



ASUNTO: CONTRATACIÓN/OBRAS. MODIFICACIÓN

Modificación unilateral del contrato por la dirección facultativa sustituyendo unas unidades por otras.

255/13

FC

INFORME

I. HECHOS. ANTECEDENTES

En la obra del tanatorio municipal, la dirección facultativa ordenó la sustitución de una puerta contemplada en la memoria valorada por otra de características distintas y con mayor precio del presupuesto en la memoria valorada. Sostiene la dirección facultativa que tal facultad le corresponde a él como tal técnico sin que sea necesaria la aprobación de la modificación por el órgano de contratación. Argumentado asimismo este técnico la obligación de las Administraciones de consignar una retención adicional de crédito del 10 % del importe de adjudicación.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

— Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011



— Ley 47/2003, de 23 de noviembre, General Presupuestaria

III. FONDO DEL ASUNTO

El artículo 234 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, regula de manera específica la modificación del contrato de obras.

Así, en el apartado primero, como premisa, determina que “Serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que se acuerden de conformidad con lo establecido en el artículo 219 y en el título V del libro I.” Cuestión ésta que nos lleva a los artículos 105 a 108 del TRLCSP, es decir, a la necesidad de 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, o bien, que no habiéndose previsto tal eventualidad en los pliegos se dé alguna de las circunstancias previstas en el artículo 107:1:

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

Ya en su apartado segundo el antes citado artículo 234 del TRLCSP, nos indica el modo de proceder 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.”

Es el 234.3 del TRLCSP el que determina el modo de proceder en estos supuestos:

3. 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.

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 por ciento del precio primitivo del contrato.

Por consiguiente, tratándose la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste, no le corresponde a la dirección facultativa la autorización de tales modificaciones, por cuanto, y como hemos visto, en estos supuestos el artículo 234.3 del TRLCSP exige el procedimiento que en el mismo se determina y que, obviamente, está requerido de la aprobación por el órgano de contratación.



Parece que el director facultativo se excede de sus funciones y competencias pues confunde la alteración en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto con la, en este caso, sustitución de una unidad prevista en la memoria valorada por otra no prevista y que supone un aumento del precio del contrato, cuestión ésta que exige la aprobación de tal modificación por el órgano de contratación.

Por otro lado, nuevamente vuelve a confundir los términos la dirección facultativa en cuanto a la previsión de retención de crédito por un importe del 10% del precio del contrato.

En efecto, y como bien afirma la Secretaria- Interventora, tal previsión apetece regulada en la Disposición Final Segunda de la derogada Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, con el siguiente tenor literal:

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Modificación de la Ley General Presupuestaria.

El segundo párrafo del apartado 2 del artículo 47 de la Ley 47/2003, de 23 de noviembre, General Presupuestaria, queda redactado en los siguientes términos:

En los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10 % del importe de adjudicación, en el momento en que ésta se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en que se prevea realizar el pago de la certificación final. Estas retenciones computarán dentro de los porcentajes establecidos en este artículo.”

Por tanto, no tratándose de un contrato de obras de carácter plurianual, ya que se adjudica en 2013 y tiene prevista su finalización antes del 31 de octubre de 2013, ni existe esa obligación de retención adicional del 10% del precio de adjudicación ni nada tiene que ver con el asunto que aquí se ventila.

En todo caso, y por la prohibición del enriquecimiento injusto, ampliamente defendible por la doctrina del Tribunal Supremo, ejecutada la modificación en la obra por el contratista, el Ayuntamiento ha de abonársela. Cuestión distinta es la exigencia de responsabilidad al técnico facultativo por la extralimitación de sus facultades y/o, en su caso, al técnico redactor del proyecto en el



supuesto de que trate de un error en su redacción. A éstos últimos efectos será de aplicación lo dispuesto en el artículo 312 del TRLCSP.

Badajoz, diciembre de 2013