INFORME CFATV 2023/135 RELATIVO A LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS "REHABILITACIÓN DEL ANTIGUO HOSPITAL DE LA CARIDAD E IGLESIA DE SAN ANDRÉS DE COÍN (MÁLAGA). EXPTE 2018/55838. MODIFICADO NÚM.2 EC007-2023-18.

Asunto: Contrato de obras. Obras de rehabilitación. Modificación. Causa de modificación prevista en el artículo 205.2, apartado b) de la LCSP. Fondos europeos. FEDER. Modificación núm 2.

Habiendo sido solicitado, por la Secretaría General Técnica, informe sobre el asunto arriba referenciado, a los efectos de su emisión con carácter preceptivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 78.2.h) del vigente Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, a la vista del expediente tramitado y teniendo en cuenta los hechos que resultan del mismo, procede emitir el referido informe en base a las siguientes,

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- Se somete a informe de esta Asesoría Jurídica propuesta de resolución por la que se aprueba la modificación del contrato de obras Expte 2018/55838 "REHABILITACIÓN DEL ANTIGUO HOSPITAL DE LA CARIDAD E IGLESIA DE SAN ANDRÉS EN COÍN (MÁLAGA)". EXPTE EC007/2023/18, suscrita con fecha de 16 de mayo de 2023, por el Jefe del Servicio de Contratación de la Secretaría General Técnica, en atención a lo dispuesto en el artículo 10.b) de la Orden de 10 de noviembre de 2021 de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio por la que se delegan competencias en órganos directivos de la Consejería y se determina la composición de las mesas de contratación, las comisiones técnicas y las oficinas de supervisión de proyectos, a tenor del cual *" En el ámbito de los servicios centrales y en relación con los contratos administrativos y privados, se delega en la persona titular de la Secretaría General Técnica: Las facultades que la legislación de contratos atribuye al órgano de contratación en relación con la modificación y resolución de los contratos, sin perjuicio de las facultades que estén atribuidas a otros órganos"*.

La petición de informe a esta Asesoría Jurídica tiene registro de entrada con fecha de 17 de mayo de 2023, en los siguientes términos "*De conformidad con lo previsto en el artículo 191.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en relación con lo dispuesto en el Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, se solicita informe sobre el expediente de modificación del contrato de obras "NÚM. EXPEDIENTE: 2018-55838 TÍTULO: MODIFICADO Nº2 OBRAS DE REHABILITACIÓN DEL ANTIGUO HOSPITAL DE LA CARIDAD E IGLESIA DE SAN ANDRÉS DE COÍN (MÁLAGA). EC007/2023/18. SE ACOMPAÑA UN ÍNDICE CON LA DOCUMENTACIÓN DEL EXPEDIENTE REFERENCIADO."*

Junto a la solicitud de informe transcrita, se remite la siguiente documentación:

1. Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato a modificar, suscrito por el titular de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio en fecha 29 de enero de 2019.

2. Documento administrativo de formalización del contrato de obras de fecha 9 de octubre de 2019.

3. Solicitud de redacción de proyecto modificado nº2 modificación de la Dirección Facultativa de las obras, de fecha 16 de enero de 2023.

4. Informe de la Delegación Territorial en Málaga de la citada Consejería, de fecha 17 de enero de 2023, acerca de la solicitud de modificado.

5. Memoria Justificativa de 23 de enero de 2023 del Jefe de Servicio de Arquitectura de la Secretaría General de Vivienda de la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda.

6. Autorización de redacción del segundo proyecto modificado, de 24 de enero de 2023, suscrito por la titular de la Secretaría General de Vivienda, por delegación de la titular de la Consejería.

7. Informe de supervisión favorable del proyecto modificado nº2, de fecha 21 de abril de 2023, de la Delegación Territorial en Málaga.

8. Resolución de aprobación del proyecto modificado de la Directora General de Vivienda y Regeneración urbana, por delegación de la titular de la Consejería, de fecha 21 de abril de 2023.

9. Propuesta de orden de inicio de modificación del contrato de obras de la Secretaria General de Vivienda, de 24 de abril de 2023.

10. Resolución de ampliación del plazo de ejecución de las obras en 5 meses, suscrito por la Directora General de Vivienda, por delegación de la titular de la Consejería, de fecha 13 de abril de 2023.

11. Acuerdo de Inicio de expediente de modificación del contrato, suscrito por el titular de la Viceconsejería, por delegación de la titular, de fecha 10 de mayo de 2023.

12. Otra documentación complementaria.

SEGUNDA.- El régimen jurídico al que se somete la modificación pretendida, atendiendo a la fecha de adjudicación del contrato, 10 de julio de 2019, y formalización del mismo, el 9 de octubre de 2019, viene constituido por lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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 (en adelante LCSP), en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo que no se oponga a la Ley, en el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares y en el de Prescripciones Técnicas, aplicándose supletoriamente las restantes normas del Derecho Administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho Privado (artículo 25.2 de la LCSP).

Así mismo, el procedimiento a seguir en el expediente de modificación del contrato de obras citado será el establecido en los artículos 203 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo que resulte de aplicación.

TERCERA.- La actuación de referencia tiene por objeto la ejecución de las obras necesarias para la rehabilitación del antiguo hospital de la Caridad e Iglesia de San Andrés de Coín, en base al Proyecto redactado por el arquitecto D. Joaquín López Baldán, con Informe de Supervisión favorable de fecha 20 de diciembre de 2016 y aprobación de fecha 20 de diciembre de 2016.

Con fecha 9 de octubre de 2019, se suscribió el contrato de obras mencionado con la empresa Construcciones Otero SL. Por importe total con Iva incluido de 2.356.671,54 euros y un plazo de ejecución de 20 meses. Con posterioridad, este contrato fue objeto de cesión a la empresa Alberto Dominguez Blanco, Restauración de Monumentos SA. Autorizada mediante resolución de la Secretaría General de Vivienda de 21 de noviembre de 2021. Se han concedido hasta seis ampliaciones del plazo, siendo la última de 5 meses, hasta el 30 de septiembre de 2023.

Cabe destacar, que el origen del objeto de dicho contrato parte de un convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Coín y la CFATV, de 23 de octubre de 2017, por lo que se recuerda que debe recogerse mención al mismo en los antecedentes de la Propuesta de Resolución, debiendo indicarse en la misma que a efectos de financiación hay un compromiso específico de participación 25%-75% de las partes intervinientes. Por lo tanto, debe especificarse la cuantía que respecto a dicha modificación corresponde abonar al Ayuntamiento de Coín y a la Consejería de Fomento, respectivamente, como así viene recogido en el PCAP (pág.55), respecto al precio inicial.

Igualmente, del análisis del convenio, en su estipulación tercera, se establece como importe máximo de financiación 2.940.323,89€, por lo que el coste de la presente modificación sumado al inicial, no superaría el mismo.

CUARTA.- En cuanto al fondo del asunto, la LCSP reconoce a la Administración, al igual que hacían las leyes precedentes en materia contractual, entre otras potestades, la de modificar los contratos ya celebrados, tal y como establece el artículo 190 de la LCSP, a tenor del cual:

> *"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 interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo , acordar su resolución y determinar los efectos de ésta".*

Esta *"potestas variandi"* se configura, pues, como una potestad reglada, en la medida en que sólo se permite su ejercicio *"por razones de interés público",* esto es, para salvaguardar el interés general cuando el mismo pueda verse perjudicado por el cumplimiento del contrato en sus términos originarios, siempre que se justifique la concurrencia de alguno de los supuestos legalmente establecidos que habilitan para el ejercicio de esta potestad.

A este respecto, el artículo 203 de la LCSP, en sus apartados 1 y 2, señala que:

> *"1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.*
>
> *2. Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:*
>
> *a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204;*
> *b) Excepcionalmente, 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.*

En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que un contrato en vigor se ejecutase en forma distinta a la pactada, deberá procederse a su resolución y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes, en su caso previa convocatoria y sustanciación de una nueva licitación pública de conformidad con lo establecido en esta Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 213 respecto de la obligación del contratista de adoptar medidas que resulten necesarias por razones de seguridad, servicio público o posible ruina".

Asimismo, en materia de modificación contractual juegan un papel esencial las estipulaciones incluidas en los Pliegos, que incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y de las obligaciones que asumen las partes en el contrato, constituyendo por ello la ley del mismo y vinculando por igual a la Administración y al contratista, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en la normativa indicada, pues hay que recordar que la fundamental distinción que se acuña en el actual régimen legal de las modificaciones de los contratos del sector público es entre "modificaciones previstas en el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares", en adelante PCAP, reguladas en el artículo 204 de la LCSP y las "modificaciones no previstas en el Pliego de Clausulas Administrativas Particulares", reguladas en el artículo 205 de dicha Ley, como respuesta a las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha sido especialmente exigente en esta materia para preservar el principio de igualdad de trato de los licitadores, la transparencia y los principios de buena administración, reclamando que "todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones" (Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, apartado 111 y en el mismo sentido, a la que se remite, entre otras, la sentencia del Tribunal General, Sala Tercera, de 19 de marzo de 2010).

QUINTA.- En el supuesto sometido a nuestra consideración, según se señala en la propuesta de resolución aprobatoria de la modificación, las circunstancias que la han motivado han sido las siguientes:

1.- Columnas de ladrillo de las galerías del patio interior. Se indica que "*al no soportar las cargas de los forjados superiores, han empezado a fisurarse, lo que ha obligado, para evitar mayores problemas, al apuntalamiento cautelar de los forjados de las galerías para liberarlas de carga. Estas columnas se encontraban tapiadas y embutidas en un muro de fábrica. En la redacción del proyecto se tuvieron en cuenta los estudios previos de patología con los que se contaba, por lo que el comportamiento de estos elementos estructurales ha sido imprevisible, ya que las cargas que transmiten a la cimentación no se han incrementado respecto del estado inicial, por lo que la patología parece obedecer, tras un primer análisis, a una merma de la capacidad portante de estos elementos, motivada por el deterioro de los propios ladrillos y/o morteros que conforman las columnas".*

A este respecto, procede indicar que pudiéramos encontrarnos ante omisiones o errores del proyecto, por lo que las observaciones transcritas -hechas por el director facultativo de la obra y, a su vez, redactor del proyecto- deben ser asumidas, en su caso, por el titular del centro directivo interesado en el contrato. Deberá completarse el expediente en este punto y, en caso contrario, exigir las oportunas responsabilidades al proyectista conforme a lo dispuesto en la LCSP.

2.- Ajustar las dimensiones del hueco de fachada más próximo a lindero norte en calle Malara, justificado por "*la necesidad de adaptarse a las dimensiones y posición definitiva en esta fachada de los armarios normativos de la compañía suministradora de electricidad, y que es necesario ajustar en altura, al resultar la salida en fachada del trazado interior de electricidad a cota ligeramente más alta que la del proyec to, debido a la presencia de los restos arqueológicos encontrados y documentados en el proyecto modificado primero.*

3- Composición de la medianera en obra difiere en grosor de la prevista en proyecto, afectando al hueco en su jamba norte. Se indica que "*estos ajustes no eran previsibles a la hora de redactar el modificado n.º 1 porque estaba oculta por una construcción de escasa calidad constructiva, y que ha sido demolida durante la ejecución de las obras. Este último ajuste, de acuerdo con la solicitud presentada no tiene repercusión económica.*"

Después de analizar la documentación remitida, salvo error por nuestra parte, no aparece concretado a cuantas columnas afecta la modificación, refiriéndose en todo momento a las columnas de forma genérica. El objeto del contrato debe ser definido con precisión, dejando constancia de ello en la documentación.

También se indica que el proyecto modificado nº1 no tuvo repercusión económica y fue supervisado favorablemente el 22 de abril de 2022.

En cuanto a las modificaciones previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige este contrato, el apartado 13 de su Anexo I, solo preveía como supuesto de modificación contractual *"La aplicación de medidas de estabilidad presupuestaria acordadas por los órganos legislativos o de gobierno competentes que provoquen una reducción de la financiación prevista en el contrato"*; supuesto que no guarda relación alguna con las circunstancias que han dado lugar a la propuesta de modificación del contrato planteada.

En consecuencia deberemos acudir a las modificaciones previstas en la LCSP. Según se expone en el fundamento cuarto de la meritada propuesta de resolución, la modificación propuesta encuentra encaje en el artículo 205.2.b) de la LCSP, a cuyo tenor:

> *"Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:*
>
> *1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.*
> *2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.*
> *3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido."*

De la documentación obrante en el expediente se deduce que la modificación cuyo amparo trata de justificarse en el citado precepto, deriva de circunstancias sobrevenidas y que fueron imprevisibles en el momento de la licitación del contrato y que una Administración diligente no ha podido prever, que no altera la naturaleza global del contrato y que no representa incremento alguno respecto del precio inicial del contrato, al no implicar una alteración en su cuantía del 50% de su precio inicial, pues el asciende a 179.418,38€ con IVA, lo que supone un 7,61% sobre el presupuesto de adjudicación original. De acuerdo a esta cantidad, y aplicando la cláusula 3 del PCAP del contrato de dirección facultativa, el importe por redacción de honorarios asciende a 9.484,34 €. Además, como venimos diciendo, esto no supone un incremento en la financiación comprometida por las partes mediante el convenio suscrito de fecha 23 de octubre de 2017, encajando dentro del precio máximo previsto.

También expresa la propuesta en su fundamento quinto la existencia del *"requisito material relativo a que la modificación tenga su causa en una razón de interés público, toda vez que con la modificación pretendida se ajusta el objeto del contrato a las verdaderas necesidades administrativas que motivan el mismo"*.

SEXTA.- En base a todo lo anteriormente expuesto, coincide esta Asesoría Jurídica con lo reflejado en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la propuesta de resolución de fecha 16 de mayo del presente año, encuadrándose la modificación propuesta en el artículo 205.2 apartado b) de la LCSP, quedando justificada debidamente la concurrencia de la citada causa.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, se emite informe favorable a la propuesta de resolución por la que se aprueba la modificación núm 2 del **CONTRATO DE OBRAS DENOMINADO "REHABILITACIÓN DEL ANTIGUO HOSPITAL DE LA CARIDAD E IGLESIA DE SAN ANDRÉS DE COÍN (MÁLAGA)". EXPTE 2018/55838.**

En Sevilla, a la fecha de la firma electrónica.

El Letrado de la Junta de Andalucía
Jefe de la Asesoría Jurídica

Fdo.: José María Gómez-Calero Valdés