

FV

**INFORME 4/2011 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE DIVERSAS CUESTIONES RELATIVAS A LAS VARIACIONES DE MEDICIÓN DE UN CONTRATO DE OBRAS, EN RELACIÓN CON LA VIGENTE NORMATIVA EN MATERIA DE MODIFICACIÓN DE CONTRATOS.**

[Grupos 17.2 - 21.08]

La Secretaria General del Servicio Canario de la Salud, mediante escrito de fecha 14 de noviembre pasado, formula consulta a la Junta Consultiva sobre diversas cuestiones relativas a las variaciones de medición de un contrato de obras, en relación con la vigente normativa en materia de modificación de contratos, cuestiones que, en resumen, se concretan en lo siguiente:

**1.-** Si las variaciones en las unidades realmente ejecutadas respecto a las contenidas en el proyecto deben ser consideradas un supuesto específico de modificación de los contratos de obra, a efectos de no ser computadas dentro del límite del 10% del precio de adjudicación del contrato fijado por el artículo 92 quater de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), a partir del cual se consideraría como alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación.

**2.-** En el caso de considerarse modificados distintos a los contemplados en el citado artículo 92 quater, ¿su inclusión en un posterior modificado del proyecto, en aplicación del artículo 160.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos (RG), haría que su importe se computase dentro del citado límite del 10% del artículo 92 quater?

**3.-** Si en el pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato de obras se detallasen las condiciones, alcance y límites de las variaciones de medición, ¿se cumpliría con los requisitos establecidos en el artículo 92 ter de la LCSP para que puedan ser consideradas modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación?

**4.-** En el supuesto de que la cuestión planteada en el apartado 3 tuviese respuesta afirmativa, ¿seguiría siendo de aplicación lo previsto en el artículo 217.3 LCSP, de modo que, de manera adicional a las variaciones de medición previstas en el pliego con base en el artículo 92 ter de la LCSP, el director facultativo podría introducir, sin necesidad de previa aprobación, variaciones en las unidades realmente ejecutadas siempre que no superen el 10% del precio primitivo del contrato?

Dada la sustancial modificación introducida por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, en el régimen jurídico regulador de la modificación de los contratos de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), resulta conveniente que, para dar respuesta adecuada a la consulta formulada, hagamos en primer lugar una referencia

FV

sistematizada a la normativa que resulta de específica aplicación a las modificaciones de los contratos de obras, partiendo de la inicial redacción de la LCSP y del RG, considerando a continuación la repercusión que sobre dichas normas hayan podido tener los preceptos contenidos en el nuevo Título V introducido en el Libro IV de la LCSP por la citada Ley 2/2011, en el que se establece el nuevo régimen general de la modificación de los contratos.

Bajo el epígrafe “Modificación del contrato de obras”, la redacción inicial del artículo 217 de la LCSP, antes de la modificación efectuada por la Ley 2/2011 era, a los efectos que interesan en el presente informe, la siguiente:

-- Apartado 1:

*“Serán obligatorias para el contratista las modificaciones del contrato de obras que, siendo conforme con lo establecido en el artículo 202, produzcan aumento, reducción o supresión de las unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, cuando ésta sea una de las comprendidas en el contrato, siempre que no se encuentren en los supuestos previstos en la letra e) del artículo 220.”*

La redacción inicial del artículo 202 citado, incluía, entre otros, los siguientes preceptos:

*“1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato...”*

*2. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación de acuerdo con el apartado anterior deberán recogerse en los pliegos y en el documento contractual.*

*3. Las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 140.”*

Por su parte, la redacción inicial del también citado artículo 220, incluía un apartado e) con el siguiente contenido:

*“Son causas de resolución del contrato de obras ... las siguientes:*

*e) Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.”*

-- Apartado 3: el contenido de este apartado, que no fue modificado por la Ley 2/2011, es el siguiente:

*“Cuando el Director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, recabará del órgano de contratación autorización para iniciar el correspondiente expediente...”*

*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*

FV

*incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato.*

En desarrollo de este último precepto, el artículo 160 del RG, reproduciendo en términos similares su contenido en el apartado 1, añade, en su apartado 2, lo siguiente:

*“Las variaciones mencionadas en el apartado anterior...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% a que alude la disposición adicional decimocuarta de la Ley, en la certificación final a que se refiere el artículo 147.1 de la Ley... No obstante, cuando con posterioridad a las mismas hubiere necesidad de introducir en el proyecto modificaciones de las previstas en el artículo 146 de la Ley, habrán de ser recogidas tales variaciones en la propuesta a elaborar, sin necesidad de esperar para hacerlo a la certificación final citada”*

Por último, conviene tener en cuenta que la anterior redacción del apartado 1 del artículo 221 de la LCSP, apartado ahora suprimido por la Ley 2/2011, fijaba el siguiente criterio para considerar como sustancial la alteración de un contrato de obras:

*“...se considerará alteración sustancial, entre otras, la modificación de los fines y características básicas del proyecto inicial, así como la sustitución de unidades que afecten, al menos, al 30 % del precio primitivo del contrato”.*

A la vista de los preceptos reproducidos, hay que resaltar, a los efectos del presente informe, que el supuesto de las variaciones de medición que no excedan del 10% del precio inicial del contrato está contemplado expresamente en el artículo 217 bajo el epígrafe “Modificación del contrato de obras”, y que el artículo 160 del RG preceptúa que tales variaciones de medición han de ser recogidas en las posibles modificaciones de proyecto que posteriormente resulten necesarias por otros motivos. Sin embargo, también hay que constatar que las variaciones de medición dentro del límite del 10% se recogen en el apartado 3 de dicho artículo, de forma diferenciada de la modificación del contrato por causas imprevistas, que es a la que se le pone el límite de no alterar sustancialmente el contrato.

En consecuencia, tenemos que llegar a unas primeras conclusiones:

- Los preceptos citados consideran tales variaciones como una modificación que afecta al proyecto de obras que se está ejecutando, y, por tanto, al objeto del contrato.
- Dado que el contrato de obra es un contrato de resultado, del que el proyecto de obras es tan sólo una previsión anticipada, y que, como tal, puede estar sujeta a pequeñas variaciones a lo largo de su ejecución, el legislador considera inherente a la misma la posibilidad de que se produzca un margen de desviación de hasta un 10%, en cuanto al

FV

número de unidades de obra que realmente haya que ejecutar respecto al número de unidades inicialmente previstas en el proyecto.

- En consecuencia con la conclusión anterior, tales variaciones de medición se pueden ejecutar sin necesidad de previa autorización, y se abonarán con cargo al presupuesto adicional que a tal efecto se ha de prever de antemano, en el propio contrato.

- Aunque tales variaciones no generan por sí mismas la necesidad de modificar el proyecto inicial, no obstante, si tal necesidad surgiera posteriormente respecto a otros aspectos del mismo, el proyecto modificado que resulte deberá reflejar las variaciones de medición ejecutadas hasta entonces, a fin de que el proyecto de obras refleje fielmente en todo momento la realidad de la obra ejecutada.

- La propia naturaleza de este previsible margen del 10% de desviación en las mediciones, hace que no se considere modificación sustancial del contrato, y, en consecuencia, que su importe no se considere acumulable al importe de otras modificaciones a efectos del cómputo del límite del 30% que, como criterio determinante del carácter de modificación sustancial del contrato, establecía la anterior redacción del artículo 221.1 de la LCSP.

Partiendo de la redacción inicial de este conjunto de normas de la LCSP sobre la modificación de los contratos de obra, la Ley 2/2011 modificó el régimen general regulador de la modificación de los contratos, restringiendo su viabilidad a dos supuestos alternativos:

- a) Modificaciones que expresamente se hayan previsto en el pliego, con los requisitos exigidos en el nuevo artículo 92 ter.
- b) Modificaciones no previstas en el pliego que se encuentren en alguna de las circunstancias enumeradas taxativamente en el nuevo artículo 92 quater, siempre y cuando no se encuentren entre alguno de los supuestos que, relacionados en el apartado 3 de dicho artículo, se considera que alteran las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación del contrato.

En concordancia con el contenido de estos nuevos artículos, de aplicación general a todas las modalidades de contratos, la Ley 2/2011 modificó a su vez la redacción inicial de los siguientes artículos que la LCSP dedica específicamente a la modificación de los contratos de obras:

- En el apartado 1 del artículo 217 de la LCSP se sustituye la anterior referencia al artículo 220 por la remisión al nuevo título V del Libro I, es decir a los nuevos artículos 92 bis a 92 quinquies. La nueva redacción es la siguiente: *“Serán obligatorias para el*

FV

*contratista las modificaciones del contrato de obras que se acuerden de conformidad con lo establecido en el artículo 202 y en el título V del libro I.” Sin embargo, la redacción del apartado 3 del citado artículo 217 no resulta modificada, por lo que permanece igual el precepto relativo a la viabilidad de las variaciones en las mediciones que no excedan del 10% del precio primitivo del contrato.*

- Se suprime el anterior apartado 1 del artículo 221, relativo a los supuestos que se consideran alteración sustancial de un contrato de obras, entre los que se encontraba la sustitución de unidades que afectasen al 30 % del precio primitivo del contrato. Al suprimirse dicho apartado, su contenido resulta sustituido por el que, siendo de aplicación general respecto a la consideración de alteración sustancial de los contratos en los supuestos de modificaciones no previstas, se recoge en el apartado 3.d) del nuevo artículo 92 quater en los siguientes términos:

*“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.”*

El hecho de que el actual articulado que la LCSP dedica a la modificación del contrato de obras ya no establezca el porcentaje de modificación que se considera alteración sustancial del contrato, resultando de aplicación el 10% establecido con carácter general en el apartado 3.d) del artículo 92 quater, puede provocar la duda de la que trae causa el presente informe, respecto a si las variaciones de medición que no excedan del límite del 10% a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, han de ser computadas o no dentro del límite del 10% actualmente establecido para considerar sustancial una modificación del contrato.

Esta Junta Consultiva estima que la modificación introducida en el artículo 92 quater respecto al criterio cuantitativo para apreciar la alteración sustancial de un contrato, no afecta ni incide en los supuestos de variación de medición del proyecto a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Como ya se expuso anteriormente, el proyecto de obras es tan sólo una previsión anticipada del resultado de una obra, y, como tal previsión, puede estar sujeta a pequeñas variaciones que el legislador, en un margen de hasta un 10%, considera inherentes a la misma en cuanto a diferencias entre el número de unidades de obra que realmente haya que ejecutar y el número de unidades inicialmente previstas en el proyecto. En consecuencia, la propia naturaleza de este previsible margen del 10% de desviación, obliga a llegar a la conclusión de que, dentro de dicho límite, las variaciones de medición no producen una modificación sustancial del contrato, y, por tanto, su importe no se puede considerar

FV

acumulable al importe de otras modificaciones a efectos del cómputo del límite del 10% a que se refiere el apartado 3.d) del artículo 92 quater.

A mayor abundamiento, una interpretación sistemática del citado apartado 3.d) permite llegar a la misma conclusión, si se tiene en cuenta que los supuestos en los que se entienden alteradas las condiciones esenciales del contrato detallados en dicho apartado, están directa y necesariamente referidos a los supuestos a que se refiere el propio artículo 92 quater, pues así lo dispone expresamente la literalidad de los términos utilizados, tanto en el comienzo del apartado 3.d) (“a los efectos de lo previsto en el apartado anterior...”), como en el apartado 2 (“la modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo...”). Es decir, que las modificaciones afectadas por el límite del 10% para la consideración de alteración sustancial del contrato, son las que, no habiéndose previsto en el pliego, derivan de alguna de las circunstancias enumeradas en el apartado 1 del mismo artículo 92 quater, entre las que no se encuentran las variaciones de medición que no superen el 10% del precio primitivo del contrato, a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP.

Utilizando este mismo criterio interpretativo, la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón obtiene la misma conclusión en su informe 23/2011, de 12 de septiembre pasado, en los siguientes términos:

*“...el supuesto previsto en el artículo 217.3 LCSP nada tiene que ver con las circunstancias y condiciones recogidas en el artículo 92 quater LCSP, ya que, por una parte, entre las circunstancias recogidas en las letras a) a e) del apartado 1 de este último precepto no figuran los excesos de medición en las unidades finales de una obra, y, por otra, los supuestos en los que se considera se produce una alteración esencial lo son exclusivamente, como señala el precepto, “a los efectos de lo previsto en el apartado anterior”, sin que puedan extrapolarse a otros supuestos, como el contenido en el artículo 213.3 LCSP, que tiene una finalidad propia. Téngase en cuenta, además, que la modificación legal prevista en el artículo 217.3 LCSP va a producirse con su específica y sencilla tramitación..., a diferencia de las circunstancias imprevistas del artículo 92 quater, que requieren de la instrumentación de un expediente de modificación...”*

*...el límite del 10% del precio de adjudicación del contrato recogido en el artículo 92 quater no comprende los eventuales excesos de medición de un contrato de obras, siendo posible una modificación no prevista de hasta un 10% del importe de adjudicación, y además hasta un 10% de incremento de gasto por exceso de medición de unidades previstas.”*

La conclusión expuesta nos ha de llevar, asimismo, a dar una respuesta consecuente respecto al apartado 2 de las cuestiones que se plantean en el escrito de consulta, en lo que se refiere a las consecuencias de la inclusión de las variaciones de medición en un proyecto

FV

modificado posterior.

Tal respuesta consecuente ha de considerar necesariamente que la razón de ser del precepto que obliga a que el proyecto modificado debe reflejar las variaciones de medición ejecutadas hasta entonces, radica únicamente en la finalidad de que el proyecto de obras definitivo refleje fielmente la realidad de la obra ejecutada, sin que ello altere la conclusión de que tales variaciones son consideradas por el legislador como inherentes a la propia ejecución de la obra, y , por tanto, sin que su importe sea computable 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, las variaciones de medición que no excedan del límite del 10% a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, deberán reflejarse de forma diferenciada en el proyecto modificado, a fin de poder realizar el control diferenciado del cumplimiento de ambos límites.

Resueltas de esta forma las dos primeras cuestiones objeto de informe, el órgano consultante plantea, como supuestos alternativos, si sería admisible que en un pliego de cláusulas se detallan las condiciones, alcance y límites de determinadas variaciones de medición, a efectos de considerarlas como modificaciones previstas según el artículo 92 ter de la LCSP, y si, en tal caso, seguirían siendo viables variaciones adicionales de medición no previstas, hasta el límite del 10% a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP.

La respuesta a la posible simultaneidad de ambos supuestos está implícita en los argumentos y conclusiones ya expuestos anteriormente, y viene dada por el actual régimen normativo regulador de la modificación de los contratos a que antes se ha hecho referencia: el nuevo Capítulo V introducido en el Título I de la LCSP por la Ley 2/2011, admite, como supuestos alternativos de modificación contractual, tanto la modificaciones que expresamente se hayan previsto en el pliego, contempladas en el artículo 92 ter, así como las imprevistas que se encuentren en alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 92 quater, o lo que es lo mismo, “modificaciones convencionales” las primeras, y “modificaciones legales” las segundas, utilizando la terminología empleada por la Abogacía del Estado en su circular 1/2011, sobre el nuevo régimen de modificación de los contratos.

FV

De acuerdo con la distinta naturaleza de las modificaciones a que se refieren los citados preceptos, en la medida que un pliego de cláusulas recoja expresamente la previsión de posibles variaciones de medición, detallando, tal y como exige el artículo 92 ter, “de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrán realizarse, así como su alcance y límites”, de manera que sea 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”, tales variaciones, cuyas posibles circunstancias son conocidas y aceptadas de antemano por las partes del contrato, no tienen que interferir en la viabilidad de aquellas otras variaciones en las mediciones que puedan resultar necesarias a lo largo de la ejecución de la obra, y que, sin que se concreten de ante mano, pueden derivar de las variaciones no sustanciales que la realidad ejecutada de un proyecto de obras puede sufrir respecto a las unidades inicialmente proyectadas.

### **CONCLUSIÓN**

**1ª.-** Dentro del límite del 10% a que se refiere el artículo 217.3 de la LCSP, 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, 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, cuyo importe no supere el 10% fijado en dicho artículo y que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 160.2 del R.G., 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



FV

condiciones, el alcance y los límites en que puedan realizarse, en los términos establecidos en el artículo 92 ter de la LCSP, tales variaciones no interfieren en la viabilidad ni en el límite establecido en el artículo 217.3 de dicha ley para aquellas otras variaciones en las mediciones que se realicen de acuerdo con lo previsto en este artículo.

Las Palmas de Gran Canaria, a 24 de noviembre de 2011.