

ASUNTO: Modificación del contrato de obras y otras cuestiones.

Estimado/a asociado/a:

Adjunto se remite el Informe 85/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sobre el régimen de **modificación del contrato de obras** y otras cuestiones.

Establece la Junta Consultiva que el artículo 242 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) diferencia un **supuesto de modificación** del contrato como es la introducción de unidades de obra no previstas o cuyas características difieran del proyecto, y dos supuestos que **no tienen la consideración de modificación** del contrato: el exceso de mediciones y la inclusión de precios nuevos.

Las cuestiones tratadas en este extenso informe son las siguientes:

Exceso de mediciones

El artículo 242.4.i establece que no tendrán la consideración de modificaciones "el exceso de mediciones, entendiéndose por tal, la variación que durante la correcta ejecución de la obra se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, siempre que en global no representen un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial".

La Junta Consultiva entiende que el precepto en cuestión se refiere a variaciones en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto, lo cual implica tanto **aumento como disminución** en el número de unidades ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto.

El único requisito que exige la norma es que tales alteraciones no representen un incremento del gasto superior al 10 por 100 del precio primitivo del contrato. No existe ningún impedimento a la posibilidad de compensar excesos y defectos de medición a efectos del cómputo del límite del 10 por 100.

El artículo 242.4 de la LCSP exige que el exceso de mediciones en global no represente un incremento del gasto superior al 10 por ciento del precio del contrato inicial. La Junta Consultiva determina que, respecto de la expresión "precio del contrato inicial", la redacción habría sido más precisa si hubiera aludido al precio inicial del contrato, esto es, al **precio de adjudicación**.

Dispone la Junta Consultiva que sobre el punto de partida del precio de adjudicación habrá que calcular el 10% y que la cantidad resultante representará el límite máximo de incremento que puede aceptarse si existe un exceso de mediciones.

Para el cálculo del importe de la variación habrán de utilizarse los **precios que constan en el proyecto** y que fueron aceptados por el licitador, ya que los supuestos de exceso de mediciones son cualitativamente diferentes de los de introducción de unidades de obra nuevas o con características diferentes a las del proyecto.

En el cálculo del **valor estimado** de los contratos públicos de obras no deben preverse los excesos de mediciones pues, aunque los mismos sean frecuentes, no siempre tienen por qué formar parte del contrato, ya que tienen un carácter puramente contingente y no tienen por qué existir. Por la misma razón también han de quedar excluidos del presupuesto base de licitación.

La norma que alude a los excesos de mediciones, como un supuesto que no se considera modificación, permite entender que es una excepción a la regla general según la cual cuando el director facultativo de la obra considere necesaria una modificación del proyecto, habrá de recabar autorización del órgano de contratación para iniciar un expediente de modificación del contrato.

No es necesario tramitar un expediente de modificación **ni tampoco obtener autorización** previa del órgano de contratación, pero ello no autoriza en modo alguno al contratista a introducir nuevas unidades de obra por su exclusiva voluntad.

Las modificaciones suponen la introducción de unidades de obras no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste y no es necesario realizar una nueva licitación

La LCSP contempla un procedimiento específico en el artículo 242.2 para las modificaciones por introducción de unidades de obra no previstas o cuyas características difieran del proyecto. Se trata simplemente de la regla conforme a la cual los precios aplicables a las unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista por plazo mínimo de tres días hábiles.

El artículo 242.2 LCSP señala que en estos casos si el contratista no aceptase los precios fijados por la Administración, el órgano de contratación podrá decidirse por alguna de las siguientes opciones:

- contratar las unidades de obra con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado;
- ejecutarlas directamente;
- optar por la resolución del contrato conforme al artículo 211 de esta Ley.

Ninguna de las tres opciones obliga al contratista a aceptar los precios fijados por la Administración y ninguna de ellas implica al mismo contratista en la ejecución de las unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en este.

La inclusión de precios nuevos.

El artículo 242.4 ii) descarta que pueda considerarse una modificación del contrato la inclusión de precios nuevos cuando se cumplan dos condiciones:

- que no supongan incremento del precio global del contrato y
- que no afecten a unidades de obra que en su conjunto excedan del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo.

Se trata de dos límites: el primero, referente al precio del contrato; el segundo, que limita objetivamente el marco sobre el que puede recaer la inclusión de precios nuevos, de modo que no puede afectar a concretas unidades de obra descritas en el proyecto que en su conjunto representen, por su valor, más del 3% del precio de adjudicación.

