.

Todo lo cual obliga a un replanteamiento global del capítulo CEB 20 CLIMATIZACIÓN Y VENTILACIÓN, particularmente en los subcapítulos CEB 20.02 (UNIDADES DE TRATAMIENTO DE AIRE), CEB 20.05 (EQUIPOS DE EXPANSIÓN DIRECTA VRV), y CEB 20.03 (DISTRIBUCIÓN DE AIRE) dado que es necesario sustituir unos climatizadores por otros.

Con los cambios que se plantean, *“quedan resueltos los problemas de filtrado de aire, mayor confort para el usuario y reducción o eliminación de la propagación de virus. Se reduce además el número total de equipos pese al aumento de las unidades interiores, y el consumo global es menor”*, por lo que se señala que, en total el capítulo CEB 20 CLIMATIZACIÓN Y VENTILACIÓN, disminuye en 91.335, 23 €.

Esta justificación de por qué esas prestaciones no se consideraron en el proyecto original, la encontramos adecuada dadas las circunstancias derivadas del COVID-19 y la necesidad de equipos que aseguren una renovación del aire; si bien no se explicitan cuáles son esas nuevas recomendaciones o directrices dictadas por el Ministerio de Sanidad, por lo que sería deseable una mayor concreción.

Al amparo de esta causa de la letra b) del 205.2 de la LCSP/17, se introduce otra modificación que se basa en la necesidad de regularizar las desviaciones de las mediciones detectadas que, por error en la redacción del proyecto, o bien no figuran, o bien no se ajustan a la ejecución de la obra y que afectan al SUBCAPÍTULO CEB 01.01. DEMOLICIONES Y ACTUACIONES PREVIAS. Se justifica el aumento de medición en este capítulo porque *“al realizar las tareas de vaciado y movimiento de tierras se detectaron restos de cimentaciones antiguas, muros y losas enterradas que no habían sido detectadas en el estudio geotécnico realizado para la redacción del proyecto”*. Todo lo cual supone un incremento del precio de 232.354,29 €.

Respecto de ello, ha de tenerse en cuenta que la justificación es con relación al proyecto inicial del contrato, por lo que -aun existiendo ya una primera modificación precisamente de este subcapítulo “*Demoliciones y actuaciones previas*”- la ejecución progresiva de la obra puede demandar un cambio adicional en esa partida. Se justificó en su día (la primera modificación es de 23 de octubre de 2020) por la aparición de restos de cimentaciones antiguas, muros y losas enterradas provenientes de una antigua Casa de Baños que no habían sido detectados en el estudio geotécnico realizado con la redacción del proyecto.

El informe técnico de la primera modificación elaborado por el mismo director facultativo de obras concluyó que *“es una situación sobrevenida, pues hasta que no se iniciaron los trabajos no se podía conocer la existencia de estas plataformas / losas subterráneas que es imprescindible demoler. (...) El estudio geotécnico realizado previamente a la redacción del proyecto fue redactado de acuerdo con las prescripciones contenidas en la normativa vigente, el Código Técnico de la Edificación (DB-SE-C). (...) En consecuencia, con este análisis del terreno no fue posible detectar los restos enterrados de la edificación demolida”*.

En resumen, la causa invocada en relación al acondicionamiento del terreno, sigue siendo sobrevenida respecto del proyecto inicial, y entendemos razonable que tras el tiempo transcurrido en la ejecución de la obra, pueda necesitarse un incremento de la partida en cuestión de “*demoliciones y actuaciones previas*”, que se ha justificado debidamente.

Por último y en cuanto al precio, decir que toda esta primera causa de modificación basada en el artículo 205.2 b), supone un incremento del 1,50 % sobre el precio del proyecto inicial del contrato.

Ello sumado al 19,83 % de incremento correspondiente al modificado nº 1, supone un total del 21,33 % de incremento sobre el

precio inicial del contrato. En consecuencia, al resultar inferior al 50 % que marca la ley y ciertamente no alterar la naturaleza del contrato de obras, se cumple lo dispuesto el artículo 205.2 b) de la LCSP/17.

B) Se introducen también modificaciones al amparo de la causa prevista en el artículo 205.2 c) LCSP/17, esto es, se trata de modificaciones no sustanciales, en las que se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas y las razones por las que estas prestaciones no se incluyeron en el proyecto original. Así, se considera en todo caso como sustancial una modificación cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

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

2º Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial. En todo caso se considerará que se da el supuesto previsto en el párrafo anterior cuando, como consecuencia de la modificación que se pretenda realizar, se introducirían unidades de obra nuevas cuyo importe representaría más del 50 por ciento del presupuesto inicial del contrato.

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

En el supuesto que nos ocupa, no se dan a priori ninguno de estos supuestos de forma clara, ya que la modificación propuesta al amparo de la letra c) afecta a unas partidas y mediciones concretas que no

supondrían -por sí mismas- un cambio ni en la selección del candidato ni en la aceptación de una oferta distinta a la inicial, teniendo en cuenta el aspecto del precio y de la duración contractual. Así, ciertamente la naturaleza del contrato de obras no varía tras el modificación; no se prolonga tampoco el plazo de ejecución del contrato; el alcance de las modificaciones propuestas está detallado (cfr. páginas 7 y siguientes del informe justificativo); el equilibrio económico de las partes se mantiene en unos márgenes razonables ya que la segunda modificación es de 757.115,26 euros (IVA excluido), lo que representa un incremento del 8,08 %; la libertad de concurrencia y la igualdad entre los licitadores -principio esencial en la nueva LCSP/17- no quedaría mermada; y finalmente, se distinguen claramente las partidas afectadas respecto de las de la primera modificación del contrato.

Ahora bien, si analizamos la motivación que se ofrece respecto de esta segunda causa de modificación, vemos que se basa en los *“errores, insuficiencias y omisiones habituales en toda obra de construcción”*, por lo que resulta un tanto genérica y parecería más una justificación a posteriori, que una motivación propiamente dicha. En efecto, el informe justificativo se limita a detallar pormenorizadamente las partidas a las que afecta: la de las fachadas; la del rocódromo; la de la plaza peatonal de acceso; la relativa al sistema de depuración y filtrado de las piscinas (...).Y además, un segundo bloque con el resto de modificaciones no sustanciales, que *“básicamente se deben a un error de la cuantía de la medición recogida en el presupuesto del proyecto”*.

Por lo que esta segunda modificación vendría a responder a lo que en la práctica ha sucedido en la ejecución de la obra del centro deportivo:

- *“Errores, insuficiencias y omisiones habituales en toda obra de construcción, que se detectan cuando los técnicos responsables de la*

empresa adjudicataria de la obra inician los estudios precisos para la contratación de los diferentes materiales de obra (...)

- Por el hecho de plasmar unas mediciones reales de la obra ejecutada, y realizar la previsión lo más ajustada posible a lo que será la medición definitiva real de aquellas partidas aún no ejecutadas.

- Como en toda obra de construcción, existen mediciones que aumentan el importe, otras que lo disminuyen, partidas que no se ejecutan, y partidas a ejecutar con precios nuevos”.

Por ello, sería necesario una mejora en la motivación de la causa del artículo 205.2 c) de la LCSP/17, ya que, si bien se detallan las partidas afectadas, no se explicitan las causas objetivas que hacen necesaria aquella, aludiéndose de manera un tanto genérica a la diferencia entre lo proyectado y la realidad que se está ejecutando; es preciso, por tanto, un esfuerzo en la motivación acorde con las exigencias de la ley del que quede constancia en el expediente.

Advertido esto último, y ya para concluir nuestro dictamen, hemos de significar que la modificación propuesta, supone un porcentaje total de variación del 9,58 %, porcentaje que, aunque cercano al 10 % del precio del contrato, cumple el límite legal del 15 %.

Por tanto, esta Comisión Jurídica Asesora considera, que, a la vista de la justificación aportada al expediente, se han acreditado las causas que justificarían la segunda modificación proyectada siendo deseable que se incorpore al expediente una mayor justificación de las mismas.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede informar favorablemente -en los términos recogidos en la consideración jurídica tercera de este dictamen- la segunda modificación del contrato de obras de *“construcción del centro deportivo municipal La Cebada”*.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 16 de noviembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 586/21

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid