Informe 9/2014, de 11 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Posible modificación de un contrato de concesión de obra pública adjudicado al amparo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público. Régimen jurídico aplicable. Concurrencia de eventuales causas de resolución por modificación contractual. Necesidad de un nuevo estudio de viabilidad.

ANTECEDENTES

I. El presidente del Consejo Comarcal del Alt Empordà solicita informe a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con la posible modificación de un contrato de concesión de obra pública adjudicado el año 2009.

La modificación planteada comportaría una disminución del importe del proyecto y tendría como finalidad, según se señala en la consulta, la adecuación de la obra por ejecutar -un centro de tratamiento de residuos municipales- a las nuevas circunstancias de recesión económica y a las restricciones presupuestarias, y también dar cumplimiento a determinados criterios de diseño.

Asimismo, se indica que la modificación se justificaría por la contracción de la actividad económica y la reducción de generación de residuos, circunstancias que han motivado que las previsiones de producción de residuos que sirvieron de base para el diseño y dimensionado de la obra adjudicada no sean válidas en el contexto actual.

En concreto, se plantean las cuestiones siguientes:

- "Cuál es la normativa aplicable a la posible modificación del contrato, teniendo en cuenta que se adjudicó en fecha 7 de julio de 2009.

- Teniendo en cuenta el punto anterior, si se puede proceder a la modificación del contrato de concesión de obra pública considerando la reducción del importe del mismo, pues se pasa de un contrato adjudicado de 31.081.548,00 €, a uno de importe de 19.483.651,91 € (IVA excluido).

  Se supera con esta reducción el porcentaje del 20% previsto en el artículo 226.2 LCSP.

  Analizando el pliego de cláusulas, donde se apunta de manera genérica la posibilidad de la modificación del contrato, sería pertinente formular consulta sobre la forma en que se tiene que interpretar el artículo 202.2 LCSP, en relación con el artículo 202.1. Es decir, si en caso de que no se prevea explícitamente y de forma clara la modificación en los pliegos, únicamente se podrían efectuar modificaciones cuando se den los tres requisitos (del artículo 202.1) y que son: a) que la modificación responda a

Paseo de Gracia, 19
08007 Barcelona
Teléfono 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

necesidades de interés público; b) que se justifique debidamente esta necesidad en el expediente; y c) que no afecte a las condiciones esenciales del contrato."

- Si la modificación que se propone se puede considerar una modificación sustancial del contrato adjudicado, que podría suponer la resolución del que se formalizó el año 2009, poniéndolo en relación con lo que prevé el artículo 226.2 LCSP y también el artículo 45.2 del ROAS.

- ¿En caso de que fuera posible la modificación del contrato con el mismo adjudicatario, en aplicación del artículo 226 LCSP haría falta volver a redactar y aprobar un estudio de viabilidad que prevé el artículo 112 de la Ley?

- ¿Haría falta tener en cuenta lo que previó la Ley 2/2011, en relación a la modificación del contrato (artículos 92 bis; 92 ter, 92 quáter y 92 quinquies)?"

II. La solicitud de informe del Consejo Comarcal, de acuerdo con la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, sobre los requisitos que tienen que reunir las solicitudes de informe formuladas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se acompaña del Informe emitido por su secretario, en el cual, según se señala, se remarcan los principales elementos a tener en cuenta en relación con la modificación contractual objeto de consulta. Asimismo, se adjunta el contrato formalizado.

III. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan las entidades que integran la Administración local. Por otra parte el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Antes de analizar la cuestión planteada, debe precisarse que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, de acuerdo con lo que prevé el Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, tiene el carácter de órgano consultivo específico en materia de contratación y, en el ejercicio de su función de resolver consultas de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, no puede sustituir ni suplir las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos consultivos en sus respectivos ámbitos de competencia, tal como se recoge en la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, de esta Comisión Permanente.

Por lo tanto, la respuesta a la cuestión planteada por el presidente del Consejo Comarcal se efectúa sobre la base del análisis de las normas, la doctrina y la jurisprudencia en materia

Paseo de Gracia, 19
08007 Barcelona
Teléfono 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

de contratación pública, sin entrar a no valorar las circunstancias, ni el supuesto de hecho concreto, que originan la consulta.

II. El Consejo Comarcal, en primer lugar, solicita la opinión de esta Junta Consultiva sobre cuál es la normativa aplicable a la eventual modificación de un contrato adjudicado en julio de 2009 y, por lo tanto, bajo la vigencia de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (de ahora adelante, LCSP).

La LCSP fue modificada, entre otras, por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (de ahora adelante, LES), la cual introdujo cambios importantes respecto de la conceptuación de las modificaciones contractuales. Ahora bien, la LES no resulta de aplicación al contrato objeto de consulta, por aplicación de su disposición transitoria séptima que, literalmente, establecía que: *"*Los contratos administrativos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que hayan sido adjudicados con anterioridad en la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior"[1] es decir, en este caso, la LCSP.

Posteriormente, el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (de ahora adelante, TRLCSP) derogó la LCSP y también los artículos 37 y 38 de la LES. Con este nuevo texto tampoco se modifica el régimen jurídico aplicable al contrato objeto de consulta, porque, según establece el apartado 2 de la disposición transitoria primera del TRLCSP, los contratos administrativos adjudicados antes de la entrada en vigor de la Ley se continúan rigiendo, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida la duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, en este caso, nuevamente, la LCSP.

Por lo tanto, de acuerdo con lo expuesto, se puede concluir que los contratos adjudicados bajo la vigencia de la LCSP se continúan rigiendo con respecto a las modificaciones contractuales por aquella Ley, si bien interpretada de acuerdo con los principios que informan la contratación pública según la construcción jurisprudencial efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, aunque no sea directamente aplicable, deben tomarse como referencia las modificaciones introducidas por la LES, actualmente incorporadas al TRLCSP.

Con esta conclusión también se da respuesta a la última de las cuestiones planteadas por el Consejo Comarcal en su escrito de consulta. Efectivamente, la regulación que sobre las

[1]Éste es el criterio mantenido por la abogacía del Estado en la Circular 1/2011, relativa al "Régimen de modificación de los contratos del sector público*"*, de 7 de abril de 2011, en la cual se afirma literalmente que: *"*El criterio correcto, por ajustado al derecho de la Unión Europea, consistente en entender que el nuevo régimen de modificación del contrato es aplicable no sólo en los contratos que se adjudiquen con posterioridad en la entrada en vigor de la LES, sino también a los contratos ya adjudicados con anterioridad a la vigencia de esta norma legal (...). Ahora bien, siendo correcto este criterio, lo cierto es que el tenor literal de la disposición transitoria séptima de la LES es muy claro en el sentido de que el nuevo régimen jurídico no se aplica a la modificación de los contratos ya adjudicados en la entrada en vigor de la LES."

modificaciones contractuales introdujo la LES -artículos 92 bis, 92 ter, 92 quàter y 92 quinquies- y que, actualmente, se encuentra recogida en el TRLCSP -artículos 105 a 108-, no serían de directa aplicación al contrato objeto de consulta, si bien deben tomarse como referencia, dado que los cambios en el régimen jurídico de las modificaciones contractuales del sector público introducidos por la LES tenían como principal finalidad adaptar el régimen jurídico de la modificación de los contratos a la construcción hecha por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que tiene su fundamento en los principios del Tratado.

III. En segundo lugar, el Consejo Comarcal somete a la consideración de esta Junta Consultiva si es posible la modificación propuesta cuando la modificación representa una reducción del importe del contrato de más del 20 por ciento, según lo que establece el artículo 226.2 de la LCSP.

El artículo 226 de la LCSP establecía que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podía introducir modificaciones en el proyecto en los casos y en la forma establecida en el artículo 202, el cual será objeto de análisis posteriormente. Sin embargo, a la vez, el mismo artículo, en su apartado 2, literalmente, preveía que: *"*El concesionario podrá solicitar la resolución del contrato cuando el órgano de contratación imponga modificaciones en la fase de ejecución que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 por ciento del importe total de las obras inicialmente previsto o representen una modificación sustancial del proyecto inicial*"*.

Tradicionalmente, el porcentaje al cual hace referencia este artículo 226.2 de la LCSP, se ha interpretado como la cuantía a partir de la cual las modificaciones dejan de ser obligatorias para el concesionario y, por lo tanto, lo habilitan para poder instar la resolución del contrato[2]. Unas previsiones parecidas se establecían como causa potestativa de resolución del contrato de obras (artículo 220.*e*), del contrato de suministro (artículo 275.*c*) y del contrato de servicios (artículo 284.*c*).

Por lo tanto, el hecho de que la modificación represente un aumento o una disminución del contrato en un porcentaje superior al 20 por ciento de su importe, por si sólo y de forma aislada, no impediría modificar el contrato, si bien en estas circunstancias la modificación no resultaría obligatoria para el contratista, sino que éste podría instar la resolución del contrato.

Por otra parte, el Consejo Comarcal formula consulta sobre la forma en que debe interpretarse el artículo 202.2 de la LCSP, en relación con el artículo 202.1 de la LCSP, es decir, *"*si en caso de que no se prevea explícitamente y de manera clara la modificación en los pliegos, sólo se podrían efectuar modificaciones cuando se dieran los tres requisitos (del artículo 202.1)*"*.

---

[2] En este sentido se ha pronunciado esta Junta Consultiva en los informes 14/2010, de 26 de noviembre, 4/2012, de 30 de marzo, entre otros. Y también lo ha hecho, la abogacía del Estado en la Circular 1/2011, anteriormente citada, en la cual, textualmente, se afirma que: "(...). Dado que la modificación no tiene, en sentido estricto, un límite cuantitativo, pues el umbral del 20% (en más o en menos) del precio del contrato sólo actuaba como a causa de resolución a voluntad del contratista (...)".

El artículo 202.1 establecía que, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podía introducir modificaciones por razones de interés público y para atender causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente, sin que estas modificaciones pudieran afectar a las condiciones esenciales del contrato. En el apartado 2 de este mismo artículo se determinaba que las modificaciones de los contratos debían recogerse en los pliegos y en el documento contractual.

Así, se observa que la LCSP ya distinguió entre las modificaciones contractuales que estaban previstas en el pliego o en el documento contractual -artículo 202.2 de la LCSP-, de aquellas otras modificaciones que no lo estaban -artículo 202.1 de la LCSP-[3].

La distinción entre las actualmente denominadas modificaciones contractuales y modificaciones legales se reforzó con la modificación introducida en la LCSP por la LES y, actualmente recogida en el TRLCSP. Cada una de estas modificaciones tiene unas características propias y sólo procede en determinados supuestos. De hecho, entre ambos tipos de modificaciones existen diferencias importantes.

Así, las modificaciones previstas y reguladas en el pliego de la contratación[4], en qué hacía referencia el artículo 202.2 de la LCSP, en principio, no tienen más límites que aquéllos que se establezca en el mismo pliego o documento equivalente, dado que estas modificaciones, en caso de estar bien formuladas, respetan los principios que informan la contratación pública y, en especial los principios de igualdad de trato, de no discriminación, de concurrencia y de transparencia, en la medida en que todas las empresas licitadoras son conocedoras de la posibilidad de que se modifique el contrato y de los términos y de las condiciones en qué se puede producir.

Por su parte, en cambio, las modificaciones no previstas en el anuncio de licitación o en la documentación que tiene que servir de base a la licitación, a que hace referencia el artículo 202.1 de la LCSP, deben tener carácter excepcional y, por lo tanto, se tienen que limitar a supuestos concretos. Estos supuestos, bajo la vigencia de la LCSP, eran aquéllos en los cuales se daban los tres requisitos siguientes: a) que la modificación respondiera a razones de interés público y para atender causas imprevistas; b) que se justificara debidamente en el expediente y c) que no se afectaran las condiciones esenciales del contrato. En otro caso, por la vía de la modificación contractual se podrían vulnerar los principios que informan la contratación pública, de los cuales ya se han citado.

---

[3] En este sentido, se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, en su Informe 43/08, de 28 de julio.

[4] Según ha puesto de manifiesto esta Junta Consultiva, para que se pueda considerar que se trata de una modificación contractual es necesario que se hayan previsto de forma expresa las circunstancias y los supuestos que pueden motivar la modificación del contrato, las condiciones para llevarla a cabo (detalladas de forma clara, precisa e inequívoca), el alcance y los límites de la modificación, el porcentaje máximo del precio que se puede ver afectado y el procedimiento de modificación (Informe 11/2012, de 20 de julio).

Por lo tanto, de lo que se ha expuesto, se puede concluir que, en caso de que las modificaciones no se encuentren previstas en el pliego o en el documento equivalente se pueden acordar, exclusivamente, cuando concurran los requisitos establecidos en el artículo 202.1 de la LCSP y, en caso de que la modificación represente una reducción o un incremento de más del 20 por ciento del importe del contrato, el contratista puede instar la resolución del contrato.

IV. Por otra parte, el Consejo Comarcal solicita informe sobre si la modificación que se propone se puede considerar una modificación sustancial del contrato adjudicado que podría suponer la resolución del contrato, de acuerdo con lo que establece el artículo 226.2 de la LCSP, en relación con el artículo 45.2 del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales, aprobado por el Decreto 179/1995, de 13 de junio (de ahora adelante, ROAS).

Como ya se ha señalado en la consideración jurídica anterior, el artículo 226.2 recogía una causa potestativa de resolución del contrato que podía instar el concesionario cuando las modificaciones superarían el 20 por ciento del importe total de las obras inicialmente previsto o representarían una alteración sustancial del proyecto inicial.

El concepto de alteración sustancial, al cual hace referencia el precepto citado, es un concepto jurídico indeterminado que, como señala el Consejo Comarcal, se define, con respecto a la revisión de los proyectos, en el artículo 45.2 del ROAS. Según este precepto, se entiende por alteración sustancial del proyecto el cambio de las finalidades y las características básicas de éste, y también la sustitución de unidades que afecten el 50 por ciento o más del importe del presupuesto.

También el artículo 221 de la LCSP, en relación con la causa de resolución de los contratos de obras prevista en el artículo 220.*e* -relativo a las modificaciones del contrato-, definía como alteración sustancial, entre otras, la modificación de las finalidades y las características básicas del proyecto inicial, y también la sustitución de unidades que afectaran, al menos, un 30 por ciento del precio primitivo del contrato, con exclusión del impuesto sobre el valor añadido.

En resumen, se puede afirmar que el contratista puede instar la resolución del contrato cuando, entre otras circunstancias, las modificaciones representen una alteración sustancial, circunstancia que se da cuando se modifican las finalidades y las características básicas del proyecto inicial o se sustituye unidad de obra que afecta un determinado porcentaje del precio del contrato.

Ahora bien, la cuestión también debe analizarse desde otra perspectiva, como es si en estos casos se están afectando las condiciones esenciales del contrato. Si es así, y la modificación no estaba prevista en la documentación que sirvió de base a la licitación, no sería posible la modificación y, de ser necesaria, se tendría que resolver el contrato y proceder a una nueva adjudicación.

Para determinar si el supuesto al cual se refería el artículo 226.2 de la LCSP, en relación con el artículo 45.2 del ROAS y 221 de la LCSP, puede constituir la modificación de una

Paseo de Gracia, 19
08007 Barcelona
Teléfono 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

condición esencial se puede recurrir a lo que dispone el TRLCSP, el cual, como ya se ha expuesto en la consideración jurídica II de este Informe, aunque no sea directamente aplicable, debe tomarse como referencia.

En este sentido, debe recordarse que el artículo 107.3 del TRLCSP contiene una lista de supuestos en qué se presume que se produce una variación de las condiciones esenciales de licitación y de adjudicación del contrato, entre las cuales, hay que mencionar, a los efectos de este Informe, las recogidas en los apartados *a* y *d*. En concreto, el apartado *a* hace referencia al supuesto en que la modificación varíe sustancialmente la función y las características esenciales de la prestación inicialmente contratada y el apartado *d* al caso en qué las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de modificaciones no puede superar este límite.

De lo expuesto, se observa fácilmente que existe una cierta identidad entre los supuestos referenciados en el artículo 226.2 de la LCSP y los previstos en el artículo 107.3 del TRLCSP citados. Por lo tanto, debe ser el órgano de contratación quien valore si efectivamente se dan estas circunstancias y, en caso de ser así por aplicación del artículo 226.2 de la LCSP, el contratista puede instar la resolución del contrato.

En todo caso, si las modificaciones planteadas afectan a una condición esencial no prevista en la documentación que sirvió de base a la licitación, debe resolverse el contrato y proceder a una nueva adjudicación.

V. Finalmente, el Consejo Comarcal plantea que si para el hipotético supuesto de que se pudiera considerar que la modificación es viable, haría falta volver a redactar y aprobar un nuevo estudio de viabilidad.

El estudio de viabilidad se encontraba regulado en el artículo 112 de la LCSP y, actualmente, en el artículo 128 del TRLCSP. Según estos artículos el estudio de viabilidad es el documento que debe elaborarse con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública. De hecho, el estudio de viabilidad es el documento en el cual se examina la procedencia de formalizar un contrato de concesión de obra pública. Con esta finalidad, en este documento debe constar, como mínimo, los datos, análisis, informes o estudios, sobre, entre otros, los aspectos siguientes: la finalidad y la justificación de la obra y sus características esenciales; las previsiones sobre la demanda de uso y sobre la rentabilidad de la concesión; los riesgos operativos y tecnológicos durante la construcción y la explotación de la obra, y el coste de la inversión que debe realizarse, como también el sistema de financiación que se propone.

El estudio de viabilidad, como ya se ha señalado, tiene un momento procesal diferente. Sin embargo, es lógico pensar que cuando las modificaciones sean de una entidad que hagan dudar de la viabilidad de la concesión, será necesario elaborar un documento en el cual se analice esta cuestión para poder decidir si es viable la modificación del contrato o bien debe resolverse y proceder a una nueva licitación. Centrada la cuestión en estos términos, hay que reiterar que en caso de que se trate de una modificación que altere las condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación y no esté prevista en la documentación que sirvió

Paseo de Gracia, 19
08007 Barcelona
Teléfono 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca

de base a la licitación procedería la resolución del contrato y una nueva adjudicación, después de hacer todos los trámites establecidos legalmente.

Cuestión diferente a la planteada es la necesidad de adaptar el plan económico financiero de la concesión al incremento o disminución de los costes que se produzca como consecuencia de la modificación, tal como prevé de forma expresa el artículo 226.1 de la LCSP.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

1. La modificación de los contratos adjudicados al amparo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público se rigen por esta Ley, interpretada de acuerdo con los principios que informan la contratación pública, según la construcción jurisprudencial efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, aunque no sea directamente aplicable, deben tomarse como referencia las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, actualmente recogidas en el Real decreto legislativo 3/2001, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público.

2. En caso de que las modificaciones de los contratos adjudicados al amparo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público no estén previstas en los pliegos o en el documento contractual, sólo se pueden efectuar cuando contribuyan los requisitos establecidos en el artículo 226.1 de esta Ley.

3. La modificación de los contratos adjudicados al amparo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, cuando superen el 20 por ciento del importe de las obras o representen una alteración sustancial, interpretada en los términos expuestos en la consideración jurídica IV de este Informe, es causa potestativa de resolución del contrato por parte del contratista.

4. El estudio de viabilidad es preceptivo con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, sin perjuicio de la necesidad de volver a justificar la viabilidad de la concesión con motivo de las eventuales modificaciones que se puedan acordar.

Aprobado por la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en la sesión de 11 de abril de 2014.

Paseo de Gracia, 19
08007 Barcelona
Teléfono 93 552 80 90
Telefax 93 552 82 84
jcca.eco@gencat.cat
www.gencat.cat/economia/jcca