Es decir, que la fijación de precios nuevos no puede incrementar el precio del contrato y tampoco afectar a unidades de obra concretas cuyo valor exceda del 3% del mismo. Es importante destacar que esta última idea no quiere decir que la alteración de los precios tenga que producirse por la introducción de nuevas unidades de obra.

Establece que no tiene mucho sentido que la expresión precio global incluyera excesos de mediciones. Parece razonable pensar que la **expresión precio global** se refiere al precio de adjudicación, sin desagregar por unidades separadas ni por periodos de tiempo concretos de ejecución, y que esa fue la intención del legislador.

Teniendo en cuenta que la operación de fijación de los precios nuevos tiene un ámbito objetivo específico como son las concretas unidades de obra afectadas por el mismo que está limitada a los efectos de su no consideración como modificación contractual; y teniendo en cuenta que el supuesto de inclusión de precios nuevos contradictorios no es el mismo que el de introducción de nuevas unidades de obra o de excesos de medición, **no parece razonable que los precios nuevos se compensen con cualesquiera unidades de obra suprimidas.**

Si la fijación de precios nuevos se debe a que han de establecerse unas nuevas condiciones, parece lógico entender que la compensación alcanza sólo a aquellas unidades de obras que directamente se ven afectadas por la incorporación de los precios nuevos.

Para el supuesto de inclusión de precios nuevos, que no tendrá la consideración de modificaciones siempre que no supongan incremento del precio global del contrato ni afecten a unidades de obra que en su conjunto exceda del 3 por ciento del presupuesto primitivo del mismo, no existe ninguna norma procedimental ni en la LCSP ni en el RGLCAP. El precepto se limita a señalar que los precios nuevos se fijan contradictoriamente, lo que, en lógica consecuencia, exige dar audiencia al contratista.

El **presupuesto primitivo** no equivale al precio del contrato inicial o, con mayor rigor, al precio inicial del contrato (o precio de adjudicación). En este caso parece que la norma ha querido diferenciar los dos conceptos de precio y presupuesto. Por tanto, el límite del incremento recae sobre el precio de adjudicación mientras que el límite a la extensión de los precios nuevos debe calcularse sobre el **presupuesto de licitación.**



Límite a la posibilidad de subcontratación.

Advierte la Junta Consultiva que si el artículo 215 LCSP se remite a los pliegos a los efectos de fijar las condiciones de la subcontratación, no cabe duda de que el propio pliego puede **limitar** el ámbito de las prestaciones que se pueden subcontratar, siempre dentro de los límites del párrafo segundo del artículo 215.1LCSP y para determinadas prestaciones como las mencionadas en las letras d) y e) del precepto (contratos de carácter secreto o reservado y tareas críticas en los contratos de obras, de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro).

Otra cosa diferente es que los pliegos fijasen un porcentaje máximo de subcontratación, opción prohibida por la jurisprudencia comunitaria.

Subsanación en la documentación que ha de presentar el propuesto de adjudicación para justificar los requisitos previos de capacidad y solvencia

Establece la Junta Consultiva la posibilidad de **subsananar**, por el propuesto de adjudicación el licitador, las deficiencias u omisiones en la documentación que ha de presentar para justificar los requisitos previos de capacidad y solvencia, pues no hay razón para entender que un error subsanable de las mismas no pueda ser objeto de requerimiento de subsanación.

Puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que no existe de manera indudable en el plazo para presentar la documentación. Es decir, lo que se puede subsanar es la acreditación de la concurrencia del requisito, no su concurrencia misma, de modo que solo cabe subsanar defectos formales y no materiales, puesto que la subsanación de defectos materiales quebrantaría la preceptiva igualdad entre de los licitadores.

En cuanto al plazo para subsanar, por analogía, se aplica el plazo de tres días para corregir los defectos de la documentación previa.

Acreditación de la constitución de la garantía definitiva podrá hacerse mediante medios electrónicos

Cuando la LCSP permite que la acreditación de la constitución de la garantía pueda hacerse por medios electrónicos, está autorizando que en el expediente de contratación figure un documento electrónico que cumpla todos los requisitos legales en cuanto a su autenticidad y del que se deduzca la efectiva y eficaz constitución de la garantía definitiva. Este documento electrónico puede ser el resguardo ofrecido por la Caja General de Depósitos o por el órgano ante el que se encuentre constituida dicha garantía.

Cuando proceda su cancelación o devolución, habrá de dictarse un acuerdo expreso que será comunicado al órgano ante el que se constituyó la garantía.

Esperando que esta información sea de su interés, reciba un cordial saludo